



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

RUBENS LIRA BARROS PACHECO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA, RESPONSABILIDADE E CRIMES
PATRIMONIAIS: O DESAFIO DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
ETIOLÓGICO**

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2019

RUBENS LIRA BARROS PACHECO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA, RESPONSABILIDADE E CRIMES
PATRIMONIAIS: O DESAFIO DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
ETIOLÓGICO**

Dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR), da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Processo de Constitucionalização dos Direitos e Cidadania: aspectos teóricos e metodológicos.

Orientadora: Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa.

SÃO CRISTÓVÃO/SE

2019

**FICHA CATALOGRÁFICA ELABORADA PELA BIBLIOTECA CENTRAL
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE**

P277j Pacheco, Rubens Lira Barros
Justiça restaurativa, responsabilidade e crimes patrimoniais : o desafio de superação do paradigma etiológico / Rubens Lira Barros Pacheco ; orientadora Daniela Carvalho Almeida da Costa. – São Cristóvão, SE, 2018.
324 f.

Dissertação (mestrado em Direito) – Universidade Federal de Sergipe, 2018.

1. Direito. 2. Justiça restaurativa. 3. Crime contra o patrimônio. 4. Responsabilidade (Direito). I. Costa, Daniela Carvalho Almeida da, orient. II. Título.

CDU 342.7:343.211.4.37

RUBENS LIRA BARROS PACHECO

**JUSTIÇA RESTAURATIVA, RESPONSABILIDADE E CRIMES
PATRIMONIAIS: O DESAFIO DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA
ETIOLÓGICO**

Dissertação de Mestrado apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito (PRODIR), da Universidade Federal de Sergipe (UFS), como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito. Esta dissertação foi julgada e aprovada pela comissão abaixo assinada em de de 2019.

São Cristóvão, Sergipe, Brasil.

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida da Costa
– Orientadora - Universidade Federal de Sergipe
(UFS)

Profa. Dra. Karyna Batista Sposato -
Universidade Federal de Sergipe (UFS)

Profa. Dra. Andrea Depieri de Albuquerque
Reginato - Universidade Federal de Sergipe
(UFS)

AGRADECIMENTOS

Agradeço a minha esposa, Aretha Ludmilla, pela cumplicidade em tudo, especialmente por me inculir a ideia do Mestrado e por me fazer acreditar que era possível.

Sou grato a todos os familiares que me apoiaram e foram compreensivos com os muitos momentos de ausência.

Agradeço a minha orientadora Daniela Costa por me apresentar a Justiça Restaurativa, e por fazer renascer em mim a esperança em dias melhores. Agradeço por todas as lições de criminologia e de direito penal, e por sua atenção e disponibilidade nos momentos mais críticos desse trabalho.

Sou profundamente grato a minha eterna professora e musa inspiradora Andrea Depieri. Sem suas aulas o Direito não teria a menor graça, tampouco sentido.

Agradeço a professora Karyna Sposato a quem admiro como uma criança admira um super-herói: esforçando-se para um dia ser igualzinho a ele, mesmo sabendo que superpoderes não se adquirem da noite para o dia.

Registro também minha gratidão à professora Denise Leal Fontes Albano, a quem tenho profundo respeito e admiração e quem também me incentivou a fazer Mestrado.

Agradeço a todos os colegas mestrados e a Renata, servidora do PRODIR, que merece o reconhecimento de todos por sua eficiência e simpatia.

Agradeço também aos colegas do 2º Juizado Especial de Nossa Senhora do Socorro, especialmente a Juliana Giansante, bem como aos amigos e amigas estagiárias.

Agradeço de coração as minhas amigas e amigos (alunos, quem diria?) das duas turmas de Direito Penal Especial I, do curso de Direito da UFS, que tanto me ensinaram, que me fizeram professor, que me presentearam com o convívio semanal e com festas de despedida emocionantes.

Por fim, agradeço as minhas princesas Pipoca e Jujuba, que passaram dois anos aos meus pés, abanando seus rabinhos em sinal de amor incondicional.

“Quanto mais uma sociedade é desigual, tanto mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo.”

Alessandro Baratta

RESUMO

A par da dificuldade de se definir a Justiça Restaurativa, pode-se afirmar que a ela corresponde um modelo de justiça cujos valores e objetivos são deduzidos de uma matriz criminológica abolicionista. Assim sendo, cumpre suas finalidades específicas, ou seja, busca a reparação da vítima e a responsabilização do ofensor contrapondo-se à lógica da Justiça Penal Retributiva: sem se valer da punição como resposta e sem se valer do crime como ferramenta conceitual. O problema de pesquisa, nesse contexto, diz respeito ao fato de que a Justiça Restaurativa, na busca pelo cumprimento de sua finalidade de responsabilização do ofensor, tende a aproximar-se de uma matriz criminológica etiológico-positivista, típica do século XIX. Em aparente contradição interna, as teorias restaurativas parecem buscar as causas do conflito na figura do ofensor e a ele atribuir a responsabilidade por sua vítima. Essa condição tende a dramatizar-se quando supomos que a Justiça Restaurativa pode ser aplicada em casos de crimes patrimoniais, onde um substrato sociológico complexo ultrapassa a linha da relação interpessoal vítima-ofensor. A hipótese que buscamos verificar é a de que a Justiça Restaurativa esbarra nesse paradigma, mas também contém um aparato conceitual capaz de superá-lo. Ao final, apresentamos o conceito de responsabilidade reflexiva que pensamos ser capaz de afastar o risco etiológico do conceito de responsabilidade. Para atingir os objetivos dessa pesquisa, nos valem do método de abordagem teórico-qualitativo e o de procedimento de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. Justiça Retributiva. Responsabilidade Ativa. Paradigma Etiológico. Crimes contra o patrimônio.

RESUMEN

A pesar de la dificultad de definir la Justicia Restaurativa, se puede afirmar que a ella corresponde un modelo de justicia cuyos valores y objetivos son deducidos de una matriz criminológica abolicionista. Por lo tanto, cumple sus finalidades específicas, es decir, busca la reparación de la víctima y la responsabilización del ofensor, contraponiéndose a la lógica de la Justicia Penal Retributiva: sin valerse del castigo como respuesta y sin valerse del crimen como herramienta conceptual. El problema de investigación, en ese contexto, se refiere al hecho de que la Justicia Restaurativa, en la búsqueda del cumplimiento de su finalidad de responsabilización del ofensor, tiende a aproximarse a una matriz criminológica etiológico-positivista, típica del siglo XIX. En aparente contradicción interna, las teorías restaurativas, parecen buscar las causas del conflicto en la figura del ofensor y atribuirle la responsabilidad por su víctima. Esta condición tiende a dramatizarse cuando suponemos que la Justicia Restaurativa pueda ser aplicada en casos de crímenes patrimoniales, donde un sustrato sociológico complejo sobrepasa la línea de la relación interpersonal. La hipótesis que buscamos comprobar es que, de hecho, la Justicia Restaurativa tropieza en ese paradigma, pero también contiene un aparato conceptual capaz de superarlo. Al final, presentamos el concepto de responsabilidad reflexiva que pensamos ser capaz de alejar el riesgo etiológico del concepto de responsabilidad. Para alcanzar los objetivos de esta investigación, nos valemos del método de abordaje teórico-cualitativo y el de procedimiento de investigación bibliográfica.

Palabras-clave: Justicia Restaurativa. Justicia Retributiva. Responsabilidad Activa. Paradigma Etiológico. Crímenes contra el patrimonio.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABOLICIONISMO PENAL E RESPONSABILIDADE ATIVA	15
2.1 AS ORIGENS, OS VALORES E OS OBJETIVOS.....	15
2.2 PRINCIPAIS PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	56
2.3 A MATRIZ ABOLICIONISTA	69
2.4 RESPONSABILIDADE NA PERSPECTIVA RESTAURATIVA E O RISCO ETIOLÓGICO	90
3 JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA: RESPONSABILIDADE PENAL E ETIOLOGIA	107
3.1 FUNDAMENTOS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA: EVOLUÇÃO X RUPTURA.....	108
3.2 O SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO INTERIOR DO PARADIGMA RETRIBUTIVO.....	133
3.3 JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA E RESPONSABILIDADE PENAL	136
3.4 ETIOLOGIA CRIMINAL, CÁRCERE E “TRANSFORMAÇÃO” DO CONDENADO	143
4 JUSTIÇA RESTAURATIVA, CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, RESPONSABILIDADE E O DESAFIO DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ETIOLÓGICO.....	162
4.1 DESIGUALDADE ECONÔMICA, NEOLIBERALISMO, ENFRAQUECIMENTO DA NORMA JURÍDICA E SELETIVIDADE PENAL NA DEFESA DO PATRIMÔNIO	163
4.2 CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO BRASIL: PANORAMA DOGMÁTICO E SELETIVIDADE PENAL.....	203
4.3 IRRESPONSABILIDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA	220
4.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABERTURAS TEÓRICAS AO PARADIGMA ETIOLÓGICO?	245
4.5 RESPONSABILIDADE REFLEXIVA: PARA ALÉM DA CULPA E DA EXCLUSÃO	278
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	301
REFERÊNCIAS	308

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, o principal motivo a levar uma pessoa à prisão é o crime patrimonial. Dados atualíssimos dão conta de que quase metade da população carcerária do Brasil (a terceira maior do mundo segundo estatísticas oficiais) é constituída por pessoas acusadas ou condenadas por roubo, furto, estelionato ou receptação.

Como se pode deduzir, a propriedade privada, no Brasil, goza do *status* de importante bem jurídico: tem lugar em nossa Constituição e se situa na prateleira dos direitos e garantias fundamentais, lado a lado com os direitos à vida, à liberdade e à igualdade. A fim de protegê-la, o sistema de justiça penal produz normas criminalizadoras e, a partir delas, persegue alguns indivíduos que eventualmente “decidem” violar o direito.

De acordo com as normas de Direito Penal e observando as regras de Direito Processual (ao menos em tese), o Estado investiga e certifica, através do processo judicial, se de fato o ordenamento foi transgredido, e se a pessoa acusada dessa transgressão merece uma pena e o quanto a merece. É nesse sentido, mas também em termos de subjetividade, pessoalidade e passividade que se pode falar de responsabilidade penal: um determinado réu é responsável subjetivamente se, quando cometeu um ato definido previamente como crime, era livre e consciente; é responsável pessoalmente se a pena recai apenas sobre ele, sem afetar um estranho ao fato; e é responsável passivamente se, uma vez condenado, não lhe resta alternativa a não ser a de se submeter à execução.

A responsabilidade, assim, é um elemento indispensável ao sistema de justiça penal. É com base nela que o exercício do poder de punir fica autorizado (e legitimado) e é só com base nela que, ao menos em um Estado de Direito, um indivíduo pode sofrer punição.

Ocorre que, aprofundando-se no exame das estatísticas carcerárias, nota-se que o contingente dos presos do país apresenta um perfil bastante definido: na maioria jovens, homens, negros, pobres e mal instruídos compõem essa população.

O Brasil historicamente é também um dos países mais desiguais do mundo e essa condição parece se tornar mais dramática com a mundialização do neoliberalismo¹.

¹ Vide estudo atualizado do IBGE de 2018. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>>. Acesso em 14 jan 2019.

Estes fatos, uma vez examinados em conjunto, sugerem que a questão criminal no Brasil não se resume apenas à órbita da decisão individual, da escolha livre e consciente, ou a do mero conflito interpessoal, mas diz respeito a um contexto mais amplo, que envolve a maneira como a sociedade tem se estruturado econômica e politicamente ao longo da história.

Aparentemente a responsabilidade, dentro dos limites epistemológicos e práticos do sistema de justiça penal tradicional, não parece dar conta de toda a complexidade que envolve o fenômeno do crime.

Por outro lado, a Justiça Restaurativa pretende contrapor-se, em muitos aspectos, a esse modelo de justiça, baseado na responsabilidade penal, e por consequência, na pena. A Justiça Restaurativa, enquanto teoria, derivou gradativamente de práticas coincidentemente dirigidas ao tratamento dos crimes patrimoniais.

Nos anos 70, pensadores como Howard Zehr, passam a advogar um modelo de justiça capaz de abdicar da infligência de sofrimento para, a partir daí, preocupar-se principalmente com a reparação das vítimas.

Mas a Justiça Restaurativa também se importa com a responsabilidade do ofensor. Aliás, essa é sua outra grande finalidade. Nesse novo modelo, o ofensor deve responsabilizar-se por sua vítima e deve procurar alterar seus padrões de comportamento para o futuro.

Nesse particular, quando se dedica à tarefa de atribuir responsabilidade - provoca o professor Alvin de Sá no artigo “Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade” (publicado em 2007) - a Justiça Restaurativa parece não se distanciar da base criminológica que sustenta a Justiça Penal Retributiva, que busca na pessoa do ofensor a causa do crime.

Seria o mesmo que perguntar: em que medida a responsabilidade restaurativa se diferencia da responsabilidade penal? A Justiça Restaurativa seria capaz de integrar no quadro de suas soluções, questões mais amplas e complexas, como as que circundam os crimes patrimoniais e que são relegadas pela justiça penal retributiva? Há alguma possibilidade de a Justiça Restaurativa, mesmo objetivando uma resposta diferenciada para o fenômeno criminal, ao tentar responsabilizar o ofensor, manter-se em um campo criminológico idêntico ao da justiça penal tradicional? Justamente aquele campo da etiologia positivista que busca no criminoso a causa do crime?

São exatamente essas questões que constituem o problema e que movem a presente pesquisa.

Como hipótese principal, afirmamos que a Justiça Restaurativa, em termos teóricos, pode efetivamente esbarrar no paradigma etiológico, mas por outro lado, pode ela mesma conter as saídas para o problema.

A presente pesquisa, assim, tem caráter estritamente teórico já que reputamos insuficiente o prazo de dois anos, destinado à conclusão do curso de mestrado, para a realização de um estudo empírico com resultados verdadeiramente representativos.

A pesquisa se divide em três partes.

No primeiro capítulo, nos esforçamos em definir o que se entende por Justiça Restaurativa. Considerando que o universo das obras sobre o tema é bastante diversificado, optamos por nos concentrar sobre o pensamento de quatro autores considerados fundamentais para o início e a consolidação dessa teoria - Albert Eglash, Randy Barnett, Howard Zehr e John Braithwaite. Das obras mais representativas do pensamento desses autores, extraímos a origem, os valores, os objetivos e as principais práticas restaurativas.

Em seguida, mostramos em que pé anda a Justiça Restaurativa no Brasil, qual a sua origem no país, onde se a tem experimentado e qual o grau de normatização no ordenamento jurídico. Logo depois, investigamos sobre sua genealogia, ou seja, sobre sua matriz criminológica, e ao final, levantamos a hipótese, provocada por Alvino de Sá, sobre a suposta incapacidade do paradigma restaurativo de superar a racionalidade etiológica positivista do século XIX, quando se tenta atribuir responsabilidade ao ofensor.

No segundo capítulo, procuramos definir, a par da existência de uma teoria própria, o conceito de justiça penal retributiva. Nessa tarefa, controvertemos o senso comum da literatura penal, que decompõe as fases da história dos sistemas penais em compartimentos mais ou menos estanques, sucessivos, e progressivos na escala de evolução civilizatória. A essa noção opomos a tese de que o paradigma retributivo surge de uma ruptura, marcada por uma dinâmica política e econômica de concentração de poder nas mãos do Estado Nacional.

A partir desse ponto deduzimos, sobretudo das obras “Trocando as lentes”, de Howard Zehr, e “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos” de Álvaro Pires, cinco atributos essenciais com os quais montamos o esqueleto do que vem a ser o paradigma

de justiça penal retributiva. Em seguida, firmamos a ideia de que o sistema penal brasileiro se inscreve nesse paradigma, por conta de sua estrutura lógica e tecnológica: tanto o ordenamento jurídico quanto a forma de funcionamento real das instâncias punitivas se afinam com os fundamentos retributivos.

Ainda nesse capítulo, abordamos o tema da responsabilidade penal. Destacamos como o conceito formal de responsabilidade não se limita à noção de culpabilidade, tampouco se confunde com ela. Demonstramos como a responsabilidade penal é o pressuposto da pena e corresponde ao resultado do processo de verificação de verdade formal a respeito do crime e do criminoso. Ao final, demonstramos de que maneira o paradigma retributivo abrangeu um projeto amplo de transformação dos sujeitos através da instituição do cárcere, no século XIX, quando esta se consolidou como resposta *standard* para os delitos.

No último capítulo tentamos demonstrar parte da complexidade que envolve os crimes contra o patrimônio no Brasil e a incapacidade do sistema de justiça penal retributiva de considerá-la adequadamente em sua resposta, seja ao nível da legislação, seja ao nível da decisão judicial, seja ao nível do funcionamento de suas agências.

Com esse intuito, traçamos a relação existente na modernidade, entre a defesa penal do patrimônio, a elevação da propriedade a posição de valor social e jurídico, e o surgimento e funcionamento do paradigma de justiça penal retributiva. Desenhamos um panorama dogmático dos crimes contra o patrimônio no Brasil, para depois delinear a maneira com que a desigualdade econômica tem servido como motor para os processos de criminalização, e como a criminalização tem incrementado a desigualdade econômica.

Nesse percurso, demonstramos de que forma, a partir do neoliberalismo, a norma jurídica tem perdido sua força de proteção, sua generalidade, abstração e imparcialidade e de que maneira a interpretação dogmática tem sofrido um *déficit* de legitimidade quando aplicada aos crimes contra o patrimônio. Ainda nesse mesmo capítulo procuramos demonstrar que esse fenômeno jurídico recente se traduz, no campo penal, em seletividade penal, e como o paradigma etiológico, sobretudo, mas também o da defesa social, têm funcionado como discurso de racionalização para a prática do sistema penal brasileiro. Ao final, verificamos a hipótese central da pesquisa segundo a qual a categoria responsabilidade funciona como porta de entrada da etiologia positivista no campo da teoria restaurativa.

Os métodos que adotamos são o de abordagem teórico-qualitativo e o de procedimento de pesquisa bibliográfica.

A todo tempo, nos valemos de dois quadros teóricos de referência: um primeiro, para retratar da maneira mais descritiva possível a Justiça Restaurativa, constituído pelas principais obras dos já mencionados Eglash, Barnett, Zehr e Braithwaite, entre outros; e um segundo, para verificar a validade da hipótese central, formado, sobretudo pelas obras daqueles autores da chamada Escola criminológica de Bolonha, Alessandro Baratta, Pavarini, Melossi e De Giorgi, que inspirados na obra clássica de Rusche e Kirchheimer, estudam, a partir da tradição marxista, o fenômeno criminal.

Adotando uma visão macrológica, da qual fazem parte elementos como a estrutura econômica, social e política, as relações desiguais de poder e os processos de criminalização, propõem esses autores o estudo do sistema penal não de forma isolada ou dogmática, mas em relação ao exame dos modos de produção. É justamente esse enfoque político-econômico amplo que nos permite imprimir um olhar crítico sobre a responsabilidade restaurativa e verificar seu alcance e suas possíveis limitações conceituais.

Entre aqueles dois quadros de referência, poderíamos ainda afirmar a existência de outro intermediário, que une a ambos. Esse quadro é preenchido pelo abolicionismo penal, sobretudo o de Nils Christie e o de Louk Hulsman. Se em uma ponta o abolicionismo se apresenta como a matriz criminológica da Justiça Restaurativa e a ela se amarra, na outra, se liga à Escola de Bolonha por se inserir, assim como esta, no gênero abrangente da criminologia crítica.

Os espaços menores (mas não menos importantes), constituídos por temas mais ou menos laterais da pesquisa, são preenchidos com aquilo que extraímos do exame direto das obras de autores como Lombroso, Ferri e Garófalo, autores símbolos da criminologia positivista do século XIX, ou das obras de Gomes e Molina, Ferraz Jr, Bitencourt e Nelson Hungria, autores cujas obras dizem respeito especificamente ao tema do Direito ou do Direito Penal, dentre outros da área da sociologia ou da sociologia jurídica como Geraldo Augusto Pinto e Loic Wacquant.

Servimo-nos também das obras de autores como Ferrajoli, Alain Supiot, Oscar Vilhena Vieira e Rubens Casara, para tratar do tema da influência do neoliberalismo no acirramento das condições de desigualdade e da crise do Direito. Não desconhecemos que

esses autores partem de tradições distintas e se projetam rumo a conclusões também distintas. Ao invés de reputarmos como um defeito da pesquisa a reunião de autores tão díspares, entendemos que a confluência de pensamentos distintos que reconhecem, a partir de ângulos diferentes, o mesmo fenômeno problemático, seja, na verdade uma qualidade sua.

Deduzimos do pensamento de Foucault a tese de que, por meio de uma rede de mecanismos disciplinares, tentou-se capturar uma parcela populacional específica das sociedades modernas, por meio do cárcere, para ali submetê-la a um processo minucioso de responsabilização quanto aos valores e padrões da classe dominante e do sistema capitalista. Assim como fizemos com Ferrajoli, Supiot e Vieira, tentamos compor um quadro o mais coerente possível entre os pensamentos de Foucault, Zehr e os autores da criminologia crítica, de índole marxista.

Mais uma vez, não desconhecemos o fato de que esses autores se ligam a correntes teóricas distintas. Tampouco desconsideramos que seus lugares de fala são diversos, e em alguma medida mesmo opostos. Contudo, aplicamos nesse caso o mesmo raciocínio anterior: todos esses autores possuem pontos convergentes em suas teorias, e buscamos demonstrá-los, e ao mesmo tempo assinalar os limites de cada intersecção.

A relação particular entre Foucault e Marx é reconhecidamente problemática. Se para o primeiro, a história é movida pelos “pequenos detalhes”, pelas “pequenas astúcias”, por toda uma “microfísica do poder”, para o segundo o motor da história são as grandes estruturas, mormente a economia, mas também as revoluções sociais movidas pelas grandes massas de subalternos, verdadeiros “sujeitos da história”. Se para Foucault fatores espirituais como as ideias (saberes-poderes) podem determinar as práticas, para Marx, é a infraestrutura (o campo do concreto) que determina a produção cultural. Nesse sentido o próprio Direito, para Marx, é um elemento da superestrutura, que só pode derivar do modo como se organiza a sociedade para produzir. Se para Foucault é no campo imponderável da política que circula o poder e onde ele é disputado, para Marx é no campo da práxis e da revolução onde se encontra a verdadeira mudança.

Apesar da diferença de escalas de visão, uma microscópica e outra macroscópica, no terreno específico da criminologia crítica parece haver uma zona de pacificação e confluência entre essas duas correntes. Sobre o tema, escreve Baratta:

[...] as contribuições de Rusche e Kirchheimer e de Foucault são essenciais para a reconstrução científica da história do cárcere e da sua reforma, na sociedade capitalista. As funções desta instituição na produção e no controle da classe operária, e na criação do universo disciplinar de que a moderna sociedade industrial tem necessidade, são elementos indispensáveis a uma epistemologia materialista, a uma “economia política” da pena. [...] Tanto Rusche e Kirchheimer, quanto Foucault, estão conscientes de que nos países capitalistas mais avançados, na fase final de desenvolvimento por eles descrito (a Europa dos anos 30, no caso de Rusche e Kirchheimer; a Europa dos anos 70, no caso de Foucault), o cárcere não tem mais aquela função real de reeducação e de disciplina, que possuía em sua origem. Esta função educativa e disciplinar se reduz, portanto, agora, à pura ideologia (BARATTA, 2002, p. 191-193).

Para Vera Malaguti Batista, ergueu-se equivocadamente, no Brasil, uma barreira entre o marxismo e o pensamento de Michel Foucault. Segundo a autora, essa barreira é ilusória: “sem a militância no Partido Comunista Francês, Foucault não poderia ter efetuado a reflexão que fez. A partir do marxismo frankfurtiano de Georg Rusche, Foucault mergulha na integração histórica do sistema penal com o disciplinamento do mercado de mão-de-obra” (BATISTA, 2006, p. 5).

Logicamente que para a acomodação do pensamento de Foucault e o da criminologia crítica, de tradição marxista, em um mesmo espaço, requer-se a adoção de uma determinada concepção do marxismo, longe de sua versão ortodoxa. Somente considerando o marxismo como um “edifício teórico aberto”, “controlado mediante a experiência e o confronto, crítico mas sem preconceitos” (BARATTA, 2002, p. 200), é que se podem aproveitar ao máximo as contribuições de ambas as correntes.

É justamente essa concepção que esperamos ter adotado nessa pesquisa.

2 JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABOLICIONISMO PENAL E RESPONSABILIDADE ATIVA

“Maybe we should not have any criminology. Maybe we should rather abolish institutes, not open them. Maybe the social consequences of criminology are more dubious than we like to think”.

(Nils Christie, *Conflicts as property*)

Nessa seção nos esforçamos em definir o que se entende por Justiça Restaurativa. Aqui nos deparamos com a dificuldade de cristalizar em um conceito único um universo bastante rico e diversificado de ideias, seja por conta da riqueza de elementos teóricos, seja porque as experiências restaurativas tendem a metamorfosear-se a todo instante.

Por isso, procuramos tomar por referência as obras de quatro autores considerados fundamentais para o início e a consolidação da teoria restaurativa - Albert Eglash, Randy Barnett, Howard Zehr e John Braithwaite – quando expomos seus valores, objetivos e as principais práticas. A intenção aqui é pisar em um terreno sólido, embora mais estreito, mas sem incorrer no erro das generalizações inúteis.

Em seguida, mostramos em que pé anda a Justiça Restaurativa no Brasil, qual a sua origem no país, onde se tem experimentado e qual o grau de normatização no ordenamento. Logo depois, investigamos sobre a genealogia da Justiça Restaurativa, ou seja, sobre sua matriz criminológica, e ao final, levantamos a hipótese, provocada por Alvino de Sá, sobre a suposta incapacidade do paradigma restaurativo de superar a racionalidade etiológica positivista do século XIX, quando tenta atribuir responsabilidade ao ofensor.

2.1 AS ORIGENS, OS VALORES E OS OBJETIVOS

Pode-se afirmar, ainda que a partir de uma percepção meramente empírica, que no Brasil, ao redor do tema da Justiça Restaurativa ainda paira certo ar de novidade e estranheza (SCURO NETO, 2008, p. 4). Mesmo nos círculos acadêmicos a matéria parece ser desconhecida, ou quando muito, apanhada no ar por acaso: mera curiosidade, porque aliás, “é bom saber que existe”. Parece que no Brasil a Justiça Restaurativa ainda procura se afirmar

enquanto conhecimento autônomo, imiscuindo-se nas aulas de Direito Penal e espremendo-se entre os capítulos dos livros de Criminologia.

Muitos tem se aproximado do tema com a curiosidade e desconfiança de quem, à primeira vista, crê que se trata da última invenção do ano em matéria de tecnologia: em verdade, uma espécie de tecnologia futurista de justiça criminal.

Mas, ao contrário do que se possa imaginar, a Justiça Restaurativa não é um tema debutante no grande salão do mundo jurídico, nem no Brasil, e menos ainda no mundo. Desde os anos 70 se tem produzido e discutido sobre o assunto, e se tomarmos por referência não a teoria restaurativa, mas as suas práticas, talvez tenhamos que retroceder à história das primeiras civilizações a fim de encontrarmos suas raízes.

No mesmo erro cai quem imagina que o patrimônio teórico sobre a Justiça Restaurativa é pobre, resumido a poucas obras muito específicas, ou limitado a pequenos artigos, publicados aqui e ali nos confins da Nova Zelândia ou no norte gelado do Canadá. Longe disso, do que já se produziu sobre a Justiça Restaurativa, abrangendo um arco que se estende desde os pontos mais genéricos e elementares (como os dos princípios e valores), e que se estica e desce a minúcias complexas e sofisticadas como a da ligação com a teoria da justiça de Habermas, pode-se dizer que o tesouro é grande e variado.

E é justamente a conservação de uma certa tradição teórica², acompanhada da superveniência de um denso e ramificado quadro referencial e da existência de um universo matizado de práticas, que constituem verdadeiros fatores complicadores para uma definição unívoca e exata do que seja a Justiça Restaurativa.

² Os pouco mais de 40 anos de teoria da Justiça Restaurativa, em termos absolutos, são incomparáveis aos mais ou menos 300 anos da tradição de Direito Penal Iluminista. Contudo, a velocidade com que se produzem textos sobre o tema e a velocidade e profundidade com que se tem difundido a Justiça Restaurativa apontam para um movimento crescente de consolidação e assimilação de suas ideias e propostas. Na medida em que se afasta lentamente de sua origem teórico-histórica, a Justiça Restaurativa intensifica exponencialmente seu poder de penetração nos espaços de produção de conhecimento e nos espaços políticos. Esse grau de celeridade extrema na divulgação e assimilação das ideias, algo inconcebível no início da modernidade e que hoje é capaz de relativizar até mesmo a maneira espontânea como se transmite a cultura, revela ser a expressão daquilo que se compreende, por alguns, como a hipermodernidade. Como bem explica a professora Karyna Sposato, a hipermodernidade diz respeito, ela mesma, a uma “cultura do excesso”, da urgência e da intensidade, do “ritmo quase esquizofrênico” marcado pela flexibilidade e fluidez (SPOSATO, 2018, p. 22). É bem verdade que, ao mesmo tempo em que a cultura é passada em um ritmo intensivo, ela na mesma velocidade se perde, se esvai. É nesse sentido que a tradição “relativa” da Justiça Restaurativa é um fator complicador para sua compreensão como um todo: simultaneamente, e de forma ambivalente, prende as raízes no passado, se ramifica, se altera, flui, e tende a tornar-se outra coisa, escapando a todo instante de nosso entendimento.

Não são poucos os ângulos pelos quais a Justiça Restaurativa pode ser fotografada. Captável de tantas maneiras, chega ao ponto de diferenciar-se por suas finalidades, suas funções, seu alcance e pelo modo como se articula na prática. Sem contar com o fato inexorável de que tem de conviver, ao menos por hora, com outro modelo de justiça já consolidado: o modelo de justiça que preferimos nomear (por razões metodológicas explicadas na próxima seção) de paradigma de Justiça Penal Retributiva.

Em uma primeira aproximação, pode-se dizer que a Justiça Restaurativa, no âmbito do Direito e da política criminal, é um modelo de justiça, dentre tantos outros, que se destaca dos demais por possuir tanto uma função quanto algumas finalidades específicas. Provisoriamente, pode-se afirmar que a Justiça Restaurativa apresenta uma função de reparação, ou de pacificação de um dado conflito definido pela lei como infração penal e que, ao nível das finalidades, visa à reparação dos danos sofridos pela vítima e à atribuição de responsabilidade ao agente (SANTOS, 2014, p. 359).

É a partir desse conceito simples, meramente instrumental, porque limitado ao objetivo de apontar em uma direção fixa, que cuidaremos de estabelecer a origem do termo Justiça Restaurativa.

Costuma-se atribuir ao psicólogo estadunidense Albert Eglash a paternidade do termo Justiça Restaurativa. Nos idos do final dos anos 70 teria ele cunhado a expressão *restorative justice* (Justiça Restaurativa, para nós) quando ao escrever as frases inaugurais de seu famoso artigo *Beyond Restitution – Creative Restituion*, publicado em 1977, afirmou: “Por milhares de anos a justiça retributiva e sua técnica de punição pelo crime; por décadas, a justiça distributiva e sua técnica de tratamento terapêutico para o crime - estas são as alternativas para a justiça restaurativa e sua técnica de restituição”³ (EGLASH, 1977, p. 91, tradução nossa).

Milène Jaccoud é ligeira ao afiançar o ocorrido, embora remeta a origem do termo ao ano de 1975, dois anos antes da publicação de *Beyond Restitution*: “Realmente, o conceito de justiça restaurativa nasce em 1975, através da caneta de um psicólogo americano, Albert Eglash” (JACCOUD, 2005, p. 165). Juliana Benedetti, em sua dissertação de mestrado “Tão próximos, tão distantes”, também é resoluta em traçar uma linha de parentesco entre Eglash e

³ “For thousands of years retributive justice and its technique of punishment for crime; for decades, distributive justice and its technique of therapeutic treatment for crime – these are the alternatives to restorative justice and its technique of restitution”, no original.

a dita expressão. Benedetti se reportando dessa vez, ao ano de 1977, curiosamente menciona o texto de Jaccoud (2005), na sequência:

Foi também em 1977, quando várias iniciativas já se disseminavam, que o psicólogo Albert Eglash cunhou a expressão *Justiça Restaurativa*, no seu texto *Beyond Restitution: Creative Restitution* (ROLIM, 2004). Nesse trabalho, Eglash, fundado na ideia de restituição criativa que já vinha discutindo desde no final dos anos cinquenta, sugeriu que estimular o ofensor a pedir perdão pelos seus atos poderia ser um mecanismo apto a promover a sua reabilitação (JACCOUD, 2005) (BENEDETTI, 2009, p. 42).

O professor da Universidade de Aarhus, na Dinamarca, Christian Gade, apresenta outra versão para o nascimento do termo *restorative justice*. Segundo o professor, diversos autores no mundo todo, assim como Jaccoud (2005) e Benedetti (2009) no Brasil, reputam a Eglash a cunhagem do termo⁴. Contudo, sua pesquisa demonstra que o termo já podia ser encontrado em pelo menos seis obras editadas antes mesmo da década de 50 do século XX.

Em textos de 1924 (de Fourcade), de 1916 (de Mechem), 1863 (de Abbots), 1856 (de Stow), 1848 (de Armstrong) e 1834 (dos Membros da Igreja da Irlanda), “justiça restaurativa” aparece, na maior parte das vezes em contextos religiosos cristãos, sem qualquer explicação ou sentido claro. Fato é que, segundo Gade (2017, p. 30), não há, absolutamente, qualquer razão em atribuir a Albert Eglash, ainda mais nos anos 70 do século XX, a origem do termo “Justiça Restaurativa”.

Sequer se pode estabelecer qualquer conexão entre o uso do termo nos textos do século XIX, com os dos textos sobre Justiça Restaurativa da segunda metade do século XX (GADE, 2017, p. 29-30).

Em outro estudo, dessa vez realizado pela professora australiana Kathleen Daly, da Escola de Criminologia e Justiça Criminal da Griffith University (Brisbane, Queensland), mais um “elo perdido” da história do termo é resgatado.

Segundo a autora, Eglash teria recortado a expressão “justiça restaurativa” de um texto de 1955 (uma tradução para o inglês de um texto em alemão) “*The Biblical Doctrine of Justice and Law*”. Conforme Skelton teria descoberto, um dos autores de “*The Biblical Doctrine...*”, Reverend Whitehouse, “teria criado” o termo a partir da expressão ‘*heilende Gerechtigkeit*’ (“*healing justice*” em inglês, ou “justiça curativa” em português). Nesse

⁴ Segundo Gade (2017, p. 28), além de Daniel Van Ness, “*many have credited Eglash as the father of the term (Llewellyn and Howse 1999; Ammar 2003; Chatterjee and Elliott 2003; Heath-Thornton 2009; Van Ness and Strong 2010; Daly 2013)*”.

contexto religioso, a Justiça Restaurativa seria vista como uma quarta dimensão da justiça, ao lado das formas de justiça retributiva, comutativa e distributiva. A Justiça Restaurativa, assim, seria aquela capaz de “curar as feridas do pecado” (*it “can heal the ... wound of sin”*) (DALY, 2013, p. 360).

De qualquer sorte, seria correto colocar na conta de Eglash, com seu texto publicado em 1977, como também seria justo depositar em favor de Randy Barnett (com *Restitution: a new paradigm of criminal justice*, de 1977), Howard Zehr (com *Retributive Justice, Restorative Justice*, de 1985) e Nils Christie (com o artigo *Conflict as Property*, de 1977), o crédito de “pais fundadores” (*founding fathers*) do que hoje se entende por Justiça Restaurativa (GADE, 2017, p. 30).

Em verdade, Eglash, pela primeira vez, e definitivamente, trouxe o termo “Justiça Restaurativa” para dentro do campo das Ciências Criminais e da Política Criminal (mesmo da Medicina, como veremos adiante), ao atrelá-lo à noção de um novo modelo de justiça, ainda que não totalmente acabado, conformado por todas as características que mais tarde se qualificaram como “restaurativas”.

Mesmo assim, já se percebe em *Beyond Restitution – Creative Restitution* a ideia de Justiça Restaurativa como um novo modelo de justiça criminal, oposto aos modelos retributivo-punitivo e de tratamento (ou distributivo), centrado nas consequências danosas da conduta humana e no papel importante que vítima e ofensor deveriam assumir na busca pela transformação construtiva do conflito.

Curiosamente, Howard Zehr, considerado por Gade (2017) “o autor mais influente sobre a justiça restaurativa”⁵ (GADE, 2017, p. 30, tradução nossa), e parecendo retroceder às raízes cristãs do termo, empregou pela primeira vez o termo em 1985 (quase dez anos depois de Eglash), com uma conotação indiscutivelmente religiosa (embora em um contexto de política criminal). Como se, resistindo a negar (ou conscientemente retrocedendo) as raízes cristãs do termo, o autor se inclinasse apenas “de leve” em direção ao mundo jurídico penal, para nele depois, fazer o habitat de uma Justiça Restaurativa com fundamentos bíblicos.

Com efeito, Zehr, em *Retributive Justice, Restorative Justice* (1985) refere-se à Justiça Restaurativa como um “modo hebraico” de se fazer justiça, baseado no conceito-chave do Velho Testamento de “Shalom”, “de fazer as coisas certas, de viver em paz e harmonia uns

⁵ “*the single most influential author on restorative justice*”, no original.

com os outros em uma relação correta” (ZEHR, 1985, p. 11), em contraposição a um “modo Romano” de se fazer justiça, impositivo, punitivo e hierárquico (ZEHR, 1985, p. 9).

A passagem a que nos reportamos é justamente a seguinte, em tradução nossa: “A Justiça Retributiva define a justiça ao modo romano, como regras corretas, regulando a justiça pela intenção e pelo processo; A Justiça Restaurativa definiria a justiça ao modo hebraico, como relações corretas, medidas pelo resultado”⁶ (ZEHR, 1985, p. 13).

Mais curioso ainda é o fato de Zehr, em um *e-mail* enviado no mês de junho de 2017 ao mencionado professor dinamarquês, Christian Gade, ter “confessado” que havia tomado de empréstimo o termo “Justiça Restaurativa” precisamente do artigo de Albert Eglash, *Beyond Restitution – Creative Restitution*.

Segundo Gade, Zehr estava procurando um nome que comunicasse bem aquilo que tinha em mente sobre um novo paradigma de justiça que se contrapusesse ao paradigma retributivo, e que ao mesmo tempo fosse fácil de lembrar, quando se deparou com o texto de 1977. Inspirado nele, Zehr extraiu a “marca” de que necessitava, e com ela aplicou pela primeira vez sobre o papel tudo o que se considera de mais elementar no campo das ideias a respeito da Justiça Restaurativa (GADE, 2017, p. 31) atualmente:

Zehr me disse: “Encontrei o termo, entre outros, em um ensaio de Albert Eglash [o texto acima mencionado de 1977] (...) Em uma frase, ele listou vários termos, e esse foi um deles. Parecia se encaixar no que eu estava pensando e contrastava muito bem com o termo ‘retributivo’; Eu estava procurando por uma terminologia que pudesse comunicar bem e que fosse fácil de ser lembrada”⁷. (GADE, 2017, p. 30, tradução nossa)

Enveredando pela floresta da definição do que seria ela própria, a Justiça Restaurativa, destacamos novamente a fluidez do terreno em que estamos a pisar: a tarefa nada tem de fácil considerando a multiplicidade de perspectivas existentes.

Parte da explicação para a existência de um leque tão vasto de perspectivas se encontra na maneira como a Justiça Restaurativa se desenvolveu depois de sua “invenção”, entre os anos 70 e 80.

⁶ “*Retributive justice defines justice the Roman way, as right rules, measuring justice by the intention and the process; Restorative justice would define justice the Hebrew way, as right relationships, measured by the outcome*”, no original.

⁷ “*Zehr told me: “I found the term, among other terms, in an essay by Albert Eglash [the aforementioned text from 1977] (. . .) In one sentence, he listed a number of terms, and that was one. It seemed to fit what I was thinking, and contrasted nicely with the term ‘retributive’; I was looking for terminology that would communicate and would be easy to remember*”, no original.

Isso porque, a partir dos anos 90, a Justiça Restaurativa se tornou um tema bastante popular, vindo ela a “eclipsar” outras ideias que circularam durante os anos 1970 e 1980 em torno das mesmas noções de reparação, reconciliação e justiça informal (DALY, 2013, p. 358). Da linha de desenvolvimento da Justiça Restaurativa derivaram então duas trilhas de expansão opostas: uma expansão “direcionada para baixo” e uma expansão “dirigida para cima” (GADE, 2017, p. 31) da linha do “equador restaurativo”.

No primeiro movimento, a Justiça Restaurativa aproximou-se de realidades não criminosas de conflitos, como as de má-conduta perpetradas nas escolas, na vizinhança e nos locais de trabalho. No segundo, a Justiça Restaurativa, avançando para muito além das zonas de conflito do “mau-comportamento” e dos crimes capitulados nos códigos penais, introduziu-se nos contextos dos casos de genocídio, de crimes de violência extrema, de violação de direitos humanos, de opressão política e de injustiças históricas (como é exemplo os casos de práticas restaurativas adotadas pelas Comissões de Verdade e Reconciliação na África do Sul, pós-*apartheid*) (GADE, 2017, p. 31-32).

Foi justamente esse movimento de expansão “para cima” que culminou com o reconhecimento internacional da abordagem restaurativa pelas Nações Unidas, através da edição de várias resoluções, dentre as quais se destaca a RESOLUÇÃO 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU⁸, responsável por enunciar a nível global os princípios básicos para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

Fato é que, paulatinamente, aquela mesma Justiça Restaurativa que “Zehr apresentou como uma abordagem alternativa revolucionária para a justiça criminal em 1985, se tornou uma abordagem internacionalmente reconhecida para a justiça nos anos 2000”⁹ (GADE, 2017, p. 32, tradução nossa).

Distante dos extremos das trilhas de expansão “para cima” e “para baixo” expostas por Gade (2017), a professora da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Cláudia Santos, fornece um quadro explicativo, dividido em três grandes grupos de definição do que seja a Justiça Restaurativa: a) grupo de definição que enfatiza o processo (ou minimalista); b) grupo de definição que enfatiza os resultados (ou maximalista) e c) grupo de definição que enfatiza tanto o processo quanto os resultados (ou modelo puro). Em cada grande grupo, a

⁸ Disponível em <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 22 dez 2018.

⁹ “which Zehr had presented as a revolutionary alternative approach to criminal justice in 1985, became an internationally recognised approach to justice in the 2000s”, no original.

autora se preocupa em distinguir os elementos essenciais das diferentes formas de Justiça Restaurativa¹⁰.

a) Grupo de definição que enfatiza o processo: a definição de Tony Marshall condensa os elementos que conformam as ideias de Justiça Restaurativa deste grupo. Para este autor, a Justiça Restaurativa é um “processo através do qual todas as partes implicadas em uma específica infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com as suas implicações no futuro” (SANTOS, 2014, p. 163).

Os elementos principais desta definição dizem respeito à simples ocorrência de participação e negociação entre as partes envolvidas no conflito, independente da natureza da solução negociada (se retributiva ou não) (JACCOUD, 2005, p. 171). Sendo imprescindível a voluntariedade do ofensor como pré-requisito para o início da prática restaurativa, seu alcance restaria automaticamente restringido, uma vez que “excluir-se-ia a resposta restaurativa sempre que o agente do crime e a sua vítima ‘recusassem o encontro’ e sempre que a gravidade da ofensa impedisse uma solução alicerçada no consenso” (SANTOS, 2014, p. 166).

b) Grupo de definição que enfatiza os resultados¹¹: aqui a definição que mais convém é a de Lode Walgrave: “toda e qualquer acção que seja primeiramente orientada para a realização da justiça através da reparação do mal causado pelo crime” (SANTOS, 2014, p. 164). Para os defensores desse modelo de Justiça Restaurativa, independente do procedimento adotado (inclusive prescindindo da voluntariedade do ofensor para participar ou modular a solução do conflito), se o resultado atinge a finalidade de reparação do mal, logo, deve ser reconhecido como restaurativo. Nesse modelo inclui-se o tratamento de crimes mais graves, na medida em que ele se presta a substituir totalmente o modelo de justiça penal convencional. Nesse sentido, o modelo maximalista “encontra formas de responder a toda a criminalidade” (SANTOS, 2014, p. 170).

c) Grupo de definição que enfatiza tanto o processo quanto os resultados: Essa é a definição adotada pela própria professora Cláudia Santos. Para ela, se o procedimento é

¹⁰ A professora da Escola de Criminologia da Universidade de Montreal, Mylène Jaccoud, também elabora quadro semelhante. Vide (JACCOUD, 2005, p. 170-171).

¹¹ Jaccoud dá a entender que se filia a esse grupo maximalista quando escreve: “Assim como Walgrave (1999), nós acreditamos que a perspectiva maximalista é a mais suscetível para ampliar seu espectro de ação e transformar a racionalidade penal. Ela também tem a vantagem de desfazer a idéia preconcebida que a justiça restaurativa equivale a encontros entre os contraventores e as vítimas e que fora de tais encontros, nenhuma forma de justiça restaurativa é previsível” (JACCOUD, 2005, p. 172).

ajustado em função dos resultados ou dos processos, tanto um quanto o outro não devem autonomamente, atingir objetivos fora do quadro de finalidades restaurativas, sem que se refiram uns aos outros. Em termos práticos, essa modalidade de Justiça Restaurativa restringe ainda mais o raio de ação, descendo a um nível mais estreito que o da concepção minimalista:

Na concepção que perfilho, se um qualquer procedimento consensual entre o agente e a vítima de um crime não almejar uma reparação dos danos causados através de uma responsabilização do agente, esse procedimento não merecerá o qualitativo de plenamente restaurativo; mas também a obtenção de um resultado de reparação como consequência de outras formas de procedimento, nomeadamente aquelas que suponham a coerção, não será uma manifestação da justiça restaurativa. Deste modo, a condenação do agente, no âmbito de um processo penal, à reparação dos danos causados à vítima, não será coincidente com o sentido de uma intervenção restaurativa (SANTOS, 2014, p. 168).

Diversos autores espalhados pelo globo, a par da existência da classificação acima, contribuem para a riqueza conceitual da teoria, ao mesmo tempo em que diversificam os formatos pelos quais se dá a perceber a Justiça Restaurativa (por vezes de maneira a opor, em alguns aspectos, as definições), e que por isso tornam a sua compreensão algo desafiador.

Kathleen Daly (2013), em que pese reconheça a ausência de consenso, enxerga pontos em comum nas diversas definições, a partir dos quais elabora a sua em particular.

Para a autora, Justiça Restaurativa é um processo em que a vítima e um ofensor confesso participam ativamente e onde os encargos pelas consequências do crime são compartilhados, inclusive entre os apoiadores dos envolvidos e a sociedade ampla. Segundo ela:

Essas atividades são destinadas a "reparar o dano" e "restaurar" as relações sociais rompidas pelo crime. A justiça restaurativa é uma forma de justiça informal, o que significa que a ênfase é colocada no diálogo, interação e envolvimento dos protagonistas, com relativamente menos vinculação às noções estritas de procedimento legal ou o envolvimento de profissionais da área jurídica¹² (DALY, 2013, p. 357, tradução nossa).

¹² “*These activities are intended to ‘repair the harm’ and ‘restore’ social relations broken by crime. Restorative justice is a form of informal justice, which means that emphasis is placed on dialogue, interaction, and engagement of the protagonists, with relatively less reliance on strict notions of legal procedure or the involvement of legal professionals*”, no original.

Para a professora da Universidade de Coimbra, Cláudia Santos, a Justiça Restaurativa é um modelo de reação ao crime diferenciado porque possui um fundamento, uma função, duas finalidades e um procedimento específicos (SANTOS, 2014, p. 171).

Por fundamento, a Justiça Restaurativa compreende a ideia de que o crime pode ter uma dimensão privada, relacionada com aspectos subjetivos e intersubjetivos do conflito. Por esse ângulo, a Justiça Restaurativa promove a “(re)descoberta de que o crime não é apenas a ofensa a bens jurídicos”, mas que significa também a ofensa a direitos concretos de uma vítima identificável, que pode passar a ter necessidades também concretas, assim como o ofensor (quanto a direitos seus violados e ao aparecimento de necessidades pendentes) (SANTOS, 2014, p. 171-172).

A pacificação do conflito é a função da Justiça Restaurativa, enquanto que a reparação dos danos causados à vítima e a assunção de responsabilidade do agente são suas finalidades. Por fim, para a autora, o modo de atuação da Justiça Restaurativa também importa, ou seja, nas práticas restaurativas deve-se obrigatoriamente respeitar a autonomia da vontade dos sujeitos tanto quanto à participação quanto à construção do acordo restaurativo (SANTOS, 2014, p. 172-173).

Vincenzo Ruggiero vê a Justiça Restaurativa como “um processo que traz os atores e a comunidade afetada por uma situação problemática de volta à condição na qual o problema surgiu”, funcionando a partir do envolvimento direto das partes, de maneira que elas mesmas sejam responsáveis por encontrar uma solução para o caso (ACHUTTI, 2016, p. 61).

Daniel Achutti, no Brasil, mas combinando elementos de vários autores estrangeiros, apresenta sua definição:

Desde a percepção do crime como um dano causado a uma pessoa, e não como uma mera violação à lei (cf. Zehr, 2008, p. 174), Shapland et al (2006, p. 507) estão de acordo com Strang (2002) e Hoyle (2010), ao mencionar que o aspecto fundamental da justiça restaurativa está no fato de as partes considerarem e decidirem, elas mesmas, o que deverá acontecer. Conforme Alison Morris (2002, p. 599), “vítimas, ofensores e ‘comunidades de cuidado’ se juntam e, com a ajuda de um facilitador, buscam resolver como lidar com a ofensa, com as suas consequências e as suas implicações para o futuro” (ACHUTTI, 2016, p. 61)

Daniela Costa, professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe e Elísio Machado Júnior, mestre em Direito por este mesmo programa,

sustentam a postura de contraponto da Justiça Restaurativa em face do modelo clássico de Justiça Retributiva e de sua “racionalidade penal moderna”,

[...] na medida em que aquela propõe a retomada do protagonismo pelas partes envolvidas no evento danoso, dando-lhes voz e poder no processo de construção de um acordo que recomponha o tecido social lesionado. Há, com efeito, uma ruptura com a racionalidade hierárquica do poder punitivo, horizontalizando a relação como meio para que a vítima seja acolhida e o ofensor adequadamente responsabilizado e conscientizado acerca dos danos provocados pelo seu comportamento (COSTA; MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 85).

Para os autores, a Justiça Restaurativa pressupõe uma nova forma de enxergar o crime e a justiça: o crime passa a ser concebido, pela lente restaurativa, como uma violação de relacionamentos e de pessoas, enquanto que a justiça passa a focalizar a reparação e a cura das vítimas, como também dos agressores (sem deixar de responsabilizá-los) (COSTA; MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 85-86).

Embora julguemos que o apanhado de definições acima seja suficiente para desenhar um esboço do que seja a Justiça Restaurativa, reputamos essencial o estudo mais verticalizado de algumas teorias em especial, que por seu grau de importância, determinaram os limites epistemológicos do que se conhece hoje sobre o tema.

Propomo-nos, assim, a examinar alguns conceitos-chave distribuídos nas obras de três autores distintos, mais ou menos equivalentes em importância: “*Beyond Restitution – Creative Restitution*” e “Trocando as lentes”, dos “pais fundadores” Albert Eglash e Howard Zehr, e “*Crime, Shame and Reintegration*” e “*Responsive Regulation*” de John Braithwaite. O exame da teoria desse último autor se justifica por conta do relevo e volume de sua produção científica e pelo alcance e grau de sofisticação de suas ideias.

Logicamente que o estudo aqui realizado não ousa percorrer toda a extensão dessas obras, ou dar conta de toda a riqueza de detalhes ali contida, mas visa tão-somente pinçar estrategicamente alguns conceitos que entendemos ser suficientes para aclarar o problema da Justiça Restaurativa e sua possibilidade de ruptura com o paradigma etiológico.

Para a professora da Escola de Serviço Social da Universidade do Havaí, Lorenn Walker, a obra de Albert Eglash (assim como a de Howard Zehr e Nils Christie) é a fonte de onde se extrai a definição mais amplamente adotada pela literatura sobre Justiça Restaurativa,

em âmbito internacional¹³ (WALKER; RODGERS; UMBREIT, 2018, p. 4). Dois elementos são caros a professora Walker (2018), na teoria de Eglash: a responsabilidade do ofensor de reparar o dano causado por seu comportamento e a necessidade de sua participação pessoal, a fim de tornar o ato de restituição algo verdadeiramente significativo (“*making amends and restitution meaningful*”) (WALKER; RODGERS; UMBREIT, 2018, p. 5).

Com efeito, Albert Eglash era um psicólogo estabelecido no Estado do Michigan, nos Estados Unidos, onde trabalhava com jovens envolvidos em delitos e com prisioneiros adultos (DALY, 2013, p. 361). O contexto de Eglash, que transparece com bastante evidência em “*Beyond Restitution – Creative Restitution*” é o de suas experiências com programas ligados à justiça juvenil e à recuperação de viciados em drogas, como os Alcoólicos Anônimos, mais de uma vez mencionados no texto.

Algumas ideias presentes em “*Beyond Restitution – Creative Restitution*”, artigo publicado pela primeira vez em 1977, já se encontravam em alguns trabalhos seus, anteriores a década de 60. Entretanto, como já tivemos a oportunidade de dizer, é no texto de 1977 que Eglash, de forma pioneira, acomoda o termo Justiça Restaurativa no quadro teórico da Justiça e da Política Criminal.

No texto, a Justiça Restaurativa é introduzida como um modelo de justiça radicado na técnica da restituição, e por isso, oposto aos modelos mais tradicionais de justiça retributiva (com sua técnica punitiva) e de justiça distributiva (com sua técnica de tratamento).

Interessante notar que Eglash (1977) não se preocupa em traçar uma linha divisória muito marcada entre os modelos retributivo e de tratamento: pelo contrário, os aborda como se fizessem parte de um grande modelo retributivo-distributivo, ao qual se contrapõe, e com muita distância, o restaurativo.

Fato é que, para o autor, enquanto a justiça retributiva-distributiva (não haveria problema de chamar assim, nesse contexto) se concentra no ofensor, e ignora a vítima (simples testemunha do processo), a Justiça Restaurativa, por outro lado, empresta função relevante a ela, enquanto dedica atenção total às consequências do crime (ao dano).

¹³ Registre-se publicamente nossa gratidão à professora Loren Walker, que com tanta amabilidade e presteza, nos cedeu, por e-mail, uma cópia do texto de 1977 de Albert Eglash, tornando possível, nesta pesquisa, o exame dessa fonte primária.

No interior do modelo retributivo-distributivo, o papel do ofensor é passivo. Sua relação com o Estado é comparável a de um paciente médico que se submete a uma cirurgia. Da intervenção da justiça penal resulta a remoção, o afastamento do ofensor da situação de conflito (pela prisão ou pelo internamento). Em contraposição, a Justiça Restaurativa estimula a auto-cura (tal como em um tratamento medicinal de “*biofeedback*”) e ao invés de tirar o ofensor da zona de conflito, ela tenta transformar seu comportamento (“*reverse his behavior*”), de um comportamento ofensivo para um comportamento solidário e prestativo (“*from one of taking or harming to one of giving or helping*”) (EGLASH, 1977, p. 91).

Em termos práticos, o alvo mirado pela justiça retributiva-distributiva é o da dissuasão: o criminoso cessa sua conduta negativa para evitar a pena. A Justiça Restaurativa, se por um lado visa conter os padrões fixos de má-conduta do ofensor, por outro, reconhece o erro como uma oportunidade de aprendizado.

Nos moldes retributivos-distributivos, a responsabilidade do agente é determinada por um juiz no presente à medida que este avalia uma responsabilidade por atos cometidos no passado. No processo judicial, ademais, buscam-se as causas do crime na relação de tensão entre o livre-arbítrio e o determinismo psicológico. Ambos se excluem mutuamente e uma vez reconhecidos em juízo, podem implicar punição ou a adoção de uma medida de segurança.

A Justiça Restaurativa não opõe o livre-arbítrio ao determinismo psicológico, mas os combinam: olha para o passado como se o ofensor tivesse sido determinado por uma série de circunstâncias (psicológicas ou sociológicas) para que cometesse o delito, mas também olha para o futuro e admite que o ofensor tem o poder de escolher, no presente, a assunção de uma conduta construtiva e reparadora.

Uma abordagem restaurativa de restituição criativa, aceita ambos, o livre-arbítrio e o determinismo psicológico. Ela redefine a responsabilidade do passado em termos de dano ou ofensa causados, e pode, portanto, aceitar o determinismo psicológico por nosso comportamento passado sem destruir a ideia de sermos responsáveis pelo que fizemos. Da mesma forma, redefine a responsabilidade do presente em termos de nossa habilidade ou capacidade de ação construtiva e corretiva e pode, portanto, aceitar o livre arbítrio para nosso comportamento presente e contínuo e para nosso comportamento futuro projetado, sem destruir as explicações científicas do comportamento passado. Por exemplo, nos Alcoólicos Anônimos, os alcoólatras insistem “Eu não sou responsável pelo meu comportamento passado, muitos desses momentos mais destrutivos ocorreram em um momento de *blackout* quando eu estava certamente longe da sanidade. Ainda assim, eu aceito a responsabilidade presente de fazer as pazes com aqueles que

inadvertidamente feri e ajudar outras vítimas do alcoolismo"¹⁴. (EGLASH, 1977, p. 92, tradução nossa).

Mas o que seria “restituição” para Eglash? Ou mais, o que seria uma restituição criativa (*creative restitution*)? Quando o autor se refere à restituição, parece ter em mente a maneira como o ofensor, seja no âmbito da justiça retributiva-distributiva, seja no âmbito da Justiça Restaurativa, responde diretamente à vítima do crime. Se no contexto da justiça tradicional, a restituição se resume ao cumprimento de uma sentença condenatória cujo conteúdo é o pagamento de uma prestação pecuniária (*financial reparations*), no contexto da Justiça Restaurativa a restituição é algo muito mais amplo e complexo.

Eglash distingue quatro tipos de restituição, cuja formulação teórica de cada um deles se dá pelo arranjo entre pares de decisões independentes: 1) a decisão por restituir ou não a vítima, e 2) a decisão sobre como restituir.

Segundo o esquema da *mandatory restitution*, o ofensor é obrigado pela instância judicial a restituir à vítima, como também é obrigado a cumprir a determinação sem que se possa interferir em seu conteúdo.

De acordo com o esquema da *ritual restitution*, o ofensor voluntariamente procura restituir a vítima sem poder influir no conteúdo, que é determinado heteronomamente (pense-se em um indivíduo que escolhe voluntariamente ser devoto de um credo religioso, mas que não possui o poder de alterar a ritualística ou as cerimônias de expiação).

O modelo em que o ofensor escolhe restituir e também escolhe como será a restituição (restituição espontânea ou *spontaneous restitution*), para Eglash, não tem qualquer relevância para a Justiça Criminal. Segundo ele, este já é o modelo padrão, que todos nós informalmente praticamos no dia-a-dia, diante dos problemas da vida.

Dessa maneira, seria restaurativo exclusivamente o modelo de restituição em que esta fosse exigida do ofensor, e que a ele fosse concedida, em contrapartida, a liberdade para

¹⁴ “A restorative approach of creative restitution accepts both free will and psychological determinism. It redefines past responsibility in terms of damage or harm done, and can therefore accept psychological determinism for our past behavior without destroying the concept of our being responsible for what we have done. Similarly, it redefines present responsibility in terms of our ability or capacity for constructive, remedial action and can therefore accept free will for our present, ongoing behavior and for our future contemplated behavior, without destroying scientific explanations of past behavior. For instance, in AA, alcoholics insist “I’m not responsible for my past behavior, much of its most destructive moments occurring in a blackout when I was certainly far from sane. Still, I accept present responsibility to make amends to those I inadvertently hurt, and to help other victims of alcoholism”, no original.

determinar o conteúdo da restituição. É a essa forma de restituir que Eglash dá o nome de *creative restitution*.

A *creative restitution* (restituição criativa) é constituída por seis características fundamentais:

1) Papel ativo do ofensor: a restituição é um esforço ativo, uma mobilização de forças por parte do ofensor;

2) A vítima destinatária: a ação do ofensor é dirigida à vítima, de forma construtiva, a fim de reparar o dano causado;

3) A restituição construtiva: a qualidade construtiva da restituição se liga necessariamente à natureza do dano¹⁵, ou seja, aos seus aspectos circunstanciais, aos quais devem corresponder as circunstâncias da restituição. Em outras palavras, a restituição construtiva demanda que a resposta para o crime seja personalizada, conforme as particularidades de cada caso, jamais padronizada ou prefixada por uma norma jurídica.

4) Limites para a restituição: para evitar que o ofensor repare o dano de um modo aquém das necessidades da vítima (com um esforço desprezível) ou de maneira que não seja capaz de surtir os efeitos pedagógicos esperados, a natureza do dano (à pessoa ou à propriedade) deve servir de limite.

5) *The second mile*: a restituição não visa somente restabelecer o *status quo ante*. A restituição deve superar a situação anterior, deixando-a em uma condição melhor do que era (o ofensor deve percorrer uma “primeira milha” e deixar as coisas como antes, mas na sequência, em favor do resgate de sua própria autoestima, deve superar as expectativas, e tornar as coisas melhores, “percorrer uma segunda milha”).

6) Os grupos de ajuda mútua: a participação do ofensor em programas de ajuda mútua possibilitará o compartilhamento de suas experiências com a abordagem restaurativa e assim, ajudar outros a mudar de comportamento.

¹⁵ Eglash oferece um exemplo elucidativo: “Eu conheço um juiz de uma corte juvenil em Detroit que, quando confrontado com jovens culpados por danificar uma ferrovia, os fez visitar suas instalações diariamente e escrever sobre suas observações. Quando outros jovens danificaram um ônibus, ele exigiu-lhes ajudar a reparar o estrago e lavar o ônibus semanalmente” (EGLASH, 1977, p. 94, tradução nossa). No original: “*I know a juvenile court judge in Detroit who, when confronted with youths guilty of mischief against a railroad, had them visit the railroad operations daily and write about their observations. When other youths damaged a bus, he required them to help repair the damage and to weekly wash the bus*”.

A proposta de política criminal de Eglash admite ainda um paralelismo entre a Justiça Restaurativa e a justiça tradicional: para crimes menores, a abordagem restaurativa seria mais adequada para funcionar antes da fase de acusação oficial (do recebimento da denúncia ou da queixa-crime, no Brasil). Para crimes mais graves, seria mais adequada a intervenção restaurativa na fase de execução penal, cumulativamente com a atuação do judiciário.

Ao final do artigo, o autor apresenta o resultado de uma pesquisa, realizada por meio de questionário, onde 203 pessoas foram convidadas a responder diversas perguntas sobre um cenário simulado de conflito. O objetivo da pesquisa era o de avaliar os efeitos da restituição criativa, chegando as seguintes conclusões:

- 1) A Justiça Restaurativa é mais efetiva que a tradicional em termos de dissuasão do crime;
- 2) A abordagem restaurativa é capaz de estreitar os laços familiares e comunitários;
- 3) A prática restaurativa evita a auto-estigmatização do ofensor, a assunção de um papel rebaixado;
- 4) A vítima tende a não se sentir trapaceada pelo ofensor ou injustiçada no processo de restituição;
- 5) A restituição criativa minimiza a estigmatização social do ofensor;

A par das vantagens verificadas pelo próprio Eglash (1977) a respeito de sua teoria da Justiça Restaurativa, duas limitações podem ser destacadas dela. A primeira diz respeito ao fato da restituição prescindir de voluntariedade do ofensor. Com muita probabilidade a área de atuação de Eglash (1977) contribuiu para que chegasse à conclusão de que a emenda dos erros poderia ser ao mesmo tempo coercitiva e restaurativa. Isso porque, muito provavelmente, não esperava dos viciados a consciência ou dos jovens a maturidade para, espontaneamente, reparar o dano.

Recorde-se que o contexto do autor é o dos programas de ajuda a viciados em narcóticos. O fato de Eglash lidar com viciados que costumeiramente negavam ajuda, mantendo assim os “padrões fixos de má-conduta” de que faz menção no texto, provavelmente motivaram-no a pensar dessa forma. Os ofensores envolvidos em infrações penais, assim como os alcoólatras, deveriam ser estimulados, postos em contato com a possibilidade de redenção, e a restituição deveria ser exigida deles, embora, em contrapartida,

fosse concedido o direito de escolher como fazer isso. Daí a importância da participação de grupos de ajuda mútua.

Com maior probabilidade ainda, o fato de Eglash lidar constantemente com jovens infratores, cuja condição de pessoa em desenvolvimento demandava a mediação dos pais ou responsáveis, o impedia de apelar à maturidade do ofensor para que espontaneamente se dispusessem a reparar o dano. Nesse contexto, era um terceiro quem deveria exigir do jovem a restituição, cujo poder de decisão, dada sua condição de representado, caberia ao representante. Note-se que a maioria dos exemplos citados por Eglash, em seu artigo, gira em torno de infrações cometidas por jovens em que um terceiro (juiz da corte juvenil ou os próprios pais) prescreve àqueles a obrigação de consertar as coisas. Sublinhe-se ainda que a restituição criativa, para Eglash (1977), é uma espécie de restituição guiada (*guided restitution*), não uma restituição espontânea (*spontaneous restitution*, com liberdade tanto para restituir quanto para como restituir) ou determinada por lei ou por sentença (*mandatory restitution*, restituição coagida e conteúdo vinculado).

Uma outra limitação diz respeito ao fato de a teoria restaurativa de Eglash ser profundamente radicada na figura do ofensor, dispensando à vítima um papel muito apagado. O próprio autor admite isso:

Desde o início, tenho pensado e escrito sobre maneiras de ajudar os infratores, sobre a justiça e a reabilitação dos infratores. Eu trabalho com infratores e entrevisto infratores. Raramente penso sobre a vítima, como ajudá-la com seus problemas financeiros, médicos, emocionais e sociais. Nunca visitei nenhuma vítima, nunca entrevistei nenhuma, nunca imaginei que perguntas eu gostaria de fazer, nunca pensei em incluir entrevistas com vítimas do tipo - "Como você se sente sobre a restituição criativa?" neste artigo. Para mim, a justiça restaurativa e a restituição, como suas duas alternativas, a punição e o tratamento, estão preocupadas principalmente com os infratores. Qualquer benefício para as vítimas é um bônus, molho, mas não a carne e batatas do processo¹⁶ (EGLASH, 1977, p. 99, tradução nossa).

A esta altura da argumentação nos parece adequado, então, introduzir a teoria de Howard Zehr como uma teoria da Justiça Restaurativa mais centrada na vítima que no ofensor e pautada pela voluntariedade das partes.

¹⁶ "From the start, I've been thinking and writing about ways to help offenders, about justice and rehabilitation for offenders. I work with and interview offenders. I seldom think about the victim, how to help him with his financial, medical, emotional, and social problems. I have never visited any victims, never interviewed any, never wondered what questions I would want to ask, never thought to include any victim interviews-"How do you feel about creative restitution? - in this paper. For me, restorative justice and restitution, like its two alternatives, punishment and treatment, is concerned primarily with offenders. Any benefit to victims is a bonus, gravy, but not the meat and potatoes of the process", no original.

Uma das ideias mais fortes da teoria de Zehr é a de Justiça Restaurativa enquanto paradigma de justiça. Baseado na teoria de Thomas Kuhn (*A Estrutura das Revoluções Científicas*, 1962), o autor sustenta a ideia de que a Justiça Retributiva, enquanto paradigma de justiça tradicional, está por desintegrar-se. Diante dos sinais de sua crise, a Justiça Restaurativa desponta como um novo paradigma, dotado de uma racionalidade constituída por valores e objetivos opostos aos retributivos, realizáveis através de práticas também distintas. Por tudo isso, seria a Justiça Restaurativa o paradigma capaz de suplantá-lo.

Foi em 1985, no artigo “*Retributive Justice, Restorative Justice*”, quando pela primeira vez a ideia kuhniana de paradigma aparece ligada ao contexto expresso da Justiça Restaurativa, na obra de Zehr. Nas palavras do autor:

Eu acho que é essencial lembrar que essa definição de crime e justiça, por mais que pareça sensata, é apenas um paradigma, apenas uma maneira possível de encarar o crime e a justiça. Temos sido tão dominados por nossas suposições que frequentemente supomos que seja o único caminho, ou pelo menos o único caminho correto, para abordar a questão¹⁷. (ZEHR, 1985, p. 4, tradução nossa)

Há alguns anos antes, contudo, Randy Barnett (da *Harvard Law School*), igualmente inspirado pela obra de Kuhn, já havia pensado no sistema de justiça criminal como um paradigma, que, uma vez colapsado, deveria ser substituído por um novo (“*What is needed is a new paradigm*”) (BARNETT, 1977, p. 284-287).

Em verdade, diversas ideias contidas nas obras iniciais de Zehr já se encontravam em Barnett (1977), assim como em Eglash (1977), quando aquele escreveu “*Restitution: a new paradigm for criminal justice*”. Barnett opunha ao paradigma punitivo o paradigma restitutivo (o autor não usa o termo “restaurativo” em seu artigo). Considerava que suas falhas eram irrecuperáveis, e que, embora houvesse tentativas de salvá-lo (a invenção da proporcionalidade da pena, das técnicas de reabilitação e de compensação financeira), todo o esforço estaria fadado ao fracasso (BARNETT, 1977, p. 285-287).

Barnett (1977) propunha a redefinição do conceito de crime (uma ofensa entre indivíduos, não entre indivíduo e sociedade ou entre indivíduo e Estado), a substituição da pena (*punitive restitution*) pela restituição (*pure restitution*) (BARNETT, 1977, p. 288) e a

¹⁷ “*I think it is essential to remember that this definition of crime and justice, as common-sensical as it may seem, is only one paradigm, only one possible way of looking at crime and at justice. We have been so dominated by our assumptions that we often assume it is the only way, or at least the only right way, to approach the issue*”, no original.

troca da abordagem de direito penal por uma abordagem que obedecesse à lógica de direito civil (sobretudo, a partir da ideia de que a ação agressiva do ofensor faria nascer um “débito” para com a vítima) (BARNETT, 1977, p. 291).

Diferente da visão reconhecidamente “centrada no ofensor” (*offender-oriented*) de Eglash (1977), Barnett (1977) considerava que a principal vantagem do paradigma restitutivo era justamente a de prover assistência à vítima do crime. Ademais, a prática de restituição pura (*pure restitution*) também detinha potencial para: a) combater o crime (pelo estímulo das vítimas em denunciar a sua ocorrência); b) ajudar na reabilitação do criminoso (usando o mesmo raciocínio de Eglash (1977), inclusive); c) reduzir a taxa de reincidência; d) aliviar a carga tributária (pela diminuição dos gastos públicos com o processamento, a prisão e o internamento dos criminosos); e) dissuadir até mesmo o cometimento de crimes do colarinho branco (pela obrigação de restituição integral do que foi desviado) (BARNETT, 1977, p. 293-294).

Apesar de concorrer para o avanço da teoria restaurativa, Barnett (1977) nitidamente a fazia retroceder quando compreendia a restituição como sinônimo de pagamento em dinheiro (*payments*), contrapondo inclusive o que havia pensado Eglash com seu conceito amplo de *creative restitution*¹⁸.

Nesse sentido, a obra de Zehr, construída ao longo dos anos 80 e 90, a partir das ideias de Eglash (1977) e Barnett (1977), deu passos largos em direção a um horizonte mais amplo da teoria, ao mesmo tempo em que sistematizou e eliminou uma porção de conceitos mais ou menos soltos ou incongruentes que se encontravam nas obras de referência.

Zehr¹⁹ (2008), no livro “Trocando as Lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça”, publicado originalmente em 1990, desenvolve e amplia o conjunto de ideias expostas em

¹⁸ Para Barnett: “A restituição não mudaria o fato de que um crime traumático ocorreu (assim como a concessão de indenização não desfaz a conduta tortuosa). A restituição, no entanto, tornaria mais fácil a perda resultante para as vítimas e suas famílias. Ao mesmo tempo, a restituição evitaria a grande armadilha dos planos de compensação / bem-estar das vítimas: uma vez que é o criminoso que deve pagar, a possibilidade de conluio entre vítima e criminoso para coletar “danos” do Estado seria praticamente eliminada” (BARNETT, 1977, p. 293). No original: “*Restitution would not change the fact that a traumatic crime has occurred (just as the award of damages does not undo tortious conduct). Restitution, however, would make the resulting loss easier to bear for both victims and their families. At the same time, restitution would avoid major pitfall of victim compensation / welfare plans: Since it is the criminal who must pay, the possibility of collusion between victim and criminal to collect “damages” from the state would be all but eliminated*”.

¹⁹ Atualmente (desde 2013) é codiretor do Instituto Zehr para a Justiça Restaurativa. É Ph.D. pela Rutgers University (1974). Autor de uma obra vastíssima sobre o tema, impactou significativamente os Estados Unidos, Brasil, Japão, Jamaica, Irlanda do Norte, Grã-Bretanha, Ucrânia e Nova Zelândia, país onde todo o sistema de

“*Retributive justice, Restorative Justice*” (1985). Nessa obra, sustenta que paradigmas são modelos conceituais, epistemológicos, ou melhor, “lentes” por meio das quais enxergamos a realidade e interpretamos os fenômenos. São justamente essas lentes que determinam a forma como o próprio conhecimento é moldado, atraindo e taxando tudo o que é decifrável por elas como de “bom senso” e tudo o que parece distorcido e incômodo como “absurdo” (ZEHR, 2008, p. 83).

Paradigmas também são modos de construir a realidade: tanto a natureza das soluções quanto a própria natureza dos problemas tomam formas específicas, sempre concebidas dentro dos limites epistemológicos – do desenho, do formato - do paradigma.

Em particular, é através das lentes retributivas que, nas sociedades modernas ocidentais, se costumam enxergar o crime, a justiça, a vítima e o ofensor. É também segundo a imagem que a partir delas se projeta, que se concebe a punição como única solução plausível.

Se por um lado um paradigma, tal como um par de lentes, molda a realidade, determinando as fronteiras do conhecimento e a arquitetura dos problemas e das soluções, por outro, assim como as lentes, ele pode mudar. Assim como Barnett (1977), Zehr (2018) se atém aos mesmos fenômenos da política criminal: observa a criação de técnicas de proporcionalidade da pena, de reabilitação dos presos, as penas alternativas, as medidas alternativas à prisão e indenizações, como “remendos” de um sistema de justiça em crise (ZEHR, 2008, p. 88-89).

Para usar os termos kuhnianos, Zehr enxerga nesses fenômenos os “epiciclos ptolomaicos”, tentativas teóricas de salvar, ao nível conceitual, um paradigma que há muito tempo dá mostras de superação. Em suma: “a percepção de disfunção [do paradigma retributivo] é generalizada” (ZEHR, 2008, p. 90).

Mas o que seria, em poucas linhas²⁰, o paradigma retributivo? O autor responde:

O paradigma retributivo cria sua própria realidade. Nos dias de hoje a ofensa é contra o Estado, que determina como reagimos a ela. A punição, e não a solução ou acordo, é vista como o resultado apropriado. A responsabilidade se torna absoluta, é definida em termos de culpa ao invés de dívida. Os resultados da ação são impostos com pouca participação da vítima e do

justiça juvenil passou a se estruturar sobre uma plataforma restaurativa, focada em conferências de família. Para maiores informações, vide a página oficial <<http://zehr-institute.org/staff/howard-zehr/howard-zehr-cv/>>.

²⁰ O tema será mais bem explorado em seção à parte.

ofensor. O paradigma retributivo abarca tudo, moldando nossa percepção do que pode e deve ser feito (ZEHR, 2008, p. 86).

A origem da Justiça Retributiva, para Zehr (2008), é relativamente recente. Embora em si mesma fosse uma característica de modelos de justiça antigos, como no caso dos modelos de vingança (ZEHR, 2008, p. 97), a retribuição só veio a constituir-se um monopólio epistemológico-jurídico, ou seja, um paradigma de justiça, a partir do século XIX, como consequência de diversos influxos convergentes e distintos (influxos do direito canônico, do Iluminismo, do surgimento do Estado Moderno, do nascimento das prisões, etc). A vantagem de se firmar um paradigma tal como o de Justiça Retributiva repousaria na promessa da racionalidade do sistema: sendo absolutamente racional, a pena (leia-se, a pena de prisão) seria minuciosamente calculada e proporcional ao crime, mais moderna e menos cruel que as penas aplicadas no passado.

Zehr (2018), entretanto, controverte o fato de que as penas, na Antiguidade se resumissem à crueldade e à vingança. O autor chama a atenção para um reducionismo simplista na elaboração da história dos modelos de justiça pré-modernos. A vingança não era um recurso tão utilizado nas sociedades antigas, como se pensa: em verdade era apenas mais uma das muitas alternativas existentes (ZEHR, 2008, p. 97).

Ao contrário, predominavam modelos de justiça comunitária, cujo arranjo básico pressupunha a participação dos indivíduos diretamente envolvidos no delito com o fim de resolvê-lo. A justiça comunitária na Antiguidade e na Idade Média, portanto, se materializava sob a forma comum da administração privada (não-estatal) dos conflitos. É com base nessa tradição que se ergue o conceito de Justiça Restaurativa de Zehr (2008): um paradigma de justiça calcado nas necessidades da vítima e na responsabilização do ofensor, sem que se precise recorrer, necessariamente, à punição.

Profundamente influenciado pelos ensinamentos bíblico-cristãos do Antigo e do Novo Testamento, Zehr considera fundamental a compreensão dos conceitos de “aliança” e de “*Shalom*”, como requisitos para o entendimento do paradigma restaurativo.

Aliança, assim, diz respeito “a um acordo com força de lei entre as partes”, “presume um relacionamento pessoal entre elas e implica em responsabilidades”, em obrigações mútuas. Para o fim de cumprirem com essas responsabilidades, as pessoas deveriam “trabalhar por *Shalom*” (ZEHR, 2008, p. 127).

Shalom, por sua vez, diz respeito, no contexto do Antigo Testamento, primeiro: “a uma condição em que ‘tudo está certo’ e as coisas estão como devem ser em inúmeras dimensões; e segundo: diz respeito às relações sociais, “segundo a Bíblia, Deus pretende que as pessoas vivam em bom relacionamento mútuo e com Ele. Viver em *shalom* significa que as pessoas vivem em paz, sem inimizade (o que não significa sem conflitos)” (ZEHR, 2008, p. 125).

Tais conceitos moldam a concepção de justiça bíblica, a partir dos quais derivariam uma série de pressupostos lógicos. Assim, a justiça bíblica, verdadeira base-ética da Justiça Restaurativa de Zehr, seria: a) um todo integrado, sem divisões e regras distintas; b) centrada na busca de soluções, na retificação das relações e não na investigação da culpa e na infligência de dor; c) baseada na compaixão e no amor; d) transformadora do *status quo* (não conservadora); e) referida ao crime como violação de pessoas e relacionamentos (portanto, de *shalom*) e não de regras abstratas; f) orientada pelo perdão da culpa, mas também pela subsistência de obrigações; g) reconhecadora de que somos todos ofensores (não apenas alguns); h) de responsabilidade individual, porém num contexto holístico; i) referida ao crime como uma escolha, sem desconsiderar o poder do mal; j) que considera a lei como ponto de partida, não como um fim em si mesmo; e k) um instrumento de união (ZEHR, 2008, p. 143-144).

É com base nesse referencial ético que Zehr redefine as categorias de crime e justiça e desenvolve uma compreensão mais ampla sobre o papel da vítima, do ofensor e da comunidade no processo de solução do conflito.

O crime, na teoria da Justiça Restaurativa de Zehr, se apresenta sob quatro dimensões. Em primeiro lugar, o crime é a violação direta a uma vítima determinada: é uma violação de pessoas “de carne e osso”, que sofrem com problemas emocionais, patrimoniais, e não de uma norma jurídica ou do Estado. Em segundo lugar, é também a dilaceração de um relacionamento interpessoal (no sentido de uma violação a *shalom*), pois afeta a confiança das pessoas umas nas outras, nas suas convicções de mundo, naquilo que elas acreditam. Em terceiro, é um agravo ao ofensor, que por vezes reproduz um comportamento por ele experimentado anteriormente, ou que através da ofensa procura “validação e empoderamento”, ou “afirmar sua condição de pessoa”, “gritar por socorro”. Por fim, o crime é uma ofensa que diz respeito à comunidade, que é afetada como que por ondas que reverberam. Ou ainda, a comunidade é o local de onde surgem conflitos sociais que se

projetam na forma de delito (ZEHR, 2008, p. 171-174). Em suma, a concepção restaurativa de crime, fundada na base ética do paradigma bíblico, é, sem dúvida, holística:

O paradigma bíblico nos obriga a ver a injustiça de modo holístico, sem divisões artificiais entre crimes e outras injustiças. É preciso ter diante dos olhos todo o contínuo dos danos. Os crimes se mesclam com outros males e conflitos que em geral colocamos no âmbito do direito civil. Mas tais injustiças se juntam às injustiças do poder e da riqueza. Usando a linguagem do Antigo Testamento, os profetas nos lembram que a injustiça estrutural é um pecado, que por sua vez gera mais injustiças. (ZEHR, 2008, p. 175)

A justiça, no mesmo contexto de *shalom* e aliança, é sinônimo de restauração. É dizer, fazer o justo é reparar a lesão e curar a vítima, e num segundo plano, sanar a relação entre vítima e ofensor (ZEHR, 2008, p. 176), curar o próprio ofensor e a comunidade. Nesse sentido, restaurar (assim como pensava Eglash com o conceito de *second mile*), não significa fazer retornar ao estado anterior, mas também “trazer à luz algo novo”, deixar as pessoas “plenas e abundantes, de modo que possam sair e espalhar a mesma justiça para todos a sua volta” (ZEHR, 2008, p. 180).

Em termos práticos, fazer justiça é satisfazer necessidades humanas. Vítimas de crimes costumam apresentar necessidades de várias ordens: as mais prementes se relacionam com a falta de apoio e segurança. Em seguida, as vítimas sentem a necessidade de verbalizar suas angústias, de alguém que as escutem, de partilhar seu sofrimento. Também sentem necessidade, em algum momento do processo, de obter informações sobre o que está sendo ou foi feito para “corrigir o mal”, para impedir que o ofensor reincida, ou se de fato, o que lhe fizeram foi considerado errado por outros. Além disso, eventualmente a vítima pode necessitar de reparação material, fato este que poderia aproximar a teoria de Zehr (2008) à de Barnett (1977).

Contudo, é aqui que reside a principal diferença entre as duas teorias: a restituição, conforme a lente epistemológica restaurativa, calcada numa base ética cristã, está muito mais associada à reparação simbólica do que ao dano (ou à necessidade de simplesmente ressarcir-lo com dinheiro):

A restituição representa a recuperação de perdas, mas sua verdadeira importância é simbólica. A restituição significa um reconhecimento do erro e uma declaração de responsabilidade. A correção do mal é,

em si, uma forma de expiação que poderá promover a cura mais eficazmente do que a retribuição (ZEHR, 2008, p. 181).

É com referência a essa mesma base ética que a abordagem restaurativa também deve preocupar-se com o empoderamento da vítima e do ofensor – que devem assumir o controle de suas próprias vidas -, como também o da comunidade, na medida em que resgata o sentido de inteireza, de comunhão (ZEHR, 2008, p. 182-184).

O crime como uma violação de pessoas e relacionamentos leva a obrigações e responsabilidades. Essa é a deixa para que o conceito de “aliança” entre de novo no cálculo da restauração. É justamente esse pressuposto ético que faz exigir do ofensor, sobretudo, o reconhecimento de que cometeu um erro, de que prejudicou uma pessoa real, e que deverá corrigir o mal causado.

Entretanto, e mais uma vez afastando-se da teoria de Eglash (1977), Zehr sustenta que o cumprimento da obrigação para com a vítima, em nenhuma hipótese, deve ser fruto de coação: “Pode-se incentivá-lo fortemente a assumir a responsabilidade e encarar suas vítimas. Contudo, não se pode e não se deve obrigá-lo a isso. Com certeza, não se deve coibi-lo a participar!” (ZEHR, 2008, p. 187).

Em termos de política criminal, Zehr (2008) sugere que possa haver uma convivência em paralelo dos dois sistemas, o retributivo e o restaurativo (embora se possa sonhar em desmontar o primeiro), mantendo a opção de escolha entre as duas vias e respeitando as características particulares de cada comunidade ou país em que venha se instalar (ZEHR, 2008, p. 204-205).

Aglutinando todos os principais conceitos contidos na obra de Zehr (2008), chega-se a uma definição do que seja a Justiça Restaurativa: um paradigma de justiça que do ponto de vista material a) é focado nos danos e nas consequentes necessidades da vítima, do ofensor e da comunidade; b) que trata das obrigações resultantes desses danos e as remete à responsabilidade do ofensor (sobretudo) como também da comunidade e da sociedade; c) e que do ponto de vista procedimental se vale de processos inclusivos e cooperativos e; d) que envolve todos os que têm interesse na situação, e) buscando corrigir os males (ZEHR, 2008, p. 257).

Embora as principais linhas conceituais estejam condensadas em “Trocando as Lentes”, outra obra importante de Howard Zehr merece destaque, sobretudo por conter a exposição sistematizada dos valores e metas da Justiça Restaurativa. Essa sistematização serve atualmente de guia e ponto de partida para o desenvolvimento de diversos estudos sobre o tema.

Em “Justiça Restaurativa” (ou *The Little Book of Restorative Justice*, publicado em 2002), Zehr (2012) discorre sobre três valores subjacentes aos princípios restaurativos. Segundo o autor, a importância de se criar um quadro axiológico para a Justiça Restaurativa deriva do fato de que a simples presunção de sua existência pode levar a equívocos. É possível que em um dado procedimento que se diga baseado, mas em que se deixem de considerar efetivamente os valores restaurativos (inclusive por ignorância), não se possa chegar a decisões restaurativas.

Assim, o primeiro valor é o da interconexão. Todas as pessoas estão ligadas umas as outras e ao mundo em uma rede de relacionamentos. Quando essa teia é rompida, todos são afetados. O segundo valor é o da diversidade: embora estejamos todos interligados, não somos iguais. Cada pessoa tem seu valor próprio, sua individualidade, cultura e personalidades próprias. As situações e contextos específicos de cada um devem ser considerados. Por fim, o respeito é o último valor, e o mais importante: é este valor que deve guiar as práticas restaurativas e com base nele devem ser tratadas as partes envolvidas²¹²² (ZEHR, 2012, p. 47-48).

Desses valores derivam metas, ou objetivos a se alcançar pela Justiça Restaurativa. Estes seriam também três: a) colocar as decisões-chave nas mãos daqueles que foram mais

²¹ No posfácio à terceira edição de “Trocando as Lentes”, Zehr (2008) ainda lista dois valores diferentes, mais afetos aos profissionais da Justiça Restaurativa, embora apreciáveis também pelas partes do conflito: a humildade e o “maravilhamento”. A humildade é importante para os facilitadores que devem aprender a viver “sem reconhecimento” por seu trabalho (que quando bem feito, tende a ser invisível). É importante também para afastar presunções e generalizações sobre as pessoas, os casos e sobre o próprio nível de conhecimento. O maravilhamento tem a ver com uma postura de assombro e de dúvida cartesiana que deve mover o pensamento. Combinado com a humildade, o maravilhamento evita o ceticismo generalizado e prejudicial, à medida que oportuniza uma abertura para o novo (ZEHR, 2008, p. 266-267).

²² A professora Sposato sustenta a existência de mais três valores restaurativos, além do respeito: a responsabilidade, a empatia e a inter-relação do infrator com a comunidade. Para a autora, o valor da responsabilidade se liga à ideia de que os infratores, embora se reconheça que tenham necessidades, tem, acima de tudo, a responsabilidade de “fazer o correto”, de reparar o dano. Por empatia, compreende a necessidade das partes de aprender a se colocar no lugar e valorar os sentimentos dos outros. Ligeiramente distinto do valor da interconexão de Zehr (2012), a inter-relação não se traduz apenas na existência do vínculo relacional, mas significa efetivamente “fazer algo pelos demais” (SPOSATO, 2018, p. 110-111).

afetados pelo crime; b) fazer da justiça um processo mais curativo e, idealmente, mais transformador, e c) reduzir a probabilidade de futuras ofensas (ZEHR, 2012, p. 49).

A representatividade da obra de Zehr fez-se sentir na produção científica do professor australiano John Braithwaite.

Professor da Universidade Nacional da Austrália, Ph.D em Sociologia (1977), tem escritos publicados ainda do início dos anos 70, de forma que sua obra se revela impressionante, tanto pelo volume que ganha ao longo das décadas, quanto pela complexidade e alcance de suas ideias²³. Para os fins dessa dissertação, nos limitamos a abordar, com mais rigor, dois textos dos mais significativos, aos quais se costuma atribuir o *status* de “coluna vertebral” do pensamento de Braithwaite sobre Justiça Restaurativa: “*Crime, shame and reintegration*” (1989) e “*Restorative justice and responsive regulation*” (2002).

A teoria da Justiça Restaurativa de Braithwaite, quando comparada com a de Zehr, apresenta muitos pontos de aproximação, mas, é justamente naquilo em que dela se distancia que repousa sua singularidade.

Antes, para se compreender a teoria da Justiça Restaurativa de Braithwaite é preciso entender uma outra, que a precede logicamente: a teoria da “Vergonha Reintegrativa” (*reintegrative shaming*).

A teoria da Vergonha Reintegrativa é a base (*pivotal concept*) da Justiça Restaurativa de Braithwaite (1989): visa explicar tanto o comportamento social em geral como também o comportamento em nível individual. É constituída por seis variáveis ou conceitos chaves, que se autorreferenciam, como elementos integrantes de um sistema, emprestando-lhe forma e conteúdo bastante particulares. São elas: 1) a interdependência, 2) o comunitarianismo, 3) a vergonha, 4) a vergonha reintegrativa; 5) a estigmatização e 6) as subculturas criminais. O objetivo da teoria, em suma, é explicar porque alguns tipos de indivíduos e alguns tipos de sociedades cometem mais crimes ou exibem taxas mais elevadas de crimes que outros.

1) A interdependência (*interdependency*) é uma condição individual. Equivale a um vínculo entre indivíduos: na medida em que participam de redes de relacionamento, ao mesmo tempo são dependentes de outros indivíduos enquanto estes são dependentes daqueles. Somente através dessa relação de dependência mútua é que os indivíduos podem atingir fins

²³ Para maiores informações sobre a vida e a obra de Braithwaite, acesse <<http://johnbraithwaite.com/#>>.

válidos dentro da sociedade. A interdependência é a base para o comunitarianismo (BRAITHWAITE, 1989, p. 85).

2) O comunitarianismo (*communitarianism*) é uma condição social. Existem sociedades cuja condição comunitária é forte e existem outras em que esta qualidade é inexpressiva. Nas sociedades onde o comunitarianismo é fortalecido, os indivíduos são mais densamente interdependentes e essa interdependência projeta um significado simbólico, que resulta na formação de uma cultura de lealdade ao grupo, de precedência dos interesses coletivos sobre os individuais, sem que a autonomia privada reste ameaçada. O comunitarianismo supõe obrigações pessoais assumidas reciprocamente, de uns para com os outros, como também para com a comunidade. A simples interdependência por conveniência é considerada um desvalor e qualidades especiais de ajuda e confiança mútua são fomentadas.

Embora o autor reconheça o comunitarianismo como um atributo essencialmente característico de sociedades mais simples²⁴, é a sociedade japonesa contemporânea que Braithwaite tem em mente quando pensa no tema (BRAITHWAITE, 1989, p. 62). Braithwaite sustenta que, após a Segunda Guerra Mundial, enquanto nos países do Ocidente as taxas de crime se elevaram, no Japão observou-se o contrário: tanto as taxas de criminalidade quanto as de aprisionamento reduziram (BRAITHWAITE, 1989, p. 49). Braithwaite atribui a causa desse fenômeno a três fatores complementares: o restabelecimento da cultura tradicional de envergonhamento (*shaming*) reintegrativo dos malfeitores, o reforço da interdependência (entre empregados, vizinhos e familiares) e o grande desenvolvimento do comunitarianismo (BRAITHWAITE, 1989, p. 61-62).

3) A vergonha, ou melhor, o envergonhamento (*shaming*) é o processo social por meio do qual terceiros expressam sua desaprovação em face de quem está sendo envergonhado, com o objetivo (ou o efeito) de nele invocar um sentimento de remorso. O envergonhamento visa moralizar o ofensor, comunicando-lhe que agiu mal.

Segundo a teoria, as sociedades têm menores taxas de criminalidade se comunicam a vergonha sobre o crime de forma eficaz. Elas terão muita violência se o comportamento violento não for vergonhoso, altas taxas de estupros se os estupros forem algo de que os homens

²⁴ O autor trata, por exemplo, da Nanante, como exemplo de prática de justiça restaurativa desenvolvida em uma sociedade não industrializada. Nanante, segundo Braithwaite, é uma instituição afegã que assume a forma de uma cerimônia sacrificial, cujo objetivo é a pacificação do conflito. Nela, o ofensor traz farinha e mata uma ovelha para que a vítima e outros membros da comunidade a cozinhem em um banquete. Dessa forma, o ofensor se redime, e a sociedade não só tem a oportunidade de repreendê-lo pelo que fez como também de mostrar-lhe que ainda faz parte do grupo (BRAITHWAITE, 2000, p. 282).

podem se gabar, endemias de crimes-do-colarinho-branco se os empresários acham que violar a lei é algo inteligente ao invés de vergonhoso²⁵ (BRAITHWAITE, 2000, p. 281, tradução nossa).

Embora a punição estatal possa surtir o efeito da vergonha, só eventualmente o alcança: em verdade, Braithwaite considera a punição não mais que uma inflição de dor que comunica uma lógica de custo-benefício. Nesse sentido, o envergonhamento (*shaming*) deve ser exercido não pelo Estado, mas por indivíduos membros de uma comunidade de cuidado²⁶ (*communities of concern*). (BRAITHWAITE, 1989, p. 86-87). Mais ainda, a prerrogativa de se exercer o poder de envergonhamento não deve ser dada a um terceiro imparcial (a um juiz, por exemplo) justamente porque a vergonha deve advir de alguém que o ofensor respeite, ame e considere a opinião: assim, caberia à família, aos amigos, a alguém que respeitosa e exerça influência sobre o ofensor (BRAITHWAITE, 2000, p. 287) para que assim se alcance um efeito de Vergonha Reintegrativa.

4) A Vergonha Reintegrativa é o processo de *shaming* seguido de “esforços de reintegração do ofensor de volta à comunidade de cidadãos respeitáveis e obedientes à lei, através de palavras ou gestos de perdão ou de cerimônias de decertificação do ofensor como desviante²⁷” (BRAITHWAITE, 1989, p. 100-101, tradução nossa).

A punição estatal também pode surtir o efeito de *shaming*, como vimos. Entretanto, esse efeito que deriva da punição é obtido por meio do tratamento degradante, humilhante da prisão, que estigmatiza permanentemente o ofensor como desviante. A disciplina através da pena, em verdade, é criminogênica na medida em que faz surtir o sentimento de rejeição e de desafio nos ofensores (BRAITHWAITE, 2000, p. 281, 285): uma vez estigmatizado, o ofensor passa não só a rejeitar aqueles que o rejeitam, mas contrapor-se aos valores de seus algozes (BRAITHWAITE, 2000, p. 286).

A Vergonha Reintegrativa, ao contrário, pressupõe, de acordo com a tradição cristã (e aqui há uma nítida aproximação com a teoria de Zehr e de seu paradigma de justiça bíblico),

²⁵ “According to the theory, societies have lower crime rates if they communicate shame about crime effectively. They will have a lot of violence if violent behavior is not shameful, high rates of rape if rape is something men can brag about, endemic white-collar crime if business people think lawbreaking is clever rather than shameful”, no original.

²⁶ Braithwaite pesquisa o efeito do *shaming* não só na área criminal, mas no âmbito das relações familiares, da escola, nas instituições que cuidam de idosos, nas relações de trabalho, etc (BRAITHWAITE, 2000).

²⁷ “Reintegrative shaming is shaming which is followed by efforts to reintegrate the offender back into the community of law-abiding or respectable citizens through words or gestures of forgiveness or ceremonies to decertify the offender as deviant”, no original.

que embora o ato seja mal, a identidade do ofensor deve ser reconhecida como boa em essência (“odeie o pecado e ame o pecador”). A vergonha reintegrativa, ainda que ponha o ofensor na berlinda, não se encerra no ato de reprovação, mas é complementada por atos de recompensa social. Após o ofensor demonstrar que está comprometido com o comportamento conforme a lei, deve ser definitivamente reintegrado e permanentemente colocado sob o abrigo da comunidade. Nesse aspecto, a Vergonha Reintegrativa se diferencia radicalmente da estigmatização.

5) De fato, a estigmatização (*stigmatization*) é a vergonha desintegrativa, o oposto da Vergonha Reintegrativa. É o processo de *shaming* ao que não se seguem atos de reconciliação entre o ofensor e a comunidade. A estigmatização é um *status* resultante do contato do indivíduo com cerimônias de degradação que identificam a pessoa do ofensor indefinidamente com a figura do criminoso.

6) São nas subculturas criminais (*criminal subcultures*) onde o ofensor encontra apoio para validar seu comportamento desviante. Uma vez estigmatizado pela sociedade convencional (*conventional society*), o criminoso passa a procurar suporte nos grupos subculturais, onde lhe são oferecidas oportunidades para que cometa crimes, compartilhe de valores criminógenos, se espelhe em atitudes que enfraquecem os valores convencionais de obediência à lei e aprenda técnicas de neutralização desses valores.

As subculturas, assim, também são vistas como um conjunto de racionalizações e normas de conduta que dão suporte ao comportamento criminoso, mantendo-o à margem da moral convencional (*conventional moral*) (BRAITHWAITE, 1989, p. 101). Escreve o autor:

Quero dizer que o vínculo com os pais e a outros agentes da moralidade convencional tem mais probabilidade de reduzir o crime. É mais provável que os jovens continuem acreditando nas regras que os agentes da moralidade convencional defendem e ser influenciados por elas ²⁸ (BRAITHWAITE, 2000, p. 288, tradução nossa).

Combinando-se todos os conceitos, Braithwaite (1989) chega a seguinte conclusão geral: nas sociedades ocidentais pós-Segunda Guerra Mundial, as taxas de criminalidade se elevam na proporção em que decresce a interdependência e o comunitarismo. O raciocínio que leva a essa afirmação diz respeito à verificação de fenômenos tanto ao nível social - como

²⁸ “I mean that attachment to parents and other agents of conventional morality is more likely to reduce crime. Young people are more likely to continue to believe in the rules those agents of conventional morality uphold and to be influenced by them”, no original.

o crescimento desorganizado das sociedades, o processo de urbanização acelerada e a mobilidade residencial - quanto à constatação de fenômenos ao nível individual - como casamentos tardios, separação de casais e a explosão da população jovem (BRAITHWAITE, 1989, p. 106).

Com base em dados estatísticos e tomando como critério o conceito-chave de *shaming*, Braithwaite (1989) conclui pela existência de dois grandes grupos de pessoas na sociedade moderna: um mais suscetível a processos de envergonhamento (*shaming*), e outro menos suscetível.

O primeiro grupo é formado por pessoas abaixo dos 15 ou acima dos 25 anos, casadas, do sexo feminino, empregadas, e com grandes aspirações profissionais e educacionais (BRAITHWAITE, 1989, p. 101). Essas pessoas são mais interdependentes e tendem a ser mais comunitárias, porque vivem em sociedades também comunitárias cujos indivíduos estão mais sujeitos à ação de mecanismos de controle informal²⁹ (sob os quais subsistem processos de envergonhamento)³⁰. Porém o comunitarianismo é minado pela urbanização e pela alta mobilidade residencial. Mesmo assim, em sociedades com qualidades comunitárias fortes, é mais provável que a vergonha promovida seja Reintegrativa, o que conduz à redução das taxas de criminalidade.

Ao contrário, em sociedades cuja vergonha é estigmatizante (desintegrativa), as subculturas criminais se tornam mais atrativas para os indivíduos. Nelas, os indivíduos são levados a cortar seus laços de interdependência (com suas famílias, vizinhos, igreja, etc), e passam a integrar grupos subculturais, onde encontram o suporte de que precisam. Nessas sociedades, onde a desorganização social promove a estigmatização e a quebra da interdependência e do comunitarianismo, as taxas de criminalidade são mais altas (BRAITHWAITE, 1989, p. 102).

²⁹ Braithwaite sustenta que as mulheres, por exemplo, são mais interdependentes que os homens: na sociedade patriarcal, enquanto os homens são encorajados a romper com os laços familiares e viver como “*free agents*”, as mulheres tendem a trocar os laços de dependência de sua família original pelos laços de dependência da família que passa a constituir com seus filhos. As mulheres são mais controladas pelos pais e por isso são mais bem integradas socialmente e mais suscetíveis de *shaming* por seus parentes (BRAITHWAITE, 1989, p. 92-93). Inversamente, são menos suscetíveis, em última análise, de cometer crimes, fato este, segundo o autor, comprovado pelas estatísticas.

³⁰ “Mais importante ainda, as sociedades nas quais os indivíduos estão extensivamente sujeitos a interdependências são mais propensas a serem comunitárias, e a vergonha é muito mais difundida e potente em sociedades comunitárias” (BRAITHWAITE, 1989, p. 101, tradução nossa). “*More importantly, societies in which individuals are subject to extensive interdependencies are more likely to be communitarian, and shaming is much more widespread and potent in communitarian societies*”, no original.

Neste ponto da teoria, Braithwaite (1989) cria um silogismo entre a estigmatização, as taxas de criminalidade e o processo de formação de subculturas criminais: quanto mais estigmatização mais criminalidade; quanto mais estigmatização, mais subculturas se formam.

Todo o esforço da teoria de Braithwaite parece girar em volta do problema da fragmentação das comunidades, em cujo fortalecimento o autor encontra a solução: ao mesmo tempo em que encontra no reforço dos laços comunitários uma forma de vincular os indivíduos à sociedade convencional, evita, paralelamente, a formação das subculturas:

No entanto, um alto nível de estigmatização na sociedade é um dos fatores que estimula a formação de subculturas criminosas, criando populações de párias sem compromisso com a conformidade, sem chance de auto-estima dentro dos termos da sociedade convencional - indivíduos em busca de uma cultura alternativa que lhes permita a auto-estima. Uma cultura comunitária, por outro lado, abriga os desviantes dentro de uma rede de laços com a sociedade convencional, inibindo assim a rejeição generalizada que é a matéria-prima da subcultura³¹ (BRAITHWAITE, 1989, p. 102, tradução nossa).

Além da estigmatização, o autor aponta outra causa para o surgimento dos subgrupos criminais: o bloqueio das oportunidades legítimas de sobrevivência. A indisponibilidade sistemática dessas oportunidades (oportunidades econômicas, por exemplo) para classes estigmatizadas da sociedade (como no caso de negros vivendo em uma favela) contribui para a formação de subculturas. Do mesmo modo, o bloqueio de oportunidades de se acumular riquezas cada vez maiores também estimula o surgimento de subculturas criminais entre indivíduos das classes corporativas.

As subculturas, por sua vez, constituem uma rede de oportunidades ilegítimas para os indivíduos que se sentem atraídos pelo crime. Esses indivíduos, de maneira geral, constituem o segundo grupo de pessoas menos suscetíveis ao processo de envergonhamento e que portanto, são mais suscetíveis de cometer crimes: pessoas do sexo masculino, jovens (entre 15 e 25 anos), solteiros ou divorciados, desempregados e com baixas aspirações educacionais e profissionais. Ao lado da urbanização e da alta mobilidade residencial, todos esses fatores estão forte e consistentemente correlacionados ao crime (BRAITHWAITE, 1989, p. 105).

³¹ *“Yet a high level of stigmatization in the society is one of the very factors that encourages criminal subculture formation by creating populations of outcasts with no stake in conformity, no chance of self-esteem within the terms of conventional society - individuals in search of an alternative culture that allows them self-esteem. A communitarian culture, on the other hand, nurtures deviants within a network of attachments to conventional society, thus inhibiting the widespread outcasting that is the stuff of subculture formation”*, no original.

Mas qual seria, exatamente, a relação entre a teoria da Vergonha Reintegrativa e a Justiça Restaurativa, na obra de Braithwaite? Como a Vergonha Reintegrativa é incorporada nessa teoria e qual função ela desempenha na definição do conceito?

A Justiça Restaurativa - enquanto movimento social e político de prevenção do crime - é a implicação mais importante da teoria da Vergonha Reintegrativa. Além disso, a Justiça Restaurativa em vários aspectos supera a justiça retributiva justamente porque é ela capaz de produzir Vergonha Reintegrativa:

A teoria da vergonha reintegrativa prevê que os processos de justiça restaurativa serão mais eficazes do que os julgamentos criminais na redução do crime por colocar o problema, em vez da pessoa, no centro, a denúncia direta por alguém que você não respeita (por exemplo, um juiz, a polícia) é evitada. Ao mesmo tempo, a vergonha é difícil de evitar quando a vítima e seus apoiadores, bem como a família do ofensor, falam sobre as consequências que sofreram, tanto física como materialmente, como resultado do crime. Esta discussão sobre consequências estrutura a vergonha dentro do processo de justiça restaurativa³² (BRAITHWAITE, 2000, p. 293, tradução nossa).

Com efeito, a Justiça Restaurativa cumpre o objetivo da teoria da Vergonha Reintegrativa quando empodera a comunidade na missão de imputar responsabilidade (*shaming*) aos infratores, de maneira respeitosa. Nessa tarefa, a família, a escola, o trabalho e as comunidades indígenas seriam os *loci* da Justiça Restaurativa por excelência.

Braithwaite elenca valores-chave, assim como Zehr (2008), que orientam as práticas restaurativas: a) curar ao invés de ferir, b) o diálogo respeitoso, c) corrigir os erros, d) a comunidade de cuidado e participação, e) a responsabilidade, f) o remorso, g) a desculpa e o perdão (BRAITHWAITE, 2000, p. 293).

Essa lista é expandida em outro texto ("*Principles of Restorative Justice*", 2003), onde o autor sistematiza três grandes grupos de valores, dos quais nos interessa o primeiro: 1) valores limitativos (*constraining values*); 2) valores maximizantes (*maximimising values*) e 3) valores emergentes (*emergente values*).

³² "*The theory of reintegrative shaming predicts that restorative justice processes will be more effective than criminal trials in reducing crime because of putting the problem rather than the person in the center, direct denunciation by someone who you do not respect (eg. a judge, the police) is avoided. At the same time, shame is difficult to avoid when victim and her supporters, as well as the family of the offender, all talk through the consequences that have been suffered, emotionally as well as materially, as a result of the crime. This discussion of shameful structures shame into a restorative justice process*", no original.

O grupo dos valores limitativos encerra os valores do tipo procedimental (*procedural values*) cuja função prática é a de resguardar o ofensor contra eventuais violações de direitos no desenrolar do processo restaurativo. Nesse sentido, os valores limitativos são verdadeiras garantias fundamentais (*fundamental procedural safeguards*), aplicáveis obrigatoriamente quando há algum risco contra a liberdade do ofensor, ou quando contra ele penda a ameaça de alguma sanção grave. Esses valores seriam (BRAITHWAITE, 2003, p. 4-11):

a) não-dominação (*non domination*): o desequilíbrio de poder é um fenômeno social estrutural, logo, é comum que relações verticais se projetem na prática restaurativa. Assim, qualquer tentativa de um dos participantes de dominar o outro deve ser contida, embora de forma respeitosa, mesmo gentil. Para minimizar o desequilíbrio, algumas sessões preparatórias podem ser necessárias.

b) empoderamento (*empowerment*): é a implicação lógica (a outra face) do valor de não-dominação. Para que se relacionem em pé de igualdade, a parte que se sente em um nível inferior deve ser alçada à posição da outra.

c) respeito aos limites (*honouring limits*): qualquer tratamento degradante, humilhante ou estigmatizante deve ser proibido. Esse valor visa por a decisão restaurativa dentro de certos limites de respeito.

d) escuta respeitosa (*respectful listening*): as partes devem ter tanto igualdade de oportunidade para falar quanto de serem ouvidas com atenção. A escuta respeitosa é uma condição para a participação na prática restaurativa.

e) igual preocupação com todos os envolvidos (*equal concern for all stakeholders*): um programa restaurativo deve considerar as necessidades e o empoderamento tanto das vítimas, quanto das comunidades e dos ofensores.

f) prestação de contas e recorribilidade (*accountability/appealability*): no processo restaurativo deve haver a possibilidade de se recorrer da decisão restaurativa a um tribunal, ou o inverso, um caso judicial pode ser desviado para a instância restaurativa, a fim de ali ser solucionado. Além disso, com a autorização das partes deve-se abrir espaço para que pesquisadores, críticos, jornalistas, líderes políticos, juízes ou outros profissionais possam observar as práticas restaurativas, e atuar como uma espécie de controle externo.

g) respeito pelos direitos humanos (*respect for the fundamental human rights*): os documentos internacionais sobre direitos humanos devem ser observados pelos programas restaurativos (como por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, a Declaração das Nações Unidas sobre a Eliminação da Violência contra as Mulheres e a Declaração de Princípios Básicos de Justiça por vítimas de crime e abuso de poder).

Como se pode deduzir dos valores elencados acima, do ponto de vista formal, a Justiça Restaurativa também é um processo em que todos os envolvidos (vítimas, ofensores, amigos e familiares, representantes do Estado e da comunidade) se encontram para decidir o que deve ser feito sobre a ofensa criminal. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa seria a revitalização das cerimônias indígenas tradicionais dos Estados Unidos e do Canadá, onde os primeiros povos apelavam para um procedimento simples: se reuniam em círculos a fim de discutir sobre as consequências do crime e o que seria feito para por as coisas em ordem (BRAITHWAITE, 2000, p. 293).

Braithwaite (2000) trata sua teoria da Justiça Restaurativa como adequada a um projeto político mais amplo. No campo da justiça criminal, em contraposição à justiça retributiva, seu programa restaurativo encontra respostas morais mais adequadas ao crime na medida em que busca limitar o sistema criminal a um mínimo de punição possível. Para isso, segue uma prescrição republicana quando liga os valores restaurativos a valores políticos como os de liberdade, igualdade e fraternidade³³.

Segundo essa concepção, à noção republicana de Braithwaite insere a Justiça Restaurativa em um contexto de transformação social abrangente, muito maior do que os autores que o precederam costumam concebê-la. A meta principal do programa restaurativo de Braithwaite não se restringe à redução do crime, mas avança para atingir a redução da injustiça social (BRAITHWAITE, 2003).

³³ O republicanismo de Braithwaite pouco tem a ver com a rivalidade partidarista norte-americana de Republicanos e Democratas. O sentido do pensamento político republicano de Braithwaite remete à tradição do século XVII, de Montesquieu, Madison e Jefferson (fundadores do partido Democrata!). A ideia central de seu republicanismo é a da liberdade como não-dominação (em contraposição à liberdade como não-interferência, do pensamento liberal). Ao redor da não-dominação giram outros valores como a limitação do poder, a democracia, a família, a comunidade, a justiça social e a inclusão (é nesse sentido que também se pode chamar de republicanismo inclusivo) (BRAITHWAITE, 1999, p. 103-104).

Braithwaite compreende uma agenda política ampla para a Justiça Restaurativa, que envolveria a interação com movimentos de igualdade social como o movimento feminista, o movimento de autoafirmação dos povos indígenas, o movimento em defesa do meio-ambiente e dos direitos humanos (BRAITHWAITE, 2000, p. 295):

Nesta visão radical, a justiça restaurativa não é simplesmente uma maneira de reformar o sistema de justiça criminal, é uma maneira de transformar todo o sistema legal, nossa vida familiar, nossa conduta no trabalho, nossa prática política. Sua visão é a de uma mudança holística na maneira como fazemos justiça no mundo³⁴ (BRAITHWAITE, 2003, p. 1, tradução nossa)

Mas a teoria da Justiça Restaurativa de Braithwaite, com seu amplo sentido e alcance político, não se conecta, no interior dessa vasta e complexa obra, apenas à teoria da Vergonha Reintegrativa ou ao seu republicanismo idiossincrático (BRAITHWAITE, 2003, p. 12). Mas, recebe ainda o complemento de uma outra teoria, cuja função desempenhada no interior do sistema, diz respeito à articulação prática entre as agências de justiça retributiva e as instâncias restaurativas: estamos nos referindo à teoria da Regulação Responsiva (*responsive regulation*).

A Regulação Responsiva é uma meta-estratégia, ou seja, uma estratégia que se adota para escolher estratégias de solução de problemas. Regulação Responsiva também é um programa dinâmico e sequencial de solução de conflitos, estruturado na forma de uma pirâmide hierárquica de coercitividade como na figura abaixo. Quanto mais para cima da pirâmide, mais coercitiva é a resposta ao problema, quanto mais para baixo, menos coercitiva é essa resposta.

³⁴ “On this radical view restorative justice is not simply a way of reforming the criminal justice system, it is a way of transforming the entire legal system, our family lives, our conduct in the work—place, our practice of politics. Its vision is of a holistic change in the way we do justice in the world”, no original.

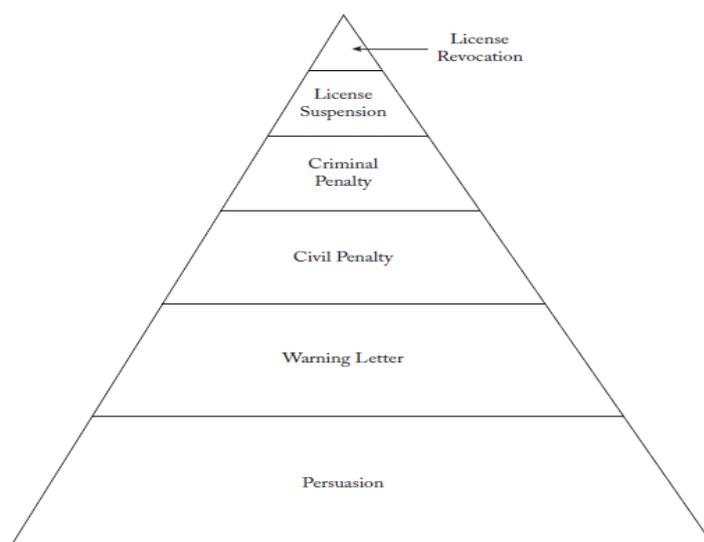


Figure 2.1 An example of a Regulatory Pyramid (from Ayres and Braithwaite 1992)

Antes de se destinar ao campo da justiça criminal, a Regulação Responsiva surge como um recurso válido no tratamento de negócios, no campo do mercado internacional. Dada sua adaptabilidade imanente, pode ser aplicada a diversos tipos de problemas, não somente a problemas do tipo criminal. Em verdade, não só os governos, mas também atores privados e a sociedade civil podem se valer da Regulação Responsiva, inclusive em face do próprio Estado (BRAITHWAITE, 2002, p. 29).

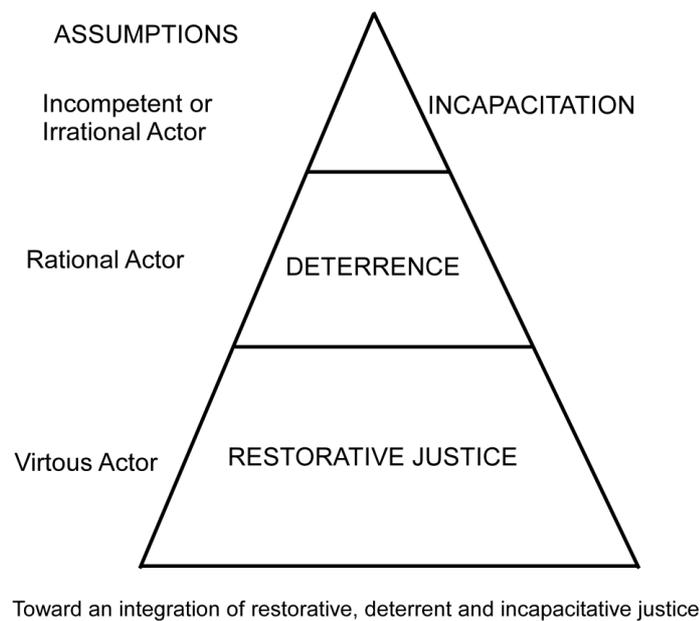
A pirâmide acima³⁵ demonstra como a *Responsive Regulation* atua no campo do mundo dos negócios. Uma determinada companhia que eventualmente violasse algumas normas do comércio, de acordo com a arquitetura dinâmica da Regulação Responsiva, inicialmente seria persuadida a mudar sua conduta. Uma vez fracassadas as tentativas de diálogo e de advertência, as penalidades de natureza civil seriam impostas passando ainda pelas penalidades de ordem criminal até chegar a pena capital da pirâmide regulatória, em caso de insucesso de todas as estratégias: a revogação da licença para operar no mercado.

No contexto empresarial, considerando-se um homem de negócios alguém que age pela razão, e considerando que as empresas ou as agências reguladoras deveriam apresentar respostas diante da violação das normas de mercado, algumas delas defenderiam a ideia de que o efeito dissuasório contra a violação de normas seria obtido pela adoção de estratégias baseadas na punição consistente. Outras defenderiam a ideia de que estratégias baseadas somente na persuasão seriam satisfatórias para alcançar o efeito de conformidade. O que a Regulação Responsiva faz é negar a aplicação de ambas as estratégias isoladamente,

³⁵ Extraída de Braithwaite (2002, p. 31).

integrando-as, ao invés disso, em um esquema dinâmico, buscando concentrar as energias na busca do melhor momento para aplicar uma ou outra: para a *Responsive Regulation*, o problema na solução de conflitos está no uso isolado e rígido dessas estratégias.

Uma pirâmide de Regulação Responsiva específica para o campo da justiça criminal poderia apresentar o seguinte formato³⁶:



Logicamente, a Regulação Responsiva aplicada à justiça criminal, pressupõe o convívio mais ou menos harmonioso entre uma estrutura de Justiça Restaurativa e uma estrutura de Justiça Retributiva, de modo que, surgido um conflito definido pela lei como crime, a primeira resposta dada é sempre a menos coercitiva (encontrada na base da pirâmide), movendo-se então na direção ascendente até que uma das estratégias surta efeito na correção do problema (BRAITHWAITE, 2016, p. 1-2).

A Regulação Responsiva se opõe a Regulação Formalista. Essa última, tal como no exemplo anterior, se estrutura de acordo com o uso isolado e rígido de estratégias pré-determinadas, com resultados também pré-fixados, baseadas em regras previamente editadas. No campo da justiça criminal, se um indivíduo comete um roubo, a resposta conforme a Regulação Formalista demandaria a atuação do Estado no sentido de realizar à risca o comando legal: o indivíduo será processado e, uma vez considerado culpado, será condenado

³⁶ Extraída de Braithwaite (2002, p. 32).

a uma pena de prisão cuja proporção está fixada nos limites mínimo e máximo e, via de regra, irá pra cadeia. A *Responsive Regulation* funciona de maneira a desafiar a presunção da pena como consequência necessária do crime:

Se o ofensor está respondendo à percepção de que agiu mal, dando uma virada na sua vida, livrando-se da heroína, ajudando as vítimas, e trabalhando voluntariamente para a comunidade “para compensar o dano que ela causou”, então o regulador responsivo do assaltante vai dizer não à opção da prisão³⁷. (BRAITHWAITE, 2002, p. 29, tradução nossa)

Diferente do sistema de catalogação dos tipos de crimes de acordo com a gravidade (menores, médios ou graves) aos quais corresponde um sistema de punição também hierarquizado (penas menores, médias e graves), a *Responsive Regulation* em qualquer hipótese é ativada sempre pela base da pirâmide:

O ponto crucial é que este é um modelo dinâmico. Não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de matérias que devem ser tratados na base da pirâmide, quais são os mais sérios que devem estar no meio, e quais são os mais notórios para estar no pico da pirâmide. Mesmo para os assuntos mais sérios – falha na obrigação legal de operar uma usina nuclear com segurança, que arrisque milhares de vidas -, nós mantemos a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide³⁸ (BRAITHWAITE, 2002, p. 30, tradução nossa).

Do mesmo modo, caso se perceba - já percorridos alguns níveis acima da pirâmide - que o ofensor progride, ou seja, caso seja notado que tem modificado genuinamente seu comportamento e vem tentando reparar a vítima, nada impede que ocorra um movimento de retrocesso (para baixo) no percurso, em direção à base (*de-escalate down the pyramid*). A dinamicidade da Regulação Responsiva abrange tanto linhas ascendentes como descendentes ao longo da pirâmide, dependendo do nível de conformidade (BRAITHWAITE, 2002, p. 31).

Sendo a dissuasão e a incapacitação (prisão ou pena de morte), as únicas estratégias disponíveis ao Estado, nos limites da justiça retributiva, ambas isoladas, presas em um

³⁷ “[...] if the offender is responding to the detection of her wrongdoing by turning around her life, kicking a heroin habit, helping victims, and voluntarily working for a community group “to make up for the harm she has done to the community,” then the responsive regulator of armed robbery will say no to the jail option”, no original.

³⁸ “The crucial point is that this is a dynamic model. It is not about specifying in advance which are the types of matters that should be dealt with at the base of the pyramid, which are the more serious ones that should be in the middle, and which are the most egregious ones for the peak of the pyramid. Even with the most serious matters—flouting legal obligations to operate a nuclear power plant safely - that risks thousands of lives we stick with the presumption that it is better to start with dialogue at the base of the pyramid”, no original.

sistema rígido de punição (em menor ou maior escala de sofrimento e privação de direitos) são incapazes de surtir efeitos positivos³⁹. Porém, uma vez associadas à estrutura da Justiça Restaurativa, podem passar a surtir algum efeito e inclusive renovar seu grau de legitimidade (BRAITHWAITE, 2016, p. 9).

A Regulação Responsiva pressupõe que todas as teorias de resposta ao crime possuem limitações e admitem falhas, mesmo a da Justiça Restaurativa. Sendo assim, ao integrá-las, a Regulação Responsiva faz com elas cubram as fraquezas umas das outras, com aquilo que tem como pontos fortes, de maneira a deixar o sistema o mais legítimo, mais procedimentalmente justo e com mais probabilidade de promover a conformidade com a lei (BRAITHWAITE, 2002, p. 32-33).

Respeitando-se a dinâmica da pirâmide de Regulação Responsiva, a primeira opção a ser adotada no caso do cometimento de um crime é a da abordagem restaurativa, o que traz algumas vantagens para todo o sistema: além de se valer de uma estratégia moral mais adequada (a persuasão), a Justiça Restaurativa produz soluções mais baratas e mais respeitadas (capazes de surtir o efeito da *Reintegrative Shaming*). À medida que essas estratégias não se mostram efetivas, e a solução é buscada no nível imediatamente acima da pirâmide, a intervenção se torna mais truculenta e mais cara (BRAITHWAITE, 2002, p. 32).

A Regulação Responsiva, como se pode notar, é um arranjo ao nível das instituições e do procedimento, que articula ambos os modelos de justiça (retributiva e restaurativa) e que, sendo assim, depende sobremaneira, para surtir um efeito verdadeiramente restaurativo, que o conteúdo das decisões no interior das práticas restaurativas respeite os valores restaurativos. Mesmo com a aplicação dessa meta-estratégia, combinada a uma estrutura de Justiça Restaurativa, ainda assim haveria o risco de se produzirem soluções não-restaurativas.

Braithwaite reputa a dois fatos a possibilidade de combinação entre a *Responsive Regulation* e a Justiça Restaurativa para o fim de tratar a criminalidade: a natureza da Justiça Restaurativa e a sua evidente (comprovada) capacidade de reduzir a criminalidade.

³⁹ “[...] com relação a ofensas criminais individuais, ainda há muitos que defendem uma política de punição consistente, embora as meta-análises de seus efeitos sugiram que aumentar nosso investimento na expansão da punição criminal aumenta de alguma forma a reincidência (Gendreau, Goggin e Cullen 1999)” (BRAITHWAITE, 2002, p. 30, tradução nossa). No original: “*But with individual criminal offending, there are still many who defend a consistent punishment policy, even though the meta-analyses of the effects of punishment suggest that increasing our investment in expanding criminal punishment increases somewhat the reoffending of those punished (Gendreau, Goggin, and Cullen 1999)*”.

Com efeito, a Justiça Restaurativa se encaixa perfeitamente à meta-estratégia da Regulação Responsiva porque também ela, a Justiça Restaurativa, é uma meta-estratégia. É dizer

A justiça restaurativa e a regulação responsiva são, do mesmo modo, meta-estratégias para a seleção de estratégias. A justiça restaurativa é uma forma relacional de justiça (Llewellyn 2011; Liu 2014). Ela seleciona estratégias de prevenção de problemas que capacitam as partes interessadas, colocando o problema no centro de um círculo de deliberação, em vez de colocar a pessoa supostamente responsável por ele no banco dos réus (BRAITHWAITE, 2016, p. 1, tradução nossa).

Braithwaite (2016) aponta diversos estudos realizados, que posteriormente foram revisados e confirmados, em que a conclusão fundamental se manteve: os programas de Justiça Restaurativa reduzem o crime, ou quando muito, não deixam as coisas piores (BRAITHWAITE, 2016, p. 3-6).

Com efeito, muitos são os pontos de fricção entre as teorias da Justiça Restaurativa de Eglash (1977), Barnett (1977), Zehr (2008) e Braithwaite (1989 e 2002), que com intensidades diferentes, se afastam, às vezes mais, às vezes menos, umas das outras.

Esse contraste fica nítido principalmente quando são postas na mesa as compreensões do que seja o foco da Justiça Restaurativa (se orientada para o ofensor ou para a vítima), de como se materializa a restauração (reparação financeira ou simbólica), se se pode admitir alguma coerção no processo restaurativo, ou até onde pode ir o programa (se resumido a micro-escala do encontro individual e comunitário ou expandido ao nível do projeto político geral).

Fato comum entre todas elas, e talvez o mais evidente, é o da oposição, no campo teórico, do modelo restaurativo ao modelo de justiça penal atual. Embora os autores emprestem nomes distintos (justiça retributiva, justiça distributiva, justiça punitiva ou paradigma retributivo), todos eles opõem a um modelo de justiça de reparação um contrário cuja resposta óbvia é a punição. E é justamente a punição a nota que soa mais alto na teoria da justiça tradicional.

Mas, é preciso sublinhar que, em que pese a Justiça Restaurativa, de maneira geral, seja concebida como inconciliável, no que tem de essencial, com a justiça penal tradicional, essa incompatibilidade se restringe ao campo teórico. Quando a Justiça Restaurativa pisa o

terreno da política criminal, seja em Eglash (1977), seja em Zehr (2008) ou em Braithwaite (2002) (com mais razão para Braithwaite), ao menos a curto e médio prazo nota-se uma intenção de convivência, embora não se possa afirmar que ela se dê sem resistência, ou sem enfrentamento (que no campo teórico ganha o máximo de proporção).

Em comum, tanto as teorias de Braithwaite (1989) quanto as de Eglash (1977) e Zehr (2008), quando tratam do ofensor, pressupõem, ao menos implicitamente, um certo tipo de natureza humana, suscetível de responder aos estímulos da Justiça Restaurativa. Isso porque, todas essas teorias presumem o homem como alguém capaz de cometer erros, mas ao mesmo tempo capaz de transformar-se, de livrar-se de padrões fixos de conduta, como afirmava Eglash (1977).

Parece-nos sensato dizer que a elaboração mais complexa sobre a natureza do homem seja mesmo a de Eglash (1977): para ele, o homem é o sujeito determinado no passado (pelas circunstâncias psicológicas e sociais), mas que é livre para transformar-se no presente e para o futuro. Nos limites epistemológicos de sua teoria, determinismo e livre-arbítrio não são categorias que se excluem.

Com menos rigor científico, é certo, nota-se na teoria de Zehr (2008) a possibilidade do ofensor de transformar-se para o futuro, afinal, para ele, a Justiça Restaurativa é também um modo de vida (ZEHR, 2008, p. 264). Enquanto que, a visão de Braithwaite (1989) apresenta traços filosóficos mais definidos. Deduz-se de sua teoria a figura de um homem oposta a do contratualismo, e mais aproximada a do homem kantiano: o sujeito de Braithwaite, longe de ser pura razão - o homem do cálculo, do custo-benefício que nega o crime quando este não é lucrativo - é claramente um ser ético, movido por um senso moral comum à maioria das pessoas (moral convencional), que sabe que erra e que se abre para o envergonhamento. Sem essa matéria-prima, ou seja, sem uma noção moral apriorística presente em cada ofensor, seria inconcebível a comunidade criar vergonha a partir do zero: ao contrário, percebe-se em Braithwaite que a comunidade apenas dispara a vergonha, incita o ofensor a envergonhar-se.

De qualquer sorte, o homem ético de Braithwaite, assim como o homem determinado e livre de Eglash, é passível de transformação e de agir em conformidade com um conjunto de normas e valores no futuro.

Outro ponto em comum bastante destacado entre as teorias é o de sua base ético-cristã. Desde a origem do termo, a ideia de Justiça Restaurativa remete a uma concepção divina de justiça. É exatamente nesse mar de sacralidade em que Eglash (1977) vai fisgar o termo (criado décadas atrás por um padre) para mais tarde transportá-lo para o campo da justiça criminal, sem se preocupar em retirar-lhe toda a carga moral inerente.

A mesma carga moral que, longe de ser expurgada, é amplificada por Zehr (1985), quando este sobrepõe os fundamentos da Justiça Restaurativa aos valores do paradigma de justiça bíblico, como vimos.

Braithwaite (1989), ainda que de modo mais discreto, dá mostras da influência cristã quando, escrevendo sobre o crime faz referência ao pecado, e quando escrevendo sobre o criminoso, tem em mente a imagem do pecador: “*hate the sin and love the sinner*” (odeie o pecado e ame o pecador), diz ele.

Dado todo o peso da ética cristã depositado sobre as bases da Justiça Restaurativa, podemos chegar ao raciocínio de que a prática restaurativa, assim como a teoria, reproduz com o mesmo rigor, os padrões bíblicos.

É esse raciocínio que nos leva a indagar se seriam as práticas restaurativas, decorrentes dessa teoria, simplesmente cópias adaptadas de cerimônias religiosas cristãs, idealizadas por padres ou pastores e direcionadas a tratar os conflitos no contexto de programas desenvolvidos pelas igrejas.

2.2 PRINCIPAIS PRÁTICAS RESTAURATIVAS E A JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Antes de tudo, a Justiça Restaurativa não nasceu teoria. Não foram professores, cientistas, filósofos ou membros da Igreja que de dentro de seus gabinetes e a partir de esquemas abstratos intrincados, inventaram valores e metas restaurativas.

De fato, a Justiça Restaurativa, enquanto estrutura lógica (conceitual) surgiu gradativamente entre as décadas de 70 e 80, a partir de experiências em comunidades nos EUA e no Canadá, vindo tomar corpo somente nos anos 90 como um conjunto de respostas mais ou menos coerente às limitações da Justiça Penal Retributiva e às necessidades das

vítimas. Fatores como a superlotação dos presídios, o aumento da criminalidade e a insatisfação da população com o funcionamento da justiça estatal provocaram, mais tarde, a reflexão por parte de alguns pensadores diretamente envolvidos com as comunidades (como no caso de Zehr) sobre possíveis soluções para esses problemas.

Em verdade, a Justiça Restaurativa começou da prática, “como um esforço para lidar com assaltos e outros crimes patrimoniais”, escreve Howard Zehr (ZEHR, 2012, p. 14). Entre 1977 e 1978 foi criado nos Estados Unidos e no Canadá o “Programa de Reconciliação Vítima-Ofensor” (VORP, em inglês) que basicamente consistia em uma organização externa ao sistema de justiça que promovia encontros entre envolvidos em delitos a fim de que pudessem chegar a um acordo (ZEHR, 2008, p. 150-151). No VORP a maioria dos casos atendidos em ambos os países eram casos de dano patrimonial, sendo o furto ou o furto qualificado os mais comuns (ZEHR, 2008, p. 153).

Muitos dos defensores da Justiça Restaurativa tem sustentado que, embora seu marco teórico date somente da segunda metade do século XX, fruto da experiência empírica, sua matriz cultural é tão antiga quanto à história da humanidade (ZEHR, 2012, p. 22).

Grande parte de seus teóricos sustenta que a forma com que se apresenta hoje a Justiça Restaurativa se deve muito ao resgate de fórmulas tradicionais indígenas, sobretudo àquelas dos primeiros povos do Canadá e dos EUA. Na Nova Zelândia, as conferências de família teriam buscado nos costumes do povo maori alguns de seus valores fundamentais. A esse respeito, Braithwaite teria dito - relata Zehr (2008) - que “ainda está pra encontrar uma tradição indígena que não tenha elementos de justiça restaurativa” (ZEHR, 2008, p. 256).

Interessante notar que a Organização das Nações Unidas, através da Resolução 2002/12 reconheceu em seu preâmbulo que as iniciativas restaurativas “frequentemente baseiam-se em formas tradicionais e nativas de justiça que veem o crime como fundamentalmente danoso à pessoa”.

A origem remota da Justiça Restaurativa é confirmada também por Mylène Jaccoud. Segundo a autora, soluções do tipo restaurativo eram típicas de sociedades comunais (pré-estatais europeias e coletividades nativas). Tais sociedades, dada a sua estrutura (muito mais que a sua cultura), primavam pela coesão e equilíbrio coletivos e encontravam nas formas de justiça negociada os melhores meios de alcançar esses fins (JACCOUD, 2005, p. 163-165).

Vestígios de práticas restaurativas podem ser encontrados em códigos antes mesmo da primeira era cristã (códigos de Hammurabi (1700 a.C.), Lipit-Ishtar (1875 a.C.), sumeriano (2050 a.C.) e Eshunna (1700 a.C.), assim como entre os costumes de povos da África, Nova Zelândia, Áustria, América do Norte e do Sul. Fato é que, à medida que os Estados Nacionais foram se formando, as formas consensuais e comunitárias de solução de conflito foram perdendo espaço para modelos de justiça monopolizadores (JACCOUD, 2005, p. 164).

Atualmente práticas restaurativas têm se replicado por grande parte do globo, em muitos casos, em grau avançado de aplicação e regulamentação formal, como na Nova Zelândia, África do Sul, Austrália, México, Argentina, Chile e Colômbia (DE VITTO et al, 2005, p. 13).

No caso da Colômbia, por exemplo, a Justiça Restaurativa apresenta *status* constitucional. Nos termos do artigo 250 da Constituição Política daquele país, é função da *Fiscalía General de la Nación* (o equivalente ao Ministério Público no Brasil) velar pela proteção, entre outros, dos mecanismos de justiça restaurativa, nos termos da lei⁴⁰.

Interessante observar que a Justiça Restaurativa colombiana tem um alcance muito específico. Aplica-se como instrumento pacificador dentro de um “Sistema Integral de Verdade, Justiça, Reparação e Não Repetição”, nos termos do Capítulo I do Título Transitório *De las normas para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera*. Em um de seus itens consta o seguinte, no original:

El Sistema Integral hará especial énfasis en medidas restaurativas y reparadoras, y pretende alcanzar justicia no solo con sanciones retributivas. Uno de los paradigmas orientadores de la JEP será la aplicación de una justicia restaurativa que preferentemente busca la restauración del daño causado y la reparación de las víctimas afectadas por el conflicto, especialmente para acabar la situación de exclusión social que les haya provocado la victimización. La justicia restaurativa atiende prioritariamente las necesidades y la dignidad de las víctimas y se aplica con un enfoque integral que garantiza la justicia, la verdad y la no repetición de lo ocurrido.

⁴⁰ Diz o artigo 250 da Constituição da Colômbia: “Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio [...] 7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal, la ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa”.

O contexto em que é aplicada a Justiça Restaurativa na Colômbia se assemelha bastante daquele da Comissão de Verdade e Reconciliação, instalado na África do Sul pós-*apartheid*, onde se observou uma tendência de “penetração dos princípios da justiça restaurativa em iniciativas de pacificação decorrentes de graves violações aos direitos humanos” (ACHUTTI, 2016, p. 83).

No âmbito internacional, as normas de regulação básica das práticas restaurativas encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas. A resolução traça as diretrizes essenciais para a aplicação de programas de justiça restaurativa em matéria criminal.

Nesse documento, diversos conceitos elaborados ao longo dos anos pelas teorias restaurativas são transportados para o discurso jurídico. Outros tantos, mais diretamente ligados à prática restaurativa, são definidos com o nítido objetivo de padronização terminológica, como os de “programa de justiça restaurativa”, “processo restaurativo”, “resultado restaurativo”, “partes” e “facilitador” (item I).

A Resolução estabelece regras mais específicas como as que tratam da possibilidade dos programas restaurativos poderem ser utilizados em qualquer fase do sistema de justiça convencional, de acordo com a legislação de cada país. Prescreve normas gerais como a da voluntariedade das partes; a da existência mínima de prova do delito para o início do processo restaurativo (sem que a participação do ofensor seja reconhecida como confissão de culpa); a do respeito às salvaguardas procedimentais básicas; a da igualdade entre as partes e a da equivalência da decisão restaurativa à decisão judicial, entre outras.

Já fora do âmbito da Resolução, três modelos distintos predominam no campo da prática restaurativa: a) os encontros vítima-ofensor, b) as conferências de família e c) os círculos restaurativos⁴¹. Atualmente há uma tendência simbiótica entre esses três modelos, que não raro se complementam mutuamente (ZEHR, 2012). De fato, nada impede que outros modelos sejam criados conforme as demandas especiais de cada local (ACHUTTI, 2016, p. 79), ou que os existentes sejam adaptados de acordo com as circunstâncias particulares do evento ou das partes envolvidas (PALLAMOLLA, 2009, p. 106). Ainda há a possibilidade de

⁴¹ Daniel Achutti ainda dá conta de outras modalidades de prática restaurativa como os serviços de apoio à vítima, os comitês de paz, os conselhos de cidadania e o serviço comunitário (ACHUTTI, 2016, p. 80-83). A professora Karyna Sposato ainda faz menção a respeito de práticas restaurativas especificamente aplicáveis à Justiça Juvenil Restaurativa, como os modelos de mediação e conciliação, as conferências de justiça restaurativa, os círculos de resolução de conflitos e de prolação de sentença e os círculos de paz de modelo *Zwelethemba* (SPOSATO, 2018, p. 131-132).

que mais de um modelo (ou mesmo vários deles) sejam utilizados em um mesmo caso ou situação (ZEHR, 2012, p. 55).

a) Encontros vítima-ofensor: para alguns como Pallamolla (2009) e Achutti (2016), “mediação vítima-ofensor”, envolvem basicamente um encontro entre vítimas e ofensores em um ambiente seguro e estruturado capaz de promover o diálogo:

Antes de encontrarem-se, vítima e ofensor passam por conferências separadas com um mediador treinado que explica e avalia se ambos encontram-se preparados para o processo. Segue-se o encontro entre ambos, no qual o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, emocionais e financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbolicamente) (PALLAMOLLA, 2009, p. 109).

Essa modalidade prática é a mais usada no mundo todo. É aplicada, na maioria das vezes, a casos de delitos contra a propriedade e delitos menos graves cometidos por jovens, embora haja registros de que tenham sido utilizadas também em casos de delitos sérios e violentos (PALLAMOLLA, 2009, p. 107-108).

b) Conferências de família: foram adotadas na Nova Zelândia, desde 1989, como resposta padrão para a delinquência juvenil, traduzindo-se também como uma forma de revitalização da tradição indígena maori na questão da resolução de conflitos (ZEHR, 2012, p. 59).

Nessa prática restaurativa, à vítima e ao ofensor são acrescentados os familiares e pessoas que lhe dão apoio, como amigos e professores (a chamada comunidade de cuidado). Eventualmente podem participar policiais, agentes de liberdade condicional e assistentes sociais.

O procedimento é similar ao da mediação vítima-ofensor. Há encontros separados entre o facilitador e cada uma das partes (que podem ser acompanhadas por suas famílias), antes do encontro direto entre vítima e ofensor. Nas conferências as partes mostram seus pontos de vista, tratam sobre os impactos do crime e deliberam o que deve ser feito. O objetivo é fazer com que o infrator reconheça o dano causado à vítima e aos demais e assumam a responsabilidade por seu comportamento. A vítima terá a oportunidade de falar sobre o fato, fazer perguntas e dizer como se sente. Após as discussões, a vítima é perguntada sobre o que gostaria que fosse feito e, então, passa-se a delinear um acordo reparador, para o qual todos os participantes podem contribuir. Neste procedimento, a discussão sobre o que

fazer tende a exceder os limites do delito, dando-se atenção às necessidades e a questões relativas tanto à vítima quanto ao ofensor (PALLAMOLLA, 2009, p. 118).

Segundo Raffaella Pallamolla (2009) existem dois tipos básicos dessa prática restaurativa: 1) *court-referred*, no qual os casos são desviados do sistema de justiça e 2) *police-based*, em que a polícia ou a escola promovem o encontro das partes (como ocorre na Austrália e na maioria dos Estados norte-americanos) (PALLAMOLLA, 2009, p. 117).

Ambos os tipos são adotados na resolução de casos variados de delitos (furto, roubo, incêndio premeditado, delitos ligados às drogas e delitos mais sérios), cometidos tanto por jovens infratores quanto por adultos.

c) *Círculo restaurativo*: pode ser definido como uma metodologia ou como um processo complexo (BOYES-WATSON; PRANIS, 2011, p. 21) aplicado segundo os princípios e valores da Justiça Restaurativa, com vistas à transformação, à resolução de conflitos e à tomada de decisões consensuais.

Segundo Zehr (2012, p. 61), a abordagem circular surgiu nas comunidades aborígenes do Canadá. Sua versão moderna, adaptada às questões do conflito das sociedades atuais, como no caso de crimes graves e disputas comunitárias (PALLAMOLLA, 2009, p. 119), apareceu primeiro nos países em que a Justiça Restaurativa sistematizou-se, nos EUA e no Canadá dos anos 70.

Consiste no encontro entre a vítima, o ofensor, membros da família e eventualmente pessoas da comunidade ou do meio jurídico. O encontro é guiado por um ou mais facilitadores que supervisionam, orientam e integram o processo, sem impor ou sugerir um acordo ou os contornos que este deve tomar. Os presentes são acomodados em círculo, e após uma pequena cerimônia de abertura, são encorajados a definir e compartilhar valores que reputam importantes para o bom funcionamento das atividades. Logo em seguida, são estimulados a se expressar verbalmente, inclusive a respeito de sentimentos. Nesse particular, o “objeto da fala”, ou “bastão da fala”, ao ser passado de mão em mão, tem a função de determinar a sequência e o momento em que cada integrante gozará do direito de falar sem interrupções. Ao final da sessão, a decisão, caso obtida, é construída coletivamente e consensualmente.

Para que o círculo se instaure, a participação da vítima e do ofensor deve ser voluntária (ZEHR, 2012) e em alguma medida o ofensor deve assumir alguma responsabilidade. Em regra, o sistema judiciário (polícia, tribunal, penitenciária, defensoria pública, etc) é quem tem a atribuição de encaminhar os casos para o círculo.

O círculo se diferencia das outras práticas pela horizontalidade que é capaz de promover entre os integrantes, pelo uso do objeto da fala, e pela essencialidade na participação de membros da comunidade (convidados pelas partes ou que tenham alguma ligação com o caso conflituoso). A participação destes membros amplia o diálogo ao nível das questões satélites do conflito, como aquelas que dizem respeito aos problemas da comunidade, suas normas, seu conjunto de políticas públicas, ou seja, seu grau de responsabilidade para o futuro, diante de casos semelhantes.

O círculo pode ser aplicado segundo objetivos distintos. Zehr (2012, p. 64-65) apresenta um rol de exemplos bastante pertinente: Pode servir para que promotores de justiça posterguem a denúncia ou mesmo a dispensem; pode servir para que juízes encaminhem ao círculo a edição de parte da sentença, a exemplo do capítulo sobre a reparação do dano; e ainda, promotores e juízes podem vir a compor o círculo e conjuntamente construírem uma sentença que melhor se amolde as necessidades reais das partes envolvidas, bem como da comunidade. Pode ainda servir numa fase processual posterior à sentença, ou posterior ao cumprimento da pena, como no caso dos Círculos de Apoio e Responsabilização canadenses, onde ofensores de crimes sexuais são acompanhados, já em liberdade, com o intuito de ser estimulados pela comunidade a manterem-se responsáveis por seus atos, evitando assim a reincidência e a estigmatização.

O momento em que as práticas restaurativas passam a atuar em articulação com os procedimentos de justiça tradicional varia de acordo com as normas de cada país, estado federado ou província ou, antes, de acordo com o tipo de tradição jurídica de cada ordenamento.

Pallamolla (2009, p. 100-101) identifica quatro estágios básicos em que as práticas restaurativas se articulam com o sistema de justiça tradicional:

a) a fase policial ou de pré-acusação: onde o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa é feito tanto pela polícia quanto pelo órgão de fiscalização legal, antes da

acusação (oferecimento de denúncia ou queixa, no caso brasileiro)⁴². Em países de tradição da *common law*, presentes indícios da ocorrência do crime, o órgão fiscalizador encaminha o processo à Justiça Restaurativa e, em caso de acerto entre as partes, deixa de oficializar a acusação, arquivando o procedimento.

b) a fase pós-acusação: quando o encaminhamento é feito pelo órgão fiscalizador depois de oficializada a acusação perante um juiz.

c) etapa do juízo: antes do julgamento, quando o juiz encaminha o processo à Justiça Restaurativa.

d) fase da punição: nessa fase, o acordo restaurativo pode servir como alternativa ao cárcere, como parte da sentença ou somada à pena. Nesse caso, o encaminhamento é feito pelo órgão responsável pela execução penal.

Dependendo da etapa do processo judicial em que a Justiça Restaurativa seja convocada a atuar, efeitos jurídicos distintos poderão incidir sobre o *status* jurídico do ofensor: extinção do procedimento criminal pelo cumprimento do acordo restaurativo; suspensão do processo até que o acordo seja cumprido; arquivamento da acusação; diminuição da pena e substituição da pena, entre outros (PALLAMOLLA, 2009, p. 104) são alguns desses efeitos.

A tradição jurídica de cada ordenamento também tem impacto na dinâmica entre Justiça Restaurativa e justiça convencional. No caso de países de tradição jurídica da *civil law* (como é o caso do Brasil) o princípio da obrigatoriedade da ação penal, no caso dos crimes de ação pública incondicionada, em tese, impede que os órgãos de fiscalização (como o Ministério Público) discricionariamente desviem o caso para a Justiça Restaurativa. Em países de tradição da *common law*, nos quais vige o princípio da discricionariedade da ação, os órgãos fiscalizatórios podem decidir se instauram ou não o procedimento criminal, “conforme critérios de interesse público” (PALLAMOLLA, 2009, p. 102-103).

Todas as modalidades de práticas restaurativas, em comum, privilegiam o diálogo, fomentam a compreensão do crime dentro de uma perspectiva ampla, abrangendo sua

⁴² O encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa nessa fase é alvo de críticas quando é a polícia quem atua nessa fase. Os argumentos contra a articulação dos dois modelos nessa fase do processo dizem respeito ao efeito de *net widening*, de expansão da rede de controle penal, que dele surge. Nesse caso, a polícia atua em substituição aos juízes e promotores, selecionando os casos que serão levados a controle (seja pela prática restaurativa, seja pelo judiciário), muitas vezes sem a observância rigorosa de indícios da prática de ilícitos penais.

dimensão social. Apresentam, para tanto uma abordagem holística em que diversas matérias são discutidas de forma a estimular as partes a reconhecer os interesses dos outros como limites para os seus próprios interesses.

Para todas as modalidades existem estudos que comprovam seu êxito em atingir um nível significativo de satisfação das partes (vítimas e ofensores) como também corroboram a hipótese de que as intervenções de natureza restaurativas fazem decair o índice de reincidência quando comparado com as estatísticas da justiça retributiva⁴³ (PALLAMOLLA, 2009, p. 111,119-120).

No Brasil, em especial, a Justiça Restaurativa é aplicada no campo da justiça criminal há pelo menos quatorze anos. Registre-se que ainda não há, desde então, um sistema integralmente restaurativo funcionando no país - assim como na Nova Zelândia, para os casos de delitos cometidos por jovens - de maneira que sua estrutura tem de movimentar-se em conexão e sintonia com a estrutura de justiça retributiva já consolidada.

Desde 2005 projetos-pilotos vêm funcionando em São Caetano do Sul/SP⁴⁴, Porto Alegre/RS⁴⁵ e Brasília/DF⁴⁶, fomentados pelo Ministério da Justiça em parceria com o

⁴³ Escreve Pallamolla (2009, p. 111): “Existem inúmeras avaliações de processos de mediação, devido ao tempo de aplicação deste procedimento. Segundo Schiff, pesquisas americanas, canadenses e europeias mostraram que tanto vítimas quanto ofensores que passaram por processos de mediação mostraram-se mais satisfeitos com o processo e com o resultado do que outros que passaram pelo processo tradicional da justiça criminal. Também se constatou que as vítimas que estiveram frente a frente com seu ofensor, mesmo que algumas tenham relatado fazê-lo em princípio, costumaram temer menos a revitimização e o recebimento da reparação. Com relação aos ofensores, os que completaram o processo restaurativo costumaram cumprir as obrigações de restituição, possuindo, igualmente, um menor índice de reincidência quando comparados aos infratores que passaram pelo processo penal tradicional. E quando houve reincidência, foram delitos menos graves, diferentemente da reincidência daqueles que tinham passado por um julgamento tradicional”.

⁴⁴ No projeto-piloto de São Caetano, a Justiça Restaurativa é aplicada junto aos juizados da infância e juventude para os casos de cometimento de atos infracionais. Quando a abordagem restaurativa é bem sucedida, um pedido do Ministério Público viabiliza a concessão da remissão, instituto previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente e que tem por efeitos a exclusão, a suspensão ou a extinção do processo. A prática restaurativa utilizada é a do círculo restaurativo e a seleção dos casos é feita pela vara juntamente com o Ministério Público, adotando-se como critério a admissão prévia de responsabilidade pelo infrator. Nesse projeto, realizam os círculos profissionais da área da Assistência Social. Junto às escolas, fora do contexto da justiça criminal, os atos de indisciplina são tratados em círculos facilitados por professores e diretores. Atualmente, práticas restaurativas são realizadas em comunidades da região de São Caetano, (como no caso de Nova Gerty) e profissionais de várias áreas recebem treinamento para atuar como derivadores ou facilitadores (agentes da polícia, conselheiros tutelares, advogados, agentes de saúde, grupos de suporte a minorias) (ACHUTTI, 2016, p. 230-231).

⁴⁵ Em Porto Alegre, também são os juizados da infância e juventude que abrigam as práticas restaurativas para os casos de atos infracionais. O círculo restaurativo é a modalidade escolhida para o tratamento dos conflitos. As práticas são inseridas em articulação com o procedimento da vara de forma complementar (durante a execução da medida socioeducativa) ou alternativa (antes do início do processo). Do mesmo modo que em São Paulo, o critério de seleção é a admissão prévia de responsabilidade pelo adolescente, não se admitindo a abordagem restaurativa para o caso de atos infracionais violentos (como os correspondentes ao latrocínio, ao homicídio e ao estupro) ou de conflitos familiares. Lá, os facilitadores são técnicos judiciários.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) (projeto “Promovendo práticas restaurativas no sistema de justiça brasileiro”).

Em linhas gerais, há uma tendência no Brasil para que somente as condutas definidas como crime, ato infracional ou contravenção penal, cometidas sem violência ou consideradas pela lei como de menor potencial ofensivo, sejam tratadas pelos programas restaurativos.

Esse *menu* mais ou menos restrito de infrações, ainda assim compreende condutas variadas, contra bens jurídicos de naturezas diversas, como no caso dos crimes de lesões corporais (lesão leve, previsto no artigo 129 do Código Penal), de crimes contra a honra (calúnia, difamação e injúria, previstos nos artigos 138, 139 e 140 do Código Penal) e a maioria dos crimes contra o patrimônio (dano simples, introdução de animais em propriedade alheia, fraude no comércio, entre outros, previstos nos artigos 163, 164 e 175 do Código Penal⁴⁷).

Atualmente diversos projetos espalhados por todo o país visam difundir e aplicar práticas restaurativas na solução de conflitos da área criminal. A professora Vera Regina Pereira de Andrade, coordenadora do projeto “Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário” dá conta de que em pelo menos sete estados da federação, abrangendo dezesseis municípios e mais de vinte unidades jurisdicionais, funcionam práticas restaurativas⁴⁸.

No Estado de Sergipe, por exemplo, a Justiça Restaurativa tem sido implementada, ainda que com o suporte tímido do Tribunal de Justiça, nas comarcas da capital e do interior:

⁴⁶ Na capital federal, a Justiça Restaurativa é aplicada para os adultos, enredando sua prática ao procedimento dos juizados especiais criminais. Aqui, encontros vítima-ofensor são utilizados para resolver os conflitos relativos aos delitos de menor potencial ofensivo (crimes cuja pena máxima em abstrato não ultrapassa dois anos, nos termos do artigo 61 da Lei 9099/95). Bacharéis ou estudantes de Direito, em regra, desempenham a função de facilitadores e o encaminhamento dos casos é feito por um grupo gestor. Na hipótese de realização do acordo, um relatório escrito é enviado ao juiz para homologação, depois de ouvida a promotoria, para enfim, encerrar-se o processo pela extinção da punibilidade (ACHUTTI, 2016, p. 232-234).

⁴⁷ Tramita na Câmara dos Deputados o Anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (PLS 156/2009), de iniciativa do Senado Federal. No anteprojeto, se prevê a alteração do tipo de ação penal para os crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça contra particulares, que passaria a ser condicionada à representação. Nesse caso, abrir-se-ia a possibilidade de inserção de alguma prática restaurativa antes do oferecimento da representação. Leia-se: “Art. 46. Será pública, condicionada à representação, a ação penal nos crimes de falência e nos crimes contra o patrimônio, material ou imaterial, quando dirigidas exclusivamente contra bens jurídicos do particular e quando praticados sem violência ou grave ameaça contra a pessoa”. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182956/000182956.pdf?sequence=10>>. Acesso em 28 dez 2018.

⁴⁸ Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>>. Acesso em 28 dez 2018.

em Aracaju, práticas restaurativas têm sido desenvolvidas junto à 17ª Vara Cível (com competência para processar e julgar casos que envolvam adolescentes em conflito com a lei). No interior, as comarcas de Canindé do São Francisco, de Estância e de Pacatuba (em sua maior parte, inserindo a Justiça Restaurativa no procedimento dos juizados especiais criminais) têm atuado de forma pioneira.

No caso específico de Pacatuba, o projeto se preocupa em abranger amplamente a comunidade através da participação das escolas públicas (oito delas fazem parte das ações) alcançando ainda outros municípios da região como Ilha das Flores, Brejo Grande e Baixo São Francisco (SILVA, 2017, p. 58).

No âmbito acadêmico, a professora Daniela Carvalho Almeida da Costa tem desenvolvido e coordenado o projeto de pesquisa intitulado “Monitoramento Tridimensional de Programa de Justiça Restaurativa para o Estado de Sergipe”, junto à Universidade Federal de Sergipe, com o objetivo de avaliar a qualidade e os impactos de programas de Justiça Restaurativa no Estado, notadamente daqueles mencionados acima.

A professora Karyna Sposato, em parceria com a professora Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, tem se dedicado ao estudo da Justiça Restaurativa aplicada à juventude, com um livro seu, inclusive, tendo sido publicado recentemente: “Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos”, publicado em 2018.

No ano de 2016 o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 225 com o objetivo de dispor sobre a política de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. Atualmente essa resolução, na ausência de legislação específica sobre o tema, tem desempenhado o papel de repositório das normas gerais atinentes às práticas restaurativas aplicáveis no país.

Em grande medida, a Resolução espelha o núcleo normativo da Resolução 2002/12 da ONU, mas em muitos pontos, como era de se esperar, procura adaptar os princípios ali contidos para a realidade local. A Resolução se preocupa, por exemplo, em por em linha de sintonia o quadro jurídico constitucional atual e a Justiça Restaurativa, quando busca fundamentá-la sob a ótica da dimensão substancial do direito ao acesso à justiça, previsto no artigo 5º, XXXV da Constituição Federal⁴⁹.

⁴⁹ Explica Sposato que a Justiça Restaurativa se inscreve na terceira fase, ou “terceira onda” de acesso à justiça, momento de desenvolvimento do sistema de justiça brasileiro em que se compreende que o direito ao acesso não

A Resolução define o conceito de Justiça Restaurativa como “um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência” (artigo 1º). Expõe que o foco das práticas restaurativas é “a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade”. Destaca ainda, ao nível dos princípios básicos, que “a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro” também constituem o alvo principal das práticas restaurativas (inciso III do artigo 1º).

De mais a mais, a Resolução procura fixar o sentido de diversos termos, estabelecer princípios orientadores e atribuições dos tribunais e dos facilitadores, padronizar o atendimento no âmbito institucional, traçar linhas gerais para a formação e capacitação dos servidores, membros de poder e integrantes das comunidades, e orientar programas de monitoramento e avaliação.

Com efeito, a Resolução 225/2015 do CNJ vem preenchendo – para alguns de maneira disfuncional⁵⁰ - um vazio normativo sobre a matéria. Vazio esse que poderia ser ocupado mais adequadamente, do ponto de vista da técnica jurídica, caso o Projeto de Lei 7.006, que tramita na Câmara dos Deputados desde 2006 (e que por duas vezes já foi arquivado) viesse a ser aprovado.

O projeto de lei pretende instaurar definitivamente no ordenamento brasileiro procedimentos de Justiça Restaurativa no campo criminal através da alteração da lei 9099/98, do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Ao artigo 76 da Lei 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais), o projeto acresce um §7º que abre a possibilidade de encaminhamento dos autos, pelo Ministério Público, em qualquer fase do procedimento, ao núcleo de Justiça Restaurativa.

Quanto ao Código Penal, as alterações consistem na criação de uma nova causa de extinção da punibilidade, pelo cumprimento do acordo restaurativo (inciso X ao artigo 107) e

se resume à possibilidade formal de se mover ações através do Judiciário, mas alcança, sobretudo uma exigência de qualidade das soluções de conflito (SPOSATO, 2018, p. 46-52).

⁵⁰ Sobre a disfuncionalidade do poder normativo em abstrato do Conselho Nacional de Justiça, vide o artigo de Streck, Sarlet e Cléve (2005) intitulado “Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)”:

de uma nova causa de interrupção da prescrição, com a homologação do acordo até o efetivo cumprimento (inciso VII ao artigo 117).

O impacto maior seria sentido no Código de Processo Penal. Aqui o projeto inova quanto à possibilidade de encaminhamento dos casos à Justiça Restaurativa pelo juiz (com ou sem a sugestão da autoridade policial no bojo do inquérito) e com a anuência do promotor de justiça. Abre-se ainda a possibilidade ao Ministério Público de deixar de oferecer a denúncia (§§3º e 4º ao artigo 24) e introduz-se a hipótese de suspensão do processo quando recomendável o uso da prática restaurativa (artigo 93A).

No entanto, o projeto deixa de estabelecer com precisão, ainda no contexto do Código de Processo Penal, para que tipos de condutas infracionais a abordagem restaurativa seria destinada. Antes que se pense que o legislador teria intencionado estender a Justiça Restaurativa para todos os casos, criou ele, ao contrário, uma espécie de cláusula geral de barreira, cujo fundamento principal para a negativa do uso de práticas restaurativas diz respeito à personalidade do ofensor. Observe-se:

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Nesse particular, chama a atenção o fato de que, embora o projeto de lei 7006 tenha sido editado somente em 2006, parece ele resvalar, do ponto de vista da criminologia que o embasa, em aspectos conceituais típicos de um paradigma do século XIX.

Isso porque, subjacente à norma do artigo 556 do aludido projeto, nota-se uma pré-compreensão antropocêntrica da natureza do crime, característica do positivismo criminológico de Garófalo (1893), que cindia o gênero humano entre duas espécies distintas (os criminosos e os não criminosos), e por isso, teoricamente incompatível com um paradigma que se diga inovador, como o da Justiça Restaurativa.

Ante a suspeita levantada por esta aparente contradição, pensamos que seria justo refletirmos, neste momento, sobre qual seria a matriz criminológica da Justiça Restaurativa. Afinal, no vasto território da criminologia moderna, em qual domínio reside a teoria restaurativa?

2.3 A MATRIZ ABOLICIONISTA

Já tivemos a oportunidade de dizer que no Brasil, embora a teoria da Justiça Restaurativa ainda ocupe a posição de “ilustre desconhecida” (assim mesmo, no feminino), apresenta um *corpus*, ou seja, um quadro referencial consideravelmente extenso e variado.

Em nível mundial, ao menos duas dezenas de importantes autores tem se dedicado ao tema já há algumas décadas, e pelo menos uma dezena deles compõe o que poderíamos chamar de *mainstream* da Justiça Restaurativa⁵¹: de Eglash a Zehr, de Braithwaite a Daly, esses escritores cobrem um largo intervalo teórico que vai do otimismo original à fase crítica (mas construtiva) recente.

A variedade de autores e obras inevitavelmente abre espaço à divergência, na medida em que implica a produção de pontos de vista distintos. Em que pese, de fato, haver alguns desacordos entre essa gama de autores, inclusive no que tange a temas cruciais, muitos (e a maior parte) são os conceitos e os pressupostos teóricos em comum.

Para além dessa sintonia conceitual, outro elemento se repete com frequência na maioria das obras desses autores, para uni-las fortemente: o abolicionismo penal de Nils Christie⁵².

No ano de 1977 (mesmo ano das obras de Eglash e Barnett), Nils Christie publica o artigo “*Conflicts as property*” (Conflitos como propriedade), que mais tarde viria a ser considerada a publicação mais importante da Revista Britânica de Criminologia na década de 70 (ACHUTTI, 2016, p. 107). Nessa obra, Christie reúne e desenvolve as principais ideias abolicionistas no campo da justiça criminal.

⁵¹ Só para citar alguns: Eglash, Barnett, Howard Zehr, Mark Umbreit, Kay Pranis, Daniel Van Ness, Tony Marshall, Martin Wright, Lode Walgrave, Alisson Morris, Gabrielle Maxwell, Kathleen Daly, Heather Strang e Lawrence Sherman.

⁵² Escreve Achutti a respeito da influência de Christie sobre o pensamento dos autores da Justiça Restaurativa: “Nils Christie, por seu turno, é vastamente citado em diversos trabalhos sobre justiça restaurativa e criminologia, tanto para mencionar a sua importância para o desenvolvimento acadêmico do tema quanto para mencionar a sua proposição original sobre a apropriação estatal dos conflitos realizada pela justiça criminal, especialmente em função do artigo *Conflitos como propriedade* (cf. Peachey, 1989; Braithwaite, 1996 e 2002; Marshall, 1994 e 1996; McCold e Watchel, 1998; Garapon, 2001; Crawford, 2002; Johnstone, 2002; Strang, 2002; Shapland et al, 2006; Newburn, 2007; Anitua, 2008; Walgrave, 2008; Pallamolla, 2009; Albrecht, 2010; Hoyle, 2010; Van Ness e Strong, 2010; Ruggiero, 2011, dentre outros)” (ACHUTTI, 2016, p. 119-120).

É preciso dizer que Christie não advoga a completa abolição do sistema. Seu abolicionismo, costumeiramente taxado de “moderado”, admite a hipótese do afastamento do ofensor do meio social em casos absolutamente excepcionais (ACHUTTI, 2016, p. 106).

Em “*Conflicts as property*”, Christie desvela o sistema de justiça criminal como uma construção social niilista, que atua pela negação da realidade e da própria vida. No interior dessa estrutura jurídica niilista: a) os tribunais são não-lugares, b) os julgamentos são não-acontecimentos (*non-happenings*), c) a vítima é uma não-pessoa e o ofensor um não-humano (a primeira é irrelevante, o segundo, uma coisa), e d) o delito é um não-conflito.



Gravura 1. “*Les gens de justice*”. Honoré Daumier⁵³.

a) Tribunais são não-lugares pois se localizam na maior parte das vezes em locais afastados dos centros urbanos, apartados do meio social, onde se desenrola o dia-a-dia, a vida comum da população. São não-lugares por conta da arquitetura complexa de seus edifícios, verdadeiro complicador para a aproximação direta das partes envolvidas, e que também reflete, com seus espaços intrincados e compartimentalizados, a burocracia do processo judicial.

⁵³ As pinturas de Daumier, para Nils Christie, representam com acuidade o que se passa (ou o que não se passa) nas Cortes das grandes cidades modernas (CHRISTIE, 1977, p. 3), incluindo, claro, os tribunais escandinavos e franceses.



Gravura 2. “*The three judges*”. 1858-1860. Honoré Daumier.

b) Julgamentos são não-acontecimentos (*non-happenings*) pois neles pouco ou nada acontece de modo marcante para as partes diretamente envolvidas no crime. Nas salas de audiência impera o silêncio (ou a verbalização regulada, ritualizada), a burocracia, e toda sua dinâmica se dá artificialmente, em cumprimento a protocolos formais rígidos. A atuação central dos juízes e dos advogados, sobretudo, determinam os movimentos e as ações a fim de conter muito ou quase tudo da participação e do comportamento espontâneo das partes.

Ademais, julgamentos também são não-acontecimentos pois são reduções extremas da realidade. São recortes pontuais, abstrações estanques de eventos cuja natureza é processual, de fato, e jamais estática (CHRISTIE, 1989, p. 129). O julgamento, enquanto resultado do processo de investigação do passado, somente considera artificialmente um determinado intervalo de tempo, adequadamente paralisado para que ao magistrado seja permitido formar um juízo certo sobre ele. Em verdade, o processo de investigação da verdade formal é um processo de obscurecimento, de ignorância da realidade ampla do crime.

Christie, em outro artigo famoso, escrito em 1989 diz que: “quanto mais vemos o ato como um ponto no tempo e não como um processo, mais fácil resultará a tarefa de classificá-lo desde a perspectiva do direito penal. Quanto menos saibamos de toda a situação, mais simples será nossa tarefa de classificação⁵⁴” (CHRISTIE, 1989, p. 129, tradução nossa).

⁵⁴ “*Cuanto más veamos al acto como un punto en el tiempo y no como un proceso, más fácil resultará la tarea de clasificarlo desde la perspectiva del derecho penal*”, no original.

A decisão judicial para ser útil, deve simplificar os atos e a personalidade do agente. Deve inserir tanto um quanto outro dentro de um quadro dicotômico, faticamente limitado e juridicamente controlável, a partir do qual algum conhecimento biológico (ou psicológico) é aplicado a fim de examinar e classificar o indivíduo. Nessa tarefa, a participação da vítima e a humanidade do réu são negadas.



Gravura 3. “*The lawyer and the widow*”. Honoré Daumier.

c) As vítimas são não-pessoas, os ofensores não-humanos: a vítima, como uma ferramenta, dispara o funcionamento do sistema quando este não é acionado a sua revelia. Uma vez instaurado o processo judicial, o Estado toma seu lugar e tolhe sua participação, que só volta a acontecer por convocação. Ademais, a vítima, quando lhe é permitida atuar no processo, na maioria das vezes o faz representada por advogados. Mesmo quando se pronuncia diretamente, é aconselhada a deixar de fora alguns argumentos que, embora relevantes para si, não têm qualquer valor jurídico.

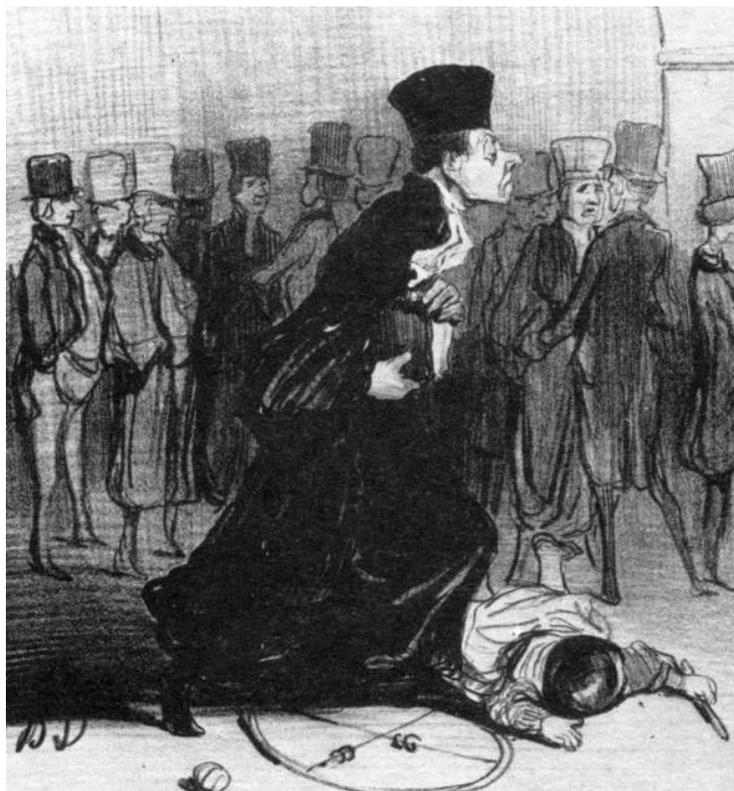
O ofensor, por sua vez, é um objeto de estudo dos profissionais: sua personalidade, seus atributos biológicos e seu histórico concorrem para a determinação judicial de sua responsabilidade. A avaliação do indivíduo e do ato cometido se dá nos limites de um universo restrito de informações (as informações colhidas na investigação, produzidas mediamente nas audiências e por isso, exclusivamente contidas nos autos). O veredito, por

fim, se dá sempre de acordo com um critério binário, bastante simples, que pende entre os opostos “criminoso x não-criminoso” e “culpado x inocente”.

O ofensor também é uma abstração, uma figura simplificada criada por meio de um código binário. Sendo a pena a resposta básica do sistema para o delito, a imagem que se cria do homem a partir dessa resposta só pode ser uma imagem dicotômica: para a pena, o criminoso, o monstro, o psicopata, o mau; para uma não-pena o inocente, o não-criminoso, o bom. O sistema penal, assim, é um sistema de tudo ou nada. O ofensor, por sua vez, é uma imagem que reflete a sociedade, ou melhor, que espelha a forma como a sociedade se organiza para responder ao crime: o ofensor é uma imagem do homem criada e adequada ao sistema penal (CHRISTIE, 1989, p. 127-128).

Mas não é só a manipulação do conflito por profissionais que apaga a existência das partes no processo judicial. A estrutura das sociedades industrializadas modernas e sua segmentação espacial e “em castas” contribui de maneira geral para um quadro de despersonalização do ser-humano e da vida-social (*depersonalisation of social life*).

Nas sociedades modernas, graças a um processo radical de mobilidade urbana, as pessoas deixam de conviver significativamente umas com as outras. Estão sempre em movimento, de um bairro a outro, de uma cidade a outra. Dada a superficialidade das relações, as pessoas efetivamente não se conhecem, pois somente dão a conhecer os papéis que representam.



Gravura 4. “*Mr. Busybody, a lawyer without a case, pretends to be most busy, knocks down a dozen children every day in the lobby, runs over five or six pug-dogs and hopes - thanks to these gymnastics - to make the people believe that he has many clients.*” 1840. Honoré Daumier.

A extrema divisão do trabalho também contribui para a despersonalização da vida social. O valor das pessoas é rebaixado na medida em que passam a ser elementos facilmente cambiáveis da vida diária, mesmo descartáveis.

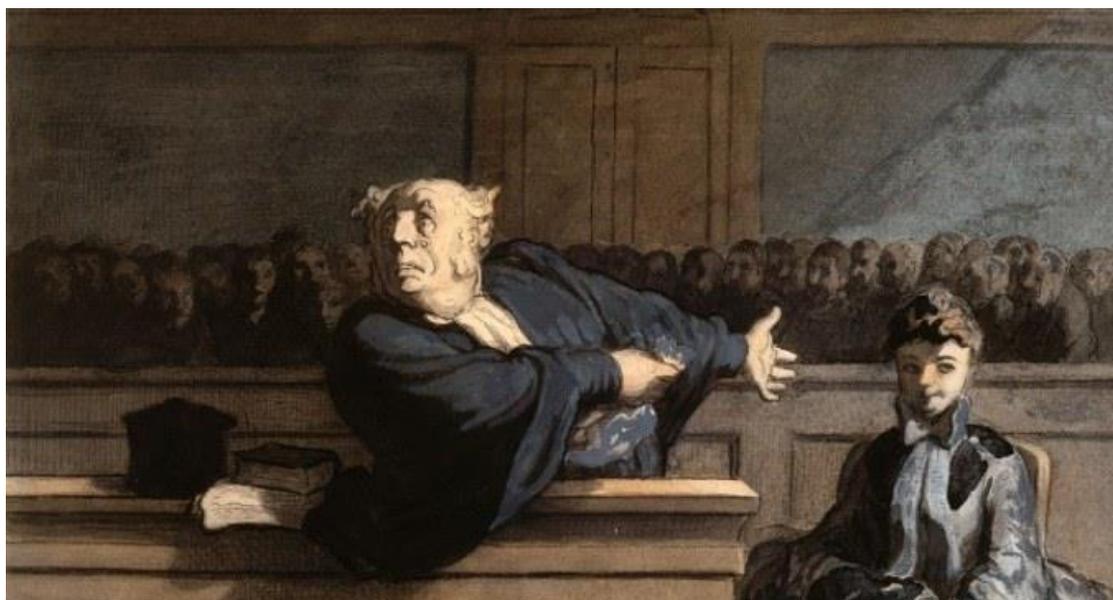
Sobre o tema, escreve Christie: “por tudo isso, temos possibilidades limitadas de entender o comportamento de outras pessoas. Seu comportamento também terá relevância limitada para nós. Atores são mais facilmente substituídos do que pessoas⁵⁵” (CHRISTIE, 1977, p. 5, tradução nossa).

Outro fator despersonalizante é a segmentação da sociedade em castas. Para Christie (1977), a fragmentação populacional nas sociedades industrializadas se dá menos por classes sociais do que por características mais específicas, ao nível individual. Associada à mobilidade, a divisão social por castas implica na condição de anonimato generalizado dos

⁵⁵ “*Through all this, we get limited possibilities for understanding other people's behaviour. Their behaviour will also get limited relevance for us. Role-players are more easily exchanged than persons*”, no original.

indivíduos, de perda de vínculos sociais comunitários: em sociedades desse tipo, pessoas valem menos umas para outras.

Com efeito, escreve Christie: “em meu quadro referencial, no entanto, considero os elementos de casta ainda mais importantes. O que tenho em mente é a segregação baseada em atributos biológicos como sexo, cor, deficiência física ou o número de invernos que se passaram desde o nascimento⁵⁶” (CHRISTIE, 1977, p. 5, tradução nossa).



Gravura 5. “Pleading lawyer”. Honoré Daumier.

c) O crime é um não-conflito: O conflito enquanto vínculo (momentâneo ou permanente) entre pessoas, é subtraído da vítima e do ofensor (tal como um bem material furtado). Especialmente no caso dos advogados, os profissionais da área jurídica são socializados dentro de uma subcultura de forma que aprendem a subtrair os conflitos das partes e converter o conflito existente entre vítima e ofensor em uma imagem não-conflitual.

⁵⁶ “In my framework, however, I find the elements of caste even more important. What I have in mind is the segregation based on biological attributes such as sex, colour, physical handicaps or the number of winters that have passed since birth.”, no original.

Como resultado da própria estrutura social e da subtração dos conflitos pelos profissionais, temos, além do fenômeno da despersonalização, o da destruição dos conflitos construtivos e a invisibilidade dos conflitos destrutivos⁵⁷.

Para Christie (1977), a grande maioria dos conflitos são eventos que desencadeiam a possibilidade de crescimento e emancipação pessoal e comunitária: na verdade são oportunidades, combustível social (*social fuel*). São bens mais raros e mais valiosos que a propriedade, e por isso são desperdiçados quando são subtraídos, esquecidos ou ignorados.

Mas o grande perdedor somos nós - na medida em que a sociedade somos nós. Essa perda é, antes de tudo, uma perda de oportunidades de esclarecimento de normas. É uma perda de possibilidades pedagógicas. É uma perda de oportunidades para uma discussão contínua sobre o que representa o ordenamento⁵⁸ (CHRISTIE, 1977, p. 8, tradução nossa).

Como estratégia para solucionar o problema do niilismo do sistema de justiça criminal, Christie (1977) entende que as condições sociais comunitárias devem ser recriadas, para que os conflitos sejam enfrentados, tratados e transformados em algo pessoalmente e socialmente positivo, ao invés de simplesmente apagados. E, transformar os conflitos em algo positivo pressupõe fazer com que as partes participem da resolução de seus problemas, se emancipem, criem autonomia. E mais, é também fazer do conflito uma propriedade compartilhada (não privada), onde todos aqueles da comunidade, de alguma forma afetados pelo conflito, possam retomá-lo para si, afinal, o conflito não é propriedade das autoridades judiciais ou dos profissionais, mas de todo o sistema social.

Em termos práticos, Christie concebe a criação de tribunais comunitários (tribunais de vizinhança, ou *neighbourhood courts*), organizados de forma descentralizada e orientados para a vítima. Nessas cortes comunitárias o processo de resolução dos conflitos se desenvolveria em quatro grandes fases.

Em um primeiro momento, seria verificado se a lei teria sido realmente violada e se seria o ofensor quem o havia feito. Nessa fase, se admitiria a eventual participação de advogados. No segundo momento, a vítima deveria contar o que houve e o que ela precisa, a

⁵⁷ Christie (1977), por exemplo, considera como conflitos destrutivos a violência doméstica e contra as crianças. A fragmentação social, ou seja, a falta de vínculos comunitários fortes (*network*) deixa as vítimas desamparadas de forma que têm de conviver com a situação sem poder defender-se. Nesse caso, esses conflitos não são tratados, mas simplesmente invisibilizados pela sociedade.

⁵⁸ “*But the big loser is us—to the extent that society is us. This loss is first and foremost a loss in opportunities for norm-clarification. It is a loss of pedagogical possibilities. It is a loss of opportunities for a continuous discussion of what represents the law of the land*”, no original.

partir das consequências do fato. Na terceira fase, uma sentença seria construída em conjunto, onde se estabelecería como a vítima seria reparada e se, eventualmente, o ofensor deveria ser punido, de alguma forma construtiva. Por fim, depois da sentença, a Corte voltar-se-ia para as necessidades do ofensor, caso houvesse.

O procedimento imaginado por Christie (1977) prevê o mínimo de especialistas possível, com a possível participação destes sempre em funções secundárias (participando quando convidados, respondendo quando perguntados), desprovidos de qualquer poder de dominação. Isso porque, para o autor, os maiores inimigos desse modelo de justiça comunitária são os especialistas.

Os tribunais comunitários devem ser tribunais de leigos, uma Corte de iguais, onde ninguém desempenha papel de autoridade, de acordo com uma lógica vertical de poder. Escreve Christie sobre o tema: “vamos restabelecer a credibilidade dos encontros entre seres humanos críticos: mal pagos, altamente respeitados, mas sem poder extra - além do peso de suas boas ideias. Isso é como deveria ser” (CHRISTIE, 1977, p. 14, tradução nossa).

Para tanto, o foco desse modelo de justiça comunitária não deve assemelhar-se àquele da justiça criminal, baseado na prevenção ou no melhoramento do ofensor (*improvement of criminals*).

Os focos da justiça comunitária de Christie (1977) são a vítima, acima de tudo, mas também a reparação do dano e a responsabilização do ofensor. O ofensor, em particular, ao contrário do que ocorre no processo de justiça criminal, não deve “livrar-se tão facilmente” de receber um determinado tipo de “censura”, atribuída diretamente pela vítima, e por isso, diferentemente da culpa processual, difícil de neutralizar (*opportunity to receive a type of blame that it would be very difficult to neutralize*).

Igualmente, ao ofensor deve ser dada a oportunidade de ser perdoado, algo que não há na justiça criminal.

O ofensor tem a possibilidade de trocar sua posição de espectador de uma discussão – frequentemente e em grande medida ininteligível – de quanto sofrimento ele deve receber, para uma de participante em uma discussão de como ele pode consertar as coisas. O ofensor perdeu a oportunidade de explicar-se a uma pessoa cuja avaliação lhe importa. Do mesmo modo,

perdeu uma das mais importantes possibilidades de ser perdoado⁵⁹ (CHRISTIE, 1977, p. 9, tradução nossa).

Christie não estava só com suas ideias abolicionistas, quando escreve “*Conflicts as property*”, no final dos anos 70. Na verdade, a obra de Christie floresce em um contexto mais amplo, de crítica ao *establishment* e de luta por direitos em nível mundial.

Como explica a professora Daniela Costa, “nas décadas de 60 e 70 do século passado, um conjunto complexo de fatores políticos criou um contexto favorável para uma crítica radical das prisões e do sistema pena como um todo” (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 70).

Entre os anos 60 e 70 movimentos contraculturais articulados em diversas frentes, como no mundo da música, da literatura e do cinema, para dizer o menos, traduziram um sentimento geral de insatisfação com o *american way of life*: com o estilo de vida experimentado nos subúrbios dos Estados Unidos desde o pós-guerra e exportado para todo o Ocidente como propaganda de sucesso de sua política econômica.

Sobretudo a população jovem expressava esse sentimento de rejeição contra o que basicamente se constituía em um modelo de vida pautado na busca incessante por empregos fixos, por casamentos estáveis e duradouros, pela formação de famílias com filhos criados de acordo com uma moral religiosa e, principalmente, pela aquisição e fruição de bens de consumo. Sobre esse momento da história americana e mundial escreve Salomão Shecaira:

Essa década é marcada por um culto “científico” às drogas, pelo psicodelismo do *rock and roll*, por uma enfática resistência pacífica à Guerra do Vietnã, por uma campanha abrangente pelos direitos civis, pela luta das minorias negras, pelo fim das discriminações sexuais, pelo despertar da consciência estudantil que passa a conhecer seu próprio poder, por transformações existenciais que permitem aos jovens encontrarem seu próprio eu, por um fermento de ruptura potencializadora da sociologia do conflito (SHECAIRA, 2018, p. 244)

As ideias pregadas pela chamada “geração *beat*” passam a repercutir fortemente no campo da política: atos de deserção e desobediência civil de grupos *hippies* passam a ser

⁵⁹ “*The offender gets a possibility to change his position from being a listener to a discussion—often a highly unintelligible one—of how much pain he ought to receive, into a participant in a discussion of how he could make it good again. The offender has lost the opportunity to explain himself to a person whose evaluation of him might have mattered. He has thereby also lost one of the most important possibilities for being forgiven*”, no original.

bastante comuns. Passeatas e manifestações contra a guerra e contra a violência de maneira geral são vistas em grande parte do mundo. Na França, o evento que ficou conhecido por “Maio de 68” correspondeu a uma grande revolta estudantil apoiada por professores das universidades de Paris e por sindicatos de diversas categorias. Enquanto isso, na América Latina, movimentos contrários a governos ditatoriais se multiplicam. Nos Estados Unidos, foram marcantes as atuações de Martin Luther King e Malcom X em prol dos direitos dos negros, assim como o movimento feminista inspirado no pensamento de Betty Friedan em favor do direito das mulheres de participar do mercado de trabalho em igualdade de condições com os homens e de frequentar as universidades (SHECAIRA, 2018, p. 243-254).

No campo específico da criminologia há uma radical reorientação de sentido. Transformações essenciais ao nível do método e do objeto enfraquecem primeiro o paradigma etiológico positivista, com seu empirismo causal, centrado na figura do criminoso, para depois atingir o paradigma etiológico-sociológico que lhe sucede, com seu foco direcionado às causas sociais do crime e calcado no método de investigação por meio de inquéritos sociais.

Surgem então as teorias interacionistas dos anos 60 (mormente a do *labeling approach*) e a “nova criminologia” de Walton, Young e Taylor, de viés marxista, mais preocupadas com a revelação do fenômeno jurídico-criminal do delito, com o estudo da “totalidade do sistema de aplicação da justiça penal” e com o “inteiro processo de produção da delinquência” (SANTOS, 2014, p. 43) do que com as causas do crime.

Nos interstícios dessa virada criminológica, a vitimologia e o feminismo teriam papel fundamental. A vitimologia, no final dos anos 60, redescobre a vítima enquanto personagem relevante no evento delituoso. Em sua fase inicial, os estudos vitimológicos abordam as formas de participação da vítima no crime (mesmo as formas de provocação da vítima para a ocorrência dele) e o possível autocondicionamento no processo de vitimização. Depois, os estudos vitimológicos avançam e passam a se concentrar nas necessidades reais e, sobretudo no direito das vítimas de participarem efetivamente (não apenas formalmente) na solução do conflito⁶⁰ (SANTOS, 2014, p. 55-57).

⁶⁰ Cláudia Cruz Santos (2014) sustenta que a vitimologia também integra a raiz criminológica da Justiça Restaurativa. Escreve a autora: “Ora, do surgimento da vítima como objeto da atenção criminológica à ideia de que o Estado se apropriara de forma indevida do papel que àquela devia caber na solução de um conflito que era seu, foi *um passo*. E do apontar as armas ao sistema penal para a afirmação de que estaria a surgir um outro modelo, que se pretendia alternativo porque seria melhor sob várias perspectivas, foi um *novo passo*.”

O pensamento feminista, por sua vez, pressupõe a situação fática de desvantagem das mulheres em relação aos homens e preocupa-se com a melhora ou a superação dessa condição. Embora seja bastante diversificado⁶¹, o feminismo concentra princípios de contestação do *status quo*, sobretudo da ideia de hierarquização da sociedade: “todas as pessoas têm idêntico valor como seres humanos; a harmonia e a felicidade são mais importantes do que o poder e o patrimônio; o pessoal é o político⁶²” (SANTOS, 2014, p. 76).

No interior desse quadro político-social complexo, o abolicionismo penal apareceu como mais um movimento de resistência, a partir da influência da teoria criminológica interacionista e, principalmente da nova criminologia (criminologia crítica) dos anos 60.

No campo do Direito, a crítica abolicionista contestou a racionalidade da pena de prisão e do sistema penal como um todo. No campo da Criminologia, se traduziu pela rejeição da corrente positivista do século XIX (ainda hegemônica na época) e do papel auxiliar que esta assumia junto à política criminal. Tampouco escapou da mira abolicionista a própria criminologia crítica, sobretudo a corrente guiada pelos autores de viés marxista mais tradicional.

Ao longo dos anos 60 e 70, o abolicionismo penal, surgido primeiro como um movimento social, gradativamente vai se estruturando em torno de uma política criminal de contornos mais bem definidos. Nos anos 60, reúne diversos movimentos em favor da abolição da pena de prisão: o RAP (*Radical Alternatives of Prison*) na Inglaterra, KROM na Noruega, KRAK na Alemanha Ocidental e os grupos de Michel Foucault na França (ACHUTTI, 2016, p. 94).

Acrescenta-se uma pitada de abolicionismo penal e eis que surge a justiça restaurativa” (SANTOS, 2014, p. 47). Da vitimologia a Justiça Restaurativa teria herdado a ideia de reparação; do abolicionismo, a recusa ao sistema penal (SANTOS, 2014, p. 48). No mesmo sentido, Antônio Beristain (BERISTAIN, 2000, p. 120).

⁶¹ Cláudia Cruz Santos escreve sobre a possibilidade de se criar uma tipologia do feminismo, composta por cinco espécies gerais, quais sejam: o feminismo liberal, o marxista, o radical, o cultural e o desconstrucionista (SANTOS, 2014, p. 77).

⁶² Há quem sustente a ideia de que a Justiça Restaurativa é uma espécie de “justiça feminina” ou “feminista”. Escreve Cláudia Cruz Santos sobre o assunto: “a ideia simples de que se deve agir com tolerância face ao que é diferente do padrão dominante – diferente do padrão masculino dominante mas também diferente da atitude conformista dominante relativamente às normas – acaba assim por transpirar do pensamento feminista em geral para o pensamento feminista da criminologia e para a criminologia da pacificação. E surge, desta forma, uma oposição entre uma justiça que seria masculina e punitiva e uma outra justiça que seria feminina e ‘de cuidado’ com o outro. A justiça restaurativa surgiria assim, como uma ‘*care (or feminine) response to crime*’, enquanto o sistema penal se apresentaria como uma ‘*justice (or masculine) response to crime*’” (SANTOS, 2014, p. 77-78).

Aos poucos evolui para uma perspectiva teórica mais clara variando entre a abolição parcial (Mathiesen⁶³ e Christie) e total (Hulsman) do sistema punitivo⁶⁴, passando por um programa de curto e médio prazo consistente na criação de estratégias de desencarceramento e substituição de dispositivos criminais por dispositivos de direito civil, até conformar-se como uma metodologia (Ruggiero) – uma nova cultura sobre o crime e sua resposta lógica.

Em linhas gerais, as correntes abolicionistas sustentam que a pena de prisão (núcleo do sistema criminal) não é o meio adequado para reagir ao crime: por mais aprimoradas que sejam as instituições penais, suas funções declaradas (de prevenção e de ressocialização) não podem ser alcançadas e o nível de violência com que atuam não pode ser contido. Desse modo, graças ao processo dessocializador que desencadeia, o sistema penal, assim considerado como um problema em si mesmo, deve ser abolido (ACHUTTI, 2016, p. 93-94).

Em que pese Nils Christie ser o principal referencial abolicionista para os autores da Justiça Restaurativa (ao menos declaradamente), o nome mais importante do abolicionismo penal foi o professor holandês de Direito Penal Louk Huslman (ACHUTTI, 2016, p. 98).

Hulsman foi autor de pelo menos duas obras fundamentais para a consolidação do pensamento abolicionista: “Penas perdidas”, de 1984 e “*Critical criminology and the concept of crime*”, de 1986.

Nessa última obra, o autor concentra os principais argumentos de sua teoria, muitos deles já expostos na obra de 1984, e assumindo uma linha mais radical que a de Christie (1977), advoga a abolição total do sistema de justiça criminal (não só do cárcere).

Hulsman critica tanto a forma de funcionamento real das agências penais como a racionalidade que as fundamenta. Controverte conceitos elementares como os de crime e de punição e se coloca em franca oposição à criminologia positivista, sem esquivar-se de enfrentar a própria criminologia crítica (sobretudo, e de novo, a corrente de Walton, Young e Taylor).

⁶³ Para Costa e Machado Junior, ao lado de Hulsman e Christie, Mathiesen forma a tríade de autores abolicionistas que mais influenciaram a Justiça Restaurativa. Para os autores, a importância de Mathiesen se liga ao fato deste ter abordado, nesse contexto e pela primeira vez, a pena de prisão como um “sofrimento estéril e desprovido de sentido”. Ademais, é Mathiesen quem denuncia os objetivos declarados da pena não alcançados pelas agências penais, como os da reabilitação, da intimidação do transgressor, da prevenção geral e da proporcionalidade da pena (COSTA e MACHADO JÚNIOR, 2018, p. 80-82).

⁶⁴ Daniel Achutti aponta para quatro variantes do abolicionismo penal, segundo a visão de Zaffaroni: a corrente marxista de Thomas Mathiesen, a corrente estruturalista de Michel Foucault, a fenomenológica-historicista de Nils Christie e a fenomenológica de Louk Hulsman (ACHUTTI, 2016, p. 98).

Segundo o pensamento hegemônico nas Ciências Criminais, a justiça criminal é um construto da razão humana, um sistema bem estruturado, consequência da progressiva humanização da pena. Como uma criação humana, a justiça criminal está sob controle e quando dá mostras de ineficiência, bastam reformas penais para colocá-la nos trilhos novamente. O crime, nesse contexto, é um fenômeno anormal, um evento excepcional, assim como o criminoso é um indivíduo de uma categoria especial de indivíduos. Para eventos e indivíduos excepcionais cabe então uma resposta também excepcional: a punição.

Para Hulsman (1986), nenhuma dessas explicações se confirma cientificamente. Pelo contrário, em torno da “ferramenta-conceitual de crime” giram mistificações, construções ideológicas da realidade que se retroalimentam e se mantêm reciprocamente. O sistema penal, a sociedade, a criminologia e a punição estariam envoltas em torno do mito do crime, racionalizando sua existência.

Desse modo, para se desmontar o sistema penal como um todo se deveria deslocar sua pedra angular, ou seja, o conceito de crime, através da crítica à forma como se organiza o sistema penal, da crítica da sociedade, da criminologia e da punição.

A crítica do sistema penal: o sistema penal, menos por suas funções declaradas, e muito mais por seu funcionamento real, não se configura como um verdadeiro sistema. Em verdade há um déficit de coesão entre as agências que o compõe, bem como há uma ausência de compartilhamento de metas comuns, deveres e responsabilidades. Tal assimetria e ausência de coesão lógica e prática embaraçam a possibilidade de controle externo, o que se revela bastante problemático quando o produto resultante da atuação desse sistema é a estigmatização e o sofrimento.

A ideia de progresso da humanização no sistema penal é falsa. O número de pessoas condenadas por cem mil habitantes, no mundo todo, não para de crescer ano após ano. Embora a pena de morte e as demais penas corporais tenham se reduzido em comparação ao Absolutismo (a era inquisitorial), do ponto de vista qualitativo, a prisão é tão grave quanto aquelas, comparada ao padrão de vida comum nas sociedades industriais modernas.

Ademais, a quantidade de ficções jurídicas e abstrações que embasam o exercício do poder punitivo é excessiva. No ponto mais alto das abstrações se encontra a noção de crime como uma violação à lei e ao Estado, não como um conflito entre pessoas ou grupos de pessoas concretamente consideradas.

A crítica da sociedade: Hulsman (1986) distingue duas formas de se compreender a sociedade, uma pela visão catascópica e outra pela visão anascópica.

Pela visão catascópica (que olha o geral, mas não focaliza os detalhes) o mundo é interpretado a partir de uma visão jurídica, que fundamenta e naturaliza o crime (ou o processo de criminalização primária) através da ideologia da centralidade da lei. Sua origem remonta tanto à religião cristã (do povo que escolhido por Deus é regulado por mandamentos divinos) quanto ao conhecimento secular contratualista (pessoas ligadas por livre vontade em torno de um contrato social) (HULSMAN, 1986, p. 68).

A visão catascópica assume a forma de um discurso genérico que se ramifica e atravessa os discursos político, sociológico e também criminológico. Tal discurso pressupõe a sociedade como um conjunto formal de instituições estatais e privadas e desemboca na compreensão de que ela se constitui como um agrupamento de pessoas que dividem (como um grupo homogêneo) valores e significados comuns.

Hulsman (1986) sustenta que essa experiência social de comunhão de valores não existe na sociedade estatal moderna, onde a mídia de massas e as instituições formais do Estado intermedeiam as interações individuais. Nesse sentido, as sociedades modernas seriam incomparáveis em relação às antigas sociedades comunais.

Já na visão anascópica (que focaliza os detalhes em detrimento da forma geral) a sociedade não é um todo coeso. Em verdade, é um conglomerado de tribos, de instituições intermediárias entre os indivíduos e o Estado, fora das quais algumas funções de regulação social não podem ser cumpridas. Logo, a sociedade não é um conjunto de pessoas (escolhidas por Deus ou negociadoras diretas de um contrato), mas um conjunto de instituições intermediárias que cumprem funções de regulação social: não existe um consenso cognitivo para além das tribos. Os valores de referência individual, assim, são os produzidos e compartilhados no interior desses grupos, não na sociedade estatal (HULSMAN, 1986, p. 69).

A crítica da criminologia: Tanto o positivismo criminológico quanto a “nova criminologia” são alvos da crítica de Hulsman (1986). Em um primeiro momento, aproximando-se do interacionismo simbólico e da criminologia crítica, o autor controverte as noções de crime e criminoso naturais e expõe o processo de criminalização primária: a prisão atinge seletivamente os setores mais desprivilegiados da sociedade, geralmente os jovens

desses lugares. Assim, não há razão para se sustentar que os criminosos são em essência (ontologicamente) uma categoria especial de pessoas.

Além disso, as relações desiguais de poder da sociedade moderna demonstram que os crimes não são eventos excepcionais. A criminalização das condutas não tem a ver com uma negatividade essencial das situações, mas com um processo político-jurídico de edição de leis. As relações desiguais de poder, na verdade, criam a realidade social, do mesmo modo como criam a realidade do crime.

A criminalização secundária, por sua vez, está ligada ao poder das mídias de massa. A extrema fragmentação social (*segregation*) nas áreas urbanas separa entre si as classes sociais, os jovens dos velhos, os ricos dos pobres. Os meios de obtenção direta de informação sobre muitos aspectos da vida social não estão mais disponíveis nos grandes centros urbanos. Uma condição de “ignorância em massa” se instala e os vácuos de informação somente são supridos pelos meios de comunicação. A opinião pública é moldada pela mídia, que preenche os interstícios informacionais e o imaginário geral sobre o crime com o estereótipo do criminoso. Os veículos de comunicação normalizam o crime (e consolidam o misticismo fílmico que o cerca) como estratégia para vender a notícia. A vítima, assim, acaba sendo obrigada a ver o crime através do ângulo televisivo, que por sua vez adota a linguagem do sistema penal estatal (HULSMAN, 1986, p. 70).

O quadro de interpretação do sistema penal é filtrado pela mídia, que o caricaturiza e vende aos indivíduos, de maneira que o produto que compram – a natureza do crime e do criminoso - é o mais mistificado possível.

Quanto à crítica da “nova criminologia”, Hulsman admite que os primeiros escritos de viés marxista avançaram muito quando desmascararam os processos de criminalização primária e secundária, a seletividade classista com que atuam as agências penais, a ideologia da igualdade do Direito Penal, e toda a irracionalidade do sistema. Contudo, essa mesma criminologia ainda pressupõe o conceito de crime como realidade ontológica⁶⁵: para Young, por exemplo, ainda há crime nos casos de violação de direitos humanos fundamentais e nos casos de crime do colarinho branco (HULSMAN, 1986, p. 67). É dizer, a nova criminologia

⁶⁵ Hulsman explicitamente considera Alessandro Baratta, membro da chamada Escola de Bolonha, um exemplo de autor enraizado na tradição marxista que controverte o conceito de crime e que por isso anda afinado com seu pensamento abolicionista. Registre-se que o abolicionismo de Hulsman, ainda que crítico de alguns autores marxistas, não rejeita o materialismo histórico enquanto método: ao contrário, se vale de diversas categorias marxistas como as de ideologia (como falsa consciência), a de estrutura, alienação, divisão do trabalho, etc.

não abdica da existência de um sistema penal, mas apenas pretende substituir o sistema penal de cariz burguês por outro da classe operária.

Para Hulsman (1986), os primeiros criminólogos de viés crítico equivocam-se quando insistem em supor que:

1) faz sentido construir uma escala uniforme de gradação de dano; 2) o dano deve ser atribuído no contexto de um sistema de justiça criminal aos indivíduos; 3) a maldade é um elemento do crime; 4) a maldade pode ser determinada em um processo de justiça criminal; 5) o crime é (ou deveria ser) o topo dos 'piores males' assim como deve ser atribuído aos indivíduos⁶⁶ (HULSMAN, 1986, p. 67, tradução nossa).

A crítica da punição: ontologicamente o crime não existe, ou seja, não há uma diferença essencial entre os conflitos de natureza civil e criminal. Problemas matrimoniais, por exemplo, são por vezes mais sérios (do ponto de vista dos envolvidos) do que certos eventos considerados crimes.

Os motivos dos conflitos, a natureza das consequências e as possibilidades de lidar com eles podem variar de forma que não há uma ligação necessária entre todos eles (no sentido de que todos os conflitos são iguais entre si) e entre eles e a sua resposta (os conflitos não necessitam obrigatoriamente receber o mesmo tipo de resposta padronizada). Nas palavras de Hulsman, “se compararmos os ‘eventos criminosos’ com outros eventos, há - no nível daqueles diretamente envolvidos - nada que distinga esses eventos ‘criminosos’ intrinsecamente de outras situações difíceis ou desagradáveis. [...] Tudo isso significa que não existe ‘realidade ontológica’ do crime”⁶⁷ (HULSMAN, 1986, p. 65-66, tradução nossa).

Uma prova dessa desnecessidade do vínculo entre conflito e pena é a constatação da existência da “cifra negra” (*dark figure*). Apesar de todos os números alarmantes, a regra é que eventos conflituos sejam sub-representados nas estatísticas oficiais. A regra é a do tratamento informal, em sua maioria, das situações problemáticas.

A justiça penal, então, desconsidera todos os quadros possíveis de interpretação dos conflitos. Faz acreditar que só exista um: o quadro social orientado para a pessoa e focado na

⁶⁶ “1) it makes sense to construct a uniform scale of degree of harm; 2) harm should be attributed in the context of a criminal justice system to individuals; 3) malice is an element of crime; 4) malice can be determined in a criminal justice procedure; 5) crime is (or should be) the top of ‘evil harm’ as it is attributed to individuals”, no original.

⁶⁷ “If we compare ‘criminal events’ with other events, there is – on the level of those directly involved – nothing which distinguishes those ‘criminal’ events intrinsically from other difficult or unpleasant situations. [...] All this means that there is no ‘ontological reality’ of crime”, no original.

pena. Um único quadro cujo foco é muito estreito, localizado apenas sobre o momento do crime. Tal rigidez no universo de hipóteses de interpretação resulta na visão ficcional dos papéis da vítima e do ofensor, na medida em que torna a relação entre eles abstrata e maniqueísta. A rigidez na resposta criminal e a natureza ontológica do crime constroem, por consequência, uma realidade específica da qual se serve e sobre a qual atua a justiça criminal.

Toda a argumentação de Hulsman (1986) se desenvolve até chegar ao ponto em que conclui pela necessidade de abandonar o conceito de crime, como ferramenta conceitual. O crime, desse modo, não é um objeto de estudo, mas o produto da política criminal, do mesmo modo como os processos de criminalização são formas, dentre muitas outras, de se criar realidade social (HULSMAN, 1986, p. 71).

Para Hulsman (1986), ao se tomar o crime como um dogma, uma sequência de desdobramentos se segue, constituindo-se em uma rede de racionalizações e de instituições que lhe prestam deferência: em primeiro lugar, algumas situações são escolhidas (inventadas, ou consideradas) como indesejáveis (como crime); em segundo lugar, essas situações indesejáveis são atribuídas a um tipo de indivíduo ou de comportamento individual; em terceiro, esse comportamento particular recebe um estilo específico de controle social - a punição; em quarto, esse tipo específico de resposta se desenvolve num contexto profissionalizado; e por fim, esse contexto exige um sistema organizacional especial - a justiça criminal, com sua divisão do trabalho, ausência de controle do processo como um todo e ausência de participação das partes diretamente envolvidas na situação indesejável (HULSMAN, 1986, p. 71).

Por tais razões que, uma vez deslocada a pedra fundamental – o conceito de crime – toda a estrutura de justiça criminal cai. Pelos mesmos motivos é que Hulsman (1986) defende, antes de tudo, uma mudança na linguagem sobre os conflitos, capaz de substituir integralmente as categorias próprias de uma racionalidade punitiva por outra distinta. É nesse sentido que prefere substituir a expressão “crime” por “situações problemáticas” (*problematic situation*), por exemplo.

Segundo Hulsman, essas situações indesejáveis ou problemáticas não são eventos que sejam possíveis erradicar da vida social. Pelo contrário:

Eles são parte da vida. As pessoas precisam de situações problemáticas da mesma maneira que comida e ar. Mais importante então, para evitar situações problemáticas, é tentar influenciar as estruturas sociais de tal

maneira que as pessoas possam lidar e ocupar-se com os problemas de uma maneira que permita o crescimento e a aprendizagem, evitando a alienação⁶⁸ (HULSMAN, 1986, p. 73, tradução nossa).

Para mais além da alteração ao nível gramatical do conflito, advoga, o autor, a substituição do sistema penal (sua abolição total) por mecanismos informais de natureza civil através dos quais as partes possam interpretar e decidir sobre seus conflitos.

Isso porque a reação padronizada do sistema penal raramente corresponde àquilo que as partes envolvidas entendem da situação. Com efeito, uma situação problemática pode ser compreendida a partir de diferentes quadros interpretativos. A partir de um quadro naturalista, por exemplo, um conflito pode ser concebido como um acidente, algo que foge da normalidade. No interior de um quadro sociológico, um conflito pode ser interpretado como um ato humano (quando o quadro social é orientado para a pessoa) ou como o resultado da confluência de fatores estruturais externos (quando o quadro social é orientado para a estrutura). Dentro de um quadro social orientado para a pessoa, diversas soluções podem surgir: uma resposta penal, compensatória, terapêutica, conciliatória ou educacional, por exemplo. Fato é que, existem diversas formas de se responder a uma situação problemática, além da resposta punitiva (HULSMAN, 1986, p. 73).

Ademais, ao contrário do que ocorre com um sistema formal, que só admite um quadro de interpretação e um número limitadíssimo de respostas (dentre vários quadros interpretativos e várias respostas possíveis), em um contexto informal abre-se a possibilidade para uma gama variada de soluções e uma flexibilidade na aplicação dos quadros de interpretação.

Hulsman (1986) exemplifica que, a partir da noção de conflito como uma relação conflituosa entre pessoas reais (e não uma violação da norma ou do Estado), diversas soluções podem se apresentar para os envolvidos no problema. Logo, elas podem: ignorar-se mutuamente; evitar conviver; negociar uma solução; eleger um mediador ou um árbitro para que resolva por eles ou, finalmente, tentar decidir de maneira unilateral, agindo por meio da

⁶⁸ “*They are part of life. People need problematic situations in the same way as food and air. More important than to prevent problematic situations is to try to influence societal structures in such a way that people can cope and deal with problems in a way which permits growth and learning and avoids alienation*”, no original.

coação. A coação, como visto, é uma das diversas opções, quando se encara o crime como uma situação problemática entre pessoas reais (HULSMAN, 1986, p. 76).

Desse modo, a justiça criminal se revela alienante porque afasta as partes da situação problemática, corta o diálogo (quando deveria estimulá-lo) e contém a quantidade e regula o tipo de informações (quando poderia ampliá-lo). Apresenta-se ainda como o mais inflexível de todos os sistemas sociais e o de foco mais estreito (onde só entram argumentos jurídico-legais). (HULSMAN, 1986, p. 77).

Mecanismos de natureza civil, distintamente, são realistas, pois incorporam a informalidade da vida cotidiana comunitária.

O processo de conferir significado àquilo que acontece na vida é flexível em relações face-a-face, na medida em que os envolvidos nesse processo se sentem relativamente "livres" uns em relação aos outros como seres humanos iguais. Em outras palavras: se eles não se sentirem constrangidos pelas exigências dos papéis organizacionais ou profissionais e não estiverem presos em uma relação de poder que impeça que algumas das partes participem plenamente desse processo. Essa flexibilidade tem muitas vantagens. Aumenta as possibilidades de alcançar pela negociação um significado comum das situações problemáticas⁶⁹ (HULSMAN, 1986, p. 77, tradução nossa).

Com efeito, o abolicionismo penal possui “fundamental importância para o vigor acadêmico da justiça restaurativa” (ACHUTTI, 2016, p. 92). As similaridades entre os discursos das teorias abolicionistas (sobretudo as de Christie e Hulsman) e da Justiça Restaurativa são inúmeras. Efetivamente, a Justiça Restaurativa busca no abolicionismo sua base de argumentação – como nas críticas aos conceitos de crime e criminoso naturais – que lhe serve de pressuposto teórico.

Em especial, chama atenção a quantidade de argumentos abolicionistas que encontram exata correspondência nas obras de Justiça Restaurativa.

Em comum, abolicionismo e Justiça Restaurativa compartilham da crítica e da rejeição ao sistema de justiça penal e a sua racionalidade. Rejeitam a pena como resposta padrão para

⁶⁹ “The process of bestowing, meaning of what is going on in life is flexible in face to face relations insofar as those involved in this process feel relatively ‘free’ to each other as equal human beings. In other words: if they feel not constrained by the requirements of organizational or professional roles and they are not caught in a power relation which prevents some of the parties to take fully part in this process. This flexibility has many advantages. It increases the possibilities to reach by negotiation a common meaning of problematic situations”, no original.

o conflito. Negam a natureza do crime como violação da norma ou do Estado para advogar que o conflito, em verdade, é a violação de pessoas e de relações interpessoais.

Ambos procuram assumir uma nova linguagem, a fim de estimular uma espécie de limpeza conceitual. Pregam a participação efetiva das partes no processo e na decisão da situação problemática a que lhes pertence. Criticam a burocracia da justiça e a postura centralizadora e monopolizadora dos profissionais da área jurídica, assim como o reducionismo das sentenças, que se restringem à argumentação jurídica sem considerar o conhecimento particular e os interesses dos envolvidos.

Sustentam a necessidade de revitalização das relações comunitárias suprimidas pelas formas relacionais (superficiais) hegemônicas nas sociedades industriais modernas. Concentram os esforços para o exame das consequências do delito (e na reparação dos danos), não na avaliação da pessoa do ofensor. Põem em evidência a vítima e suas necessidades sem desconsiderar a responsabilidade do ofensor, que pelo contrário, deve se dar de maneira substancial e ativa.

Tantos pontos em comum autorizam sustentar que, de fato, a matriz criminológica da Justiça Restaurativa é o abolicionismo penal difundido em boa parte do globo a partir dos anos 60 e 70, sobretudo o de Christie e Hulsman (mas também o de Mathiesen).

Tal constatação nos leva a pensar que, para se constituir como uma estrutura lógica, conceitualmente válida, a Justiça Restaurativa não pode admitir que um elemento fundamental seu venha a compor simultaneamente outro paradigma criminológico (que não o abolicionista, ou de modo geral, o da criminologia crítica), ainda mais um oposto (como poderia ser o caso do paradigma da etiologia criminal), sob pena de haver aí uma contradição insuperável.

Em uma só palavra, a Justiça Restaurativa, enquanto estrutura conceitual de matriz abolicionista, não pode conter elementos fundamentais que também o sejam da Justiça Retributiva e dos paradigmas criminológicos que lhe servem de fundamento.

Entretanto, que fazem, por exemplo, categorias como a da “personalidade do agente” ou de “circunstâncias do crime” em dispositivos legais que se dizem inspirados pela Justiça Restaurativa (como no caso do já mencionado artigo 556 do Código de Processo Penal em proposta de alteração pelo PL 7006/2006)? Esse exemplo representa um simples equívoco do

legislador, rapidamente corrigível por uma emenda parlamentar? Ou um traço do ranço retributivista que só a ele se atribui?

Tais questionamentos, embora bastante específicos, provocam outros mais gerais:

Pode haver no paradigma restaurativo alguma abertura para a etiologia? Será que realmente a Justiça Restaurativa enquanto conhecimento teórico está imune à colonização de paradigmas criminológicos concorrentes? Teria ela se livrado totalmente dos paradigmas que a precederam e que ela pretende superar e contradizer? Há algum caminho viável (um método) por qual possamos trilhar a fim de responder a essas questões?

Ao menos para essa última pergunta, apontamos uma solução rápida: a análise de um elemento fundamental para a Justiça Restaurativa, a saber, o conceito de responsabilidade.

2.4 RESPONSABILIDADE NA PERSPECTIVA RESTAURATIVA E O RISCO ETIOLÓGICO

Depois da reparação da vítima, ou seja, da satisfação de suas necessidades reais, “o segundo maior foco de preocupação que motiva a Justiça Restaurativa é a responsabilidade do ofensor” (ZEHR, 2012, p. 26). A responsabilidade é, de fato, um dos elementos centrais da prática restaurativa e uma categoria fundamental de suas teorias.

Cláudia Cruz Santos, a propósito, afirma que a responsabilidade do ofensor é uma das duas finalidades específicas da Justiça Restaurativa, correndo em paralelo com o ressarcimento da vítima do crime (SANTOS, 2014, p. 356). Para a autora, distanciando-se do paradigma retributivo e de sua responsabilidade penal (forma de imputação de um desvalor a um agente), a responsabilidade na justiça restaurativa corresponde à “neutralização de um mal concreto que se causou a outros”, essencial tanto à “reintegração do ofensor como cidadão pleno como à satisfação das necessidades da vítima” (SANTOS, 2014, p. 489).

A responsabilidade, no contexto das teorias da Justiça Restaurativa se diferencia, sobretudo, por seu caráter ativo, inexistente na responsabilidade do contexto retributivo: a responsabilidade ali é “reconhecida”, não “comprovada” (processualmente), como é no último caso: essa diferença é “enorme e qualitativa” (SANTOS, 2014, p. 433).

Ademais, as categorias “responsabilidade” e “reparação”, como finalidades, se ligam umbilicalmente, para Hans Schneider, de acordo com Santos (2014):

Há que conceber a reparação como um processo de interação (de acção recíproca) entre o agente, a vítima e a sociedade, que cura o conflito criminal e restabelece a paz entre os indivíduos. Não se trata, precisamente, de pagar uma certa quantidade de dinheiro e de articular alguns pedidos de desculpa feitos à pressa. A reparação é um processo criativo, uma contribuição pessoal e social que requer um esforço supremo de confissão e de luto psíquico e social por parte do agente do crime, com o qual este assume perante a vítima e perante a sociedade a sua responsabilidade pelos delitos (SANTOS, 2014, p. 371).

Em verdade, a noção de responsabilidade enquanto produto de um processo criativo de reparação em favor da vítima já estava presente desde os primeiros escritos de Eglash (1977), no final da década de 70. Em “*Beyond Restitution – Creative Restitution*”, a responsabilidade é a capacidade do ofensor de atuar com livre arbítrio no presente, de maneira a remediar o dano. É também uma responsabilidade ativa, pois resulta de um esforço ativo e construtivo por parte do ofensor a fim de curar-se, de alterar padrões de comportamento e corrigir os erros, inclusive ajudando outras pessoas, mas principalmente, restituindo a vítima (EGLASH, 1977, p. 91).

Mas não só: a responsabilidade é também a capacidade do ofensor, estimulada pela abordagem restaurativa, de alterar seu comportamento para o futuro, revertendo sua conduta destrutiva para uma conduta socialmente positiva (EGLASH, 1977, p. 92). Responsabilizar-se (e não responsabilizar a outro) significa trabalhar para a construção do autorrespeito (EGLASH, 1977, p. 95), na medida em que o ofensor recebe a oportunidade de ir além da condição anterior em que se encontrava e em que se encontrava a relação com a vítima, para tornar-se e torná-la melhor (percorrer uma *second mile*). Ademais, a responsabilidade promovida pela restituição criativa ocorre livre de auto-estigmatização e de estigmatização social (EGLASH, 1977, p. 97-98).

Howard Zehr (2008), cuja obra se situa em uma fase mais avançada, de consolidação das teorias restaurativas (DALY, 2013, p. 7), ao elaborar seu conceito de responsabilidade toma como ponto de partida um pressuposto moral, de base cristã: aquele que prejudica outrem tem o dever de corrigir seu erro (ZEHR, 2008, p. 187). Para o autor, todo processo ou

prática restaurativa, para assim ser chamada, do ponto de vista do ofensor, deve atingir três resultados em três fases distintas: a confissão, a restituição e o arrependimento⁷⁰.

Em um primeiro momento o ofensor deve reconhecer e assumir que cometeu um ato injusto e responsabilizar-se por ele; em um segundo momento deve reparar o dano à vítima e por último deve demonstrar a intenção de mudar seu comportamento no futuro (ZEHR, 2008, p. 194). Isso porque, para o autor, a responsabilidade no contexto restaurativo possui três dimensões: 1) a compreensão e o reconhecimento do dano, 2) a participação na decisão sobre o que precisa ser feito para solucionar o problema, e 3) a ação para corrigi-lo (ZEHR, 2008, p. 189).

Definitivamente a punição, na ótica restaurativa de Zehr, é incapaz de produzir uma “real responsabilidade” (ZEHR, 2012, p. 27). No lado oposto da teoria de Zehr, a irresponsabilidade deduz-se como sinônimo de passividade: o sistema de Justiça Retributiva, quando impõe a punição ao ofensor por meio de uma decisão heterônoma, estimula o comportamento irresponsável quando diz ao ofensor o que fazer, poupando-lhe da preocupação de como resolver o problema. Por isso, Zehr argumenta que o ofensor só pode chegar a real responsabilidade e ao encerramento da “vivência da justiça” pela participação na solução (ZEHR, 2008, p. 192).

A justiça, nessa visão, não pode simplesmente ser imposta, não se reduz ao conceito de decisão judicial (que resolve o caso revelando ou aplicando o que é justo), mas é uma experiência criativa. A justiça, assim, deve ser experimentada, construída, vivida durante a prática restaurativa (ZEHR, 2008, p. 192). Não à toa que a possibilidade de aceitação da responsabilidade pelo ofensor seja oportunizada e ampliada com o encontro entre as partes (ZEHR, 2012, p. 38), tal como ocorre, por exemplo, em práticas específicas como nos “Círculos de apoio e responsabilização” realizados no Canadá (ZEHR, 2008, p. 65-66) e nas “Conferências comunitárias ou de responsabilização” na Nova Zelândia (ZEHR, 2008, p. 61).

Se por um lado a Justiça Retributiva entende “responsabilidade” como um requisito jurídico-formal para a inflicção de sofrimento, a Justiça Restaurativa compreende a “verdadeira responsabilidade” como uma responsabilidade substancial e dirigida para o futuro (ZEHR,

⁷⁰ Sublinhe-se que Zehr, nessa divisão em fases do processo restaurativo exposta em “Trocando as Lentes” (2008), explicitamente se vale de uma metáfora bíblica, aplicada por Claasen, em uma obra escrita em conjunto com este (*VORP Organizing*, p. 24-25) (ZEHR, 2008, p. 194). Entretanto, Zehr é enfático em “Justiça Restaurativa” (2012) ao afirmar que o perdão ou a reconciliação não são seus objetivos principais (ZEHR, 2012, p. 18), mas que juntamente com o arrependimento, são estimulados e podem ocorrer eventualmente no decorrer de uma dada prática restaurativa.

2008, p. 40). A verdadeira responsabilidade é a compreensão mais completa possível (ZEHR, 2008, p. 42) “das consequências humanas advindas de nossos atos” e a assunção do encargo de decidir o que fazer para corrigir o erro e agir nesse sentido (ZEHR, 2008, p. 41).

Nesse ponto, os conceitos de responsabilidade de Eglash (1977) e Zehr (2008; 2012) se encontram, dada a postura ativa demandada por parte do ofensor, tanto para a restituição ou reparação do dano, quanto no sentido de transformar-se para o futuro: a categoria “responsabilidade” em Zehr, assim como em Eglash (1977), é, sem dúvida, uma espécie de responsabilidade ativa.

As estruturas lógica (conceitual) e tecnológica (o conjunto de práticas) da Justiça Restaurativa servem então como fonte e lugar de apoio suficiente para que os ofensores cumpram suas obrigações e mudem seus padrões de comportamento (ZEHR, 2012, p. 16). Nesse processo, a responsabilidade substancial, estimulada pela Justiça Restaurativa, se liga à noção de transformação do sujeito, das atitudes do ofensor em vários aspectos.

Em primeiro lugar, o ofensor é encorajado a ver-se inserido em um conflito interpessoal, em cujo contexto particular as ações praticadas por ele impactam diretamente a esfera de direitos da vítima (ZEHR, 2012, p. 19). Ao ser animado a desenvolver empatia, o ofensor desfaz os estereótipos que para ela construiu (como se a vítima merecesse sofrer o dano, por exemplo), e passa a enxergá-la como a um igual, uma pessoa real com necessidades reais e semelhantes as suas (ZEHR, 2012, p. 27).

Assim, o ofensor é estimulado a assumir a responsabilidade pelo dano, compreender o impacto de suas ações (ZEHR, 2012, p. 35) e a restituir patrimonialmente ou simbolicamente a vítima e eventualmente a comunidade (ZEHR, 2012, p. 40; ZEHR, 2008, p. 190), passando a todos uma mensagem implícita do tipo: “estou assumindo a responsabilidade, você não é culpado/a pelo que eu fiz” (ZEHR, 2012, p. 26).

Em segundo lugar, embora o contexto social exerça algum papel nas escolhas do ofensor, Zehr admite que a responsabilidade deva ser pessoal (ZEHR, 2008, p. 191). Desse modo, deve o ofensor mudar seu comportamento, tornar-se um membro que contribua para a comunidade (ZEHR, 2012, p. 12). Um plano restaurativo que venha a ser posto em prática, por exemplo, deve contemplar medidas necessárias para modificar o comportamento do ofensor, embora seja dele o ônus de tratar as causas de seu comportamento, com o apoio da comunidade (ZEHR, 2012, p. 41). As práticas restaurativas, portanto, devem considerar

seriamente a “cura dos males que contribuíram para o comportamento”, as possibilidades de aprimoramento de competências pessoais do ofensor, as reais oportunidades, por exemplo, de tratamento para dependências químicas e/ou outros problemas e a construção de mecanismos de “transformação da vergonha” (da conversão da vergonha estigmatizante em reintegrativa) (ZEHR, 2012, p. 28).

A responsabilidade, então, ligada à necessidade de mudança pessoal do ofensor, se traduz, na teoria restaurativa de Zehr, como uma carência:

Os ofensores têm muitas necessidades, é claro. Precisam que se questionem seus estereótipos e racionalizações - suas falsas atribuições - sobre a vítima e o evento. Talvez precisem aprender a ser mais responsáveis. Talvez precisem adquirir habilidades laborais ou interpessoais. Em geral necessitam de apoio emocional. Muitas vezes precisam aprender a canalizar raiva e frustração de modo mais apropriado. Talvez precisem ajuda para desenvolver uma auto-imagem mais sadia e positiva e também para lidar com a culpa. Como no caso das vítimas, se essas necessidades não forem atendidas, os ofensores não conseguem fechar o ciclo (ZEHR, 2008, p. 189).

Ainda que presente nas obras de Eglash e Zehr, o conceito de responsabilidade apresenta forma e conteúdo vacilante: com Eglash, a responsabilidade é uma capacidade (*ability* ou *capacity*) de autorregeneração ou autocura. A influência do ideário médico é forte nessa concepção. Mas também se confunde com o resultado da ação de restituição. É com a restituição que o ofensor tem a possibilidade de reafirmar sua autoestima e ganhar a estima social.

Já em Zehr (2008; 2012), a responsabilidade pode ser muitas coisas ao mesmo tempo: pode ser uma espécie de redenção, atingida pela autorreflexão, pela compreensão de que os atos têm consequências sobre outras pessoas, concepções essas cuja veia religiosa é inegável. Responsabilidade é também o resultado da reparação, mas principalmente é a mudança do sujeito, a alteração de seu comportamento para o futuro (aproximando-se da ideia de Eglash), a conversão do indivíduo passivo em um sujeito consciente de suas ações e vinculado efetivamente aos valores da comunidade (um membro que contribui com a comunidade).

De toda sorte, a responsabilidade, nas obras desses dois autores ainda é apenas uma noção, uma ideia informe sem limites bem marcados.

Somente com Braithwaite (2001) é que o conceito de responsabilidade ganha contornos mais precisos no interior da teoria restaurativa. Braithwaite, na obra “*Responsibility*

and Restorative Justice” (2001) aprimora e sofisticada o conceito passando a designar a responsabilidade no contexto da Justiça Restaurativa como “responsabilidade restaurativa” (*restorative responsibility*). Desse modo, o autor australiano avança na autonomização da Justiça restaurativa enquanto teoria, ao buscar distinguir a responsabilidade no contexto restaurativo de qualquer outro conceito similar da filosofia ou das ciências (como no caso do Direito Penal ou Processual Penal). O autor cria assim um conceito autônomo, inconfundível, uma categoria específica da teoria da Justiça Restaurativa.

Para Braithwaite (2001), a responsabilidade é parte fundamental de qualquer esquema de justiça, inclusive para a Justiça Restaurativa (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 63). No caso particular deste modelo, a responsabilidade se apresenta completamente diferente do conceito tradicional de responsabilidade penal, dominante no sistema de justiça retributiva. A responsabilidade restaurativa (*restorative responsibility*) (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 63), assim por ele chamada, se trata do balanceamento desigual entre a responsabilidade ativa (*active responsibility*) – que recebe toda ênfase possível - e a responsabilidade passiva (*passive responsibility*), que atua com grau de interferência muito diminuído, com o fim de maximizar a restauração tanto das vítimas, quanto dos ofensores e das comunidades (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 79).

Braithwaite (2001) toma como referencial a distinção feita por Mark Bovens em 1998, na obra *“The quest for responsibility”*, entre a responsabilidade ativa e a responsabilidade passiva. Para este autor, a responsabilidade passiva é a prestação de contas levada a cabo pelo ofensor, a respeito de um evento pretérito, caracterizado como crime por conter em si a violação de uma norma jurídica.

A responsabilidade passiva, assim, pressupõe a questão de fundo: “Porque você fez isso?” (*Why did you do it?*) (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 64). No processo de comprovação da responsabilidade passiva, o sistema de justiça criminal busca traçar uma conexão causal entre uma conduta e um dano culpável a fim de aplicar uma pena. Por essa razão é que, para Braithwaite (2001), a responsabilidade passiva se liga umbilicalmente com o paradigma de Justiça Retributiva.

Todavia, o autor não advoga a supressão total da responsabilidade passiva. Pelo contrário, ela ainda teria, dentro da Justiça Restaurativa, uma função, ainda que limitada:

[...] uma conferência [restaurativa], pelo menos em seus estágios iniciais, envolverá muitas vezes perguntas ao ofensor sobre por que ele fez isso.

Nosso argumento não é que a justiça restaurativa abandona a responsabilidade passiva, mas que a justiça restaurativa usa a responsabilidade passiva para criar um fórum no qual a responsabilidade ativa possa ser estimulada. Assim, a Justiça Restaurativa trata de alterar o equilíbrio, da responsabilidade passiva à responsabilidade ativa.⁷¹ (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 64, tradução nossa).

A responsabilidade passiva tem, desse modo, a função de ativar a prática restaurativa. Serve apenas como referência jurídica para o início da abordagem com relação a um indivíduo específico e contra o qual pendem sérios indícios da prática de um ato ilícito. Uma vez comprovada a irritação ao ordenamento jurídico pela conduta do ofensor, dá-se início ao processo de conversão dos efeitos da responsabilidade passiva (sobretudo o da estigmatização) em vergonha reintegrativa e responsabilidade ativa.

Embora a responsabilidade, de maneira geral, seja uma “capacidade natural” das pessoas (*natural capability*) (mais ou menos como pensava Eglash) (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 76), a responsabilidade ativa, por sua vez, é fruto de uma preparação, de um estímulo externo e de um esforço interno por parte do ofensor. A responsabilidade ativa, desse modo, corresponde a uma virtude: a virtude de “assumir responsabilidade quando algo precisa ser feito para lidar com um problema ou colocar as coisas no lugar” (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 64).

A ênfase da responsabilidade ativa repousa não sobre o passado, mas sobre o presente, para ao final projetar-se no futuro (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 69). Ademais, pressupõe a pergunta: O que precisa ser feito? (*What is to be done?*).

A responsabilidade ativa implica também reparar o dano e restaurar relações. Adaptada aos princípios restaurativos, a responsabilidade ativa, para materializar-se efetivamente, exige do ofensor: 1) uma percepção adequada quanto à violação cometida; 2) a consideração das consequências de seus atos; 3) autonomia e 4) a assunção séria de obrigações (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 64-65). Todos esses elementos, inicialmente imaginados por Bovens, encontram no ambiente restaurativo, segundo Braithwaite (2001), o melhor lugar para germinar.

⁷¹ “Furthermore, a conference, at least in its early stages, will often involve asking the offender why he or she did it. Our argument is not that restorative justice abandons passive responsibility, but that restorative justice uses passive responsibility to create a forum in which active responsibility can be fostered. Restorative Justice, then, is about shifting the balance from passive responsibility toward active responsibility”, no original.

Ainda que não sejam finalidades da Justiça Restaurativa, a responsabilidade restaurativa é capaz de prevenir o crime, incapacitar e reabilitar o ofensor. Braithwaite faz questão de salientar que a prevenção, a incapacitação e reabilitação que resultam da responsabilidade restaurativa se diferenciam substancialmente dessas finalidades no contexto retributivo. O modo ativo com que se desenvolvem os fazem se distanciar da maneira passiva com que ocorrem no modelo de justiça criminal.

Segundo Braithwaite (2001), a dissuasão ativa, ou a finalidade de prevenção do crime, pode ser obtida pela via da Justiça Restaurativa, e ainda, com um potencial maior que o da Justiça Retributiva (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 65). A dissuasão passiva, ao invés, se baseia na aplicação de um sofrimento a um indivíduo e na promessa de punição dirigida à população. É dizer, a dissuasão própria da justiça criminal se funda em uma contabilidade segundo a qual quanto mais se inflige sofrimento por meio da execução penal ou se ameaça de infligir por meio da edição de normas jurídicas, menor deve ser a taxa de criminalidade (argumento utilitarista).

A dissuasão ativa, efeito da responsabilidade ativa, é obtida sem punição e sem uma ameaça direta da pena. Uma população empoderada age no sentido de assumir responsabilidade ativa diante dos problemas comuns e por fim, acaba por desencadear um processo de dissuasão mútua.

Para ilustrar o raciocínio, exemplifica Braithwaite que em uma dada escola onde haja a ocorrência de *bullying*, ao invés de se punir severamente a criança agressora (medida utilitarista) com o fim de prevenir a ocorrência dessa prática (dissuadir o ofensor e os demais alunos), a atribuição de responsabilidade aos demais colegas para que trabalhem a fim de prevenir o *bullying* tem efeitos mais satisfatórios. Os colegas responsáveis (eventuais ofensores no futuro) por observar e denunciar as ofensas passam a assumir uma responsabilidade ativa em relação ao grupo de alunos, difundindo-a e propagando-a mutuamente (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 67). Em condições ideais, seria papel da Justiça Restaurativa criar espaços democráticos cujo objetivo seria nutrir a responsabilidade ativa como virtude entre os cidadãos (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 67).

A moral da estória da responsabilidade ativa é a de que pode haver dissuasão sem punição e sem sua ameaça imediata. Em um sistema de justiça dinâmico (tal como o de *responsive regulation*) qualquer tipo de ameaça frontal, em primeiro plano, é dispensável para a abordagem restaurativa, considerando que todos os participantes da prática restaurativa têm

em mente que, caso o diálogo falhe, o processo será direcionado à via de justiça criminal (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 68).

Nos limites da Justiça Retributiva, é o Estado quem decide o que fazer para reabilitar o ofensor. Essa reabilitação, por isso é passiva: os réus são recipientes, nesse sentido, da atuação estatal, que se desenvolve de acordo com padrões rígidos, limitados pela previsão de respostas fixas. No caso da Justiça Restaurativa, através da aplicação de técnicas de empoderamento, sobretudo com o diálogo e o compartilhamento de informações sobre os fatos e sobre a história dos envolvidos no delito, tanto a vítima, quanto as famílias e a comunidade de cuidado em volta do ofensor são capazes de responder de maneira flexível e criativa a fim de encorajar a sua reabilitação.

O segredo aqui, segundo Braithwaite (2001), é o suporte social que existe na prática restaurativa e que se contrapõe à resposta estatal imparcial. O potencial reabilitativo e reintegrador das instâncias informais comunitárias que agem diretamente sobre e com o ofensor é muito maior que aquele derivado da ação institucional do Estado. Mais uma vez a responsabilidade ativa se manifestaria como uma qualidade (virtude) da comunidade existente em volta do ofensor, como também uma virtude do próprio ofensor, efeito e resultado do comprometimento com aquela.

Por fim, a incapacitação passiva, conforme a racionalidade punitivo-retributiva, se dá com a prisão do ofensor. Braithwaite (2001) afirma que essa incapacitação não surte efeitos reais, na medida em que se verifica com bastante frequência na prática, que pessoas violentas, uma vez presas, “continuam a assaltar e estuprar na prisão”, que “traficantes continuam a vender drogas nos presídios” e “motoristas embriagados, continuam a dirigir mesmo sem suas licenças” (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 70-71).

A incapacitação ativa, por sua vez, que pressupõe a assunção de responsabilidade ativa por parte da comunidade de cuidado do ofensor, funciona de modo diferente. No interior do modelo de Justiça Restaurativa, um cardápio variado e dinâmico de soluções se apresenta:

Por outro lado, a intervenção ativa de comunidades de cuidado evoca modalidades alternativas de incapacitação. Se o problema é que apenas na sexta-feira e no sábado à noite é que o ofensor vai ao centro, o tio Harry pode assumir a responsabilidade de guardar as chaves do carro nas noites de sexta e sábado e garantir que o carro fique na garagem. Alternativamente, a namorada pode se voluntariar para chamar um táxi todas as vezes. Ou os companheiros de bebida podem firmar um acordo restaurativo de designação de motorista. Ou o dono do bar ou do clube onde o infrator bebe pode

concordar em treinar seus funcionários para intervir, de modo que outra pessoa no bar conduza o infrator para casa. Vimos todas essas formas de incapacitação ativa negociadas em conferências restaurativas para motoristas embriagados. Todas elas requerem o cultivo da virtude da responsabilidade ativa. Nós nunca as vemos em processos de tribunais de trânsito, os quais duram uma média de sete minutos em Canberra, comparados aos 90 minutos para as conferências [restaurativas]⁷² (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 71, tradução nossa).

A responsabilidade ativa, além de corresponder a uma virtude, que deve ser nutrida pelo ofensor no presente (com a reparação do dano) e com vistas para o futuro (transformando seu modo de vida), de um ponto de vista macrológico, dispara uma reação em cadeia cujo resultado final é o empoderamento e o desenvolvimento da comunidade (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 72).

Interessante notar que o conceito de responsabilidade restaurativa, sobretudo enquanto espécie de responsabilidade ativa, ligado à necessidade de ação por parte do ofensor no sentido de reparar as necessidades reais da vítima e acima de tudo, ligado à necessidade de transformar positivamente o ofensor para o futuro, alcança, em maio de 2016, o nível de norma jurídica no Brasil.

Desde aí, prevê a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça, em seu artigo 1º, inciso III a responsabilidade ativa como foco da prática restaurativa. Sem preocupar-se em definir o conceito, mas nitidamente influenciado pelas teorias aqui expostas, o texto toca as questões do empoderamento da comunidade, da necessidade de reparação do dano e das implicações do conflito para o futuro:

Artigo 1º: [...] III – as práticas restaurativas terão como foco a satisfação das necessidades de todos os envolvidos, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o empoderamento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano e da recomposição do tecido social rompido pelo conflito e as suas implicações para o futuro.

⁷² “By contrast, the active intervention of communities of care evokes alternative modalities of incapacitation. If the problem is that it is only on Friday and Saturday nights that the offender gets out on the town, Uncle Harry can take responsibility for holding the keys to the car on Friday and Saturday nights and ensuring that the car stays in the garage. Alternatively, the girlfriend can volunteer to call a taxi every time. Or the drinking mates can sign a designated driver agreement at the conference. Or the owner of the pub or club where the offender drinks can agree to train the staff to intervene so that someone else in the bar drives the offender home. We have seen all these forms of active incapacitation negotiated at restorative drunk driving conferences. All of them require cultivation of the virtue of active responsibility. We never see them in drunk driving court cases, which last an average of seven minutes in Canberra, compared with 90 minutes for conferences”, no original.

Com efeito, é indiscutível a relevância da categoria “responsabilidade” para a conformação das teorias restaurativas, sendo a sua análise um método bastante adequado para investigar a própria essência da Justiça Restaurativa.

Depois de examinarmos o significado desse conceito e a sua localização dentro dessa estrutura lógica, chegamos a um ponto de nossa investigação em que já nos é permitido indagar sobre a matriz criminológica restaurativa, tal como nos propusemos no final da seção anterior. Assim é que nos questionamos, a partir do referencial particular da responsabilidade, se a Justiça Restaurativa, ao buscar responsabilizar o ofensor e procurar estimular ou direcionar a sua transformação para o futuro, ainda mantém suas raízes fincadas sob o solo do abolicionismo penal.

Em outras palavras, todo o destaque da responsabilização do ofensor poderia ser uma evidência de que a Justiça Restaurativa, na verdade, bebe de outra fonte criminológica, mais voltada para as causas do crime? Ou ainda: dedica-se a Justiça Restaurativa, assim como as teorias do paradigma etiológico, a encontrar no criminoso essas causas, e por tal razão é que deseja convertê-lo?

O professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Alvino Augusto de Sá, ao escrever sobre a forma e os impactos da aplicação da Justiça Restaurativa no Sistema Prisional do Estado de São Paulo, levanta a seguinte hipótese sobre o problema:

[...] aprofundando-me um pouco nas propostas da JR [Justiça Restaurativa], verifico que, se de um lado, o movimento restaurativo avança no sentido de buscar um novo paradigma de justiça, que se afasta da justiça meramente punitiva, por outro lado, sua base conceitual do que seja crime e do que seja a tal “recuperação” do homem condenado não me parece afastar-se do paradigma etiológico, ou melhor, não me parece aproximar-se do paradigma crítico, quando este escapa a uma mera relação de culpa e responsabilidade, circunscrita a uma dupla agressor-vítima (SÁ, 2007, p. 28).

O professor Alvino de Sá atuou como psicólogo por 33 anos no Sistema Penitenciário paulista. Trabalhando com indivíduos condenados em fase de cumprimento de pena privativa de liberdade, iniciou sua carreira adotando o viés etiológico positivista, buscando tratar seus pacientes através da identificação das causas da conduta criminosa, supostamente presentes e refletidas em suas mentes e corpos ou nos fatores que desencadeavam tal comportamento (como em suas histórias individuais, nos contextos familiares, econômicos e sociais) (SÁ, 2007, p. 30).

Mais tarde, influenciado pelo pensamento de Zaffaroni e pela criminologia crítica de Alessandro Baratta, Alvino passa a considerar como objeto de estudo e investigação adequados não mais a conduta do ofensor, mas os padrões de relações que a sociedade mantinha com ele (SÁ, 2007, p. 31). Elaborando uma distinção entre crimes como conflitos intra-individuais e inter-individuais, Alvino sustenta que estes últimos são a maioria, e como tal, expressam relações de antagonismo, oposição e exclusão, não entre ofensor e vítima, mas entre ofensor e sociedade. O crime, para o autor, é expressão de um processo histórico de desigualdade e exclusão:

[...] eu diria que a conduta socialmente desviada, selecionada e tipificada pelo Direito Penal como crime, é a concretização, a atualização de uma rivalidade histórica na vida do indivíduo entre ele e a sociedade, uma sociedade que o rejeitou e a quem ele também consequentemente rejeitou, perante cujos critérios de valor, de ética e de dignidade ele foi desvalorizado e se desvalorizou a si mesmo. (SÁ, 2007, p. 32).

Ao se debruçar sobre o tema da aplicação prática da Justiça Restaurativa na fase de execução penal, suas formas de implementação e seus impactos sobre os presos e sobre a cultura institucional, Alvino de Sá deparou-se com o modelo de Tim Newel (*“Restorative practice in prisons”*, 2002), de Justiça Restaurativa adaptada aos presídios.

A partir desse modelo e de sua experiência empírica, Sá deduziu que a estrutura conceitual da Justiça Restaurativa implicava frequentemente na responsabilização pessoal do agressor por sua vítima (movida pelo dever de reparação) e ao mesmo tempo, na necessidade de aprimoramento ético de sua conduta (SÁ, 2007, p. 33-34). Sá nota, então, uma afinidade bastante estreita entre esses dois efeitos práticos da Justiça Restaurativa e suas experiências iniciais como psicólogo, quando assumia uma postura clínico-etiológica em suas abordagens.

De acordo com o paradigma etiológico de criminologia, o problema da criminalidade se situa na pessoa do condenado. A partir de um ângulo positivista e causalista, o olhar etiológico vê o crime como um desvio moral, a manifestação de uma debilidade inerente ao criminoso. Com o fim de expurgá-la, espera, a abordagem etiológica, que a resposta penal sobre o delinquente altere os padrões éticos e morais de sua conduta. Pressupõe sempre que algo nele deve ser alterado, seja em termos de personalidade ou de comportamento social. Nesses termos, a mudança se comprova com a assunção da responsabilidade pela ofensa e com a alteração dos sentimentos e da postura do condenado em relação a sua vítima (SÁ, 2007, p. 31).

A readequação da conduta, ou seja, o reajuste ético do ofensor deve ser o resultado da intervenção penal, alcançado por meio de um “processo de conscientização de sua responsabilidade (unicamente dele), inclusive moral” (SÁ, 2007, p. 31). Por tal razão é que, de acordo com a visão etiológica-positivista, o criminoso deve ser tratado, ressocializado, reeducado, transformado para o futuro.

A Justiça Restaurativa, argumenta o professor Sá, posta frente a frente com as ideias da criminologia crítica de Baratta, não seria, assim, capaz de ultrapassar os limites do conflito pontual entre o agressor e sua vítima como também não seria apta a alcançar as dimensões históricas do conflito instalado na vida do agressor, nos termos das relações de antagonismo e rivalidade entre a sociedade e ele (SÁ, 2007, p. 34).

Eis aí o problema central dessa dissertação. A Justiça Restaurativa, enquanto teoria apresenta fissuras por onde pode entrar a etiologia? Essa abertura seria justamente encontrada no interior do conceito de responsabilidade restaurativa?

Para responder a essa pergunta não poderíamos nos valer, infelizmente, do mesmo método que o professor Alvino Sá. Além da revisão bibliográfica, o autor apoiou-se em sua experiência prática de mais de três décadas. Dado o reduzido tempo que temos à disposição, nos resta aproveitar ao máximo o método da pesquisa teórica. Contudo, como poderíamos verificar a hipótese levantada por Sá, considerando que a Justiça Restaurativa, em tese, pode aplicar-se a qualquer tipo de delito? Enxergaríamos todos os tipos penais como se fossem de um mesmo tipo? Logicamente que uma decisão como essa não consideraria os próprios pressupostos restaurativos e principalmente os de sua matriz abolicionista, no sentido de que as situações problemas são diferentes umas em relação às outras, assim como devem ser distintas as suas soluções.

Nesse sentido, procuramos compreender de que forma a responsabilidade restaurativa se daria, em tese, ao aplicar-se sobre condutas definidas como crime, mas que em torno delas orbitam questões sociais amplas. A Justiça Restaurativa seria capaz de considerar essas questões? Ou se restringiria, como sustenta Sá (2007), ao conflito meramente interpessoal entre ofensor e vítima?

Mesmo aplicada a casos cujo contexto social tem um peso significativo nas escolhas dos envolvidos, a responsabilidade restaurativa recairia exclusivamente sobre os ombros do ofensor, como se ele fosse a causa do crime? Atribuir o dever de reparar o dano ao ofensor

não seria manter incólume o problema social latente? São essas questões que nos guiam em direção à conclusão de que um recorte teórico é necessário, para não incorrer nos erros da generalização e da superficialidade.

Senso assim, elegemos os crimes patrimoniais como fio condutor dessa investigação. Outros delitos poderiam figurar em seu lugar. Reconhecemos que delitos como os relacionados às drogas, ao racismo e ao sexismo compreendem uma forte carga histórico-sociológica que extravasa a órbita da relação privada entre vítima e ofensor. Contudo, por diversas razões o exame da responsabilidade restaurativa no caso dos crimes patrimoniais nos parece ser a escolha mais adequada:

Primeiro, porque os crimes contra o patrimônio estão tanto na origem da Justiça Restaurativa quanto, como veremos, na origem do paradigma de Justiça Penal Retributiva. A propósito, escreve Howard Zehr: “a Justiça Restaurativa começou como um esforço para lidar com assaltos e outros crimes patrimoniais (ZEHR, 2012, p. 14)”.

Segundo, porque o método de abordagem que adotamos nos direciona para o exame desse tipo de crime. A criminologia crítica própria da Escola de Bolonha (SHECAIRA, 2018, p. 286), cujas obras mais representativas tomamos por referência (as de Alessandro Baratta, Massimo Pavarini, Dario Melossi e Alessandro De Giorgi), considera a relação entre o sistema penal, o modo de produção capitalista e as estruturas de poder como elementos cruciais na definição legal do crime e para a criação de processos de criminalização. Tal ampliação no horizonte epistemológico nos obriga a voltarmos nossa atenção à condição atual do Brasil no cenário do neoliberalismo.

Nesse cenário nos damos conta da forte contradição existente entre a relevância jurídica da propriedade privada no Brasil e sua escassez no mundo real, o mundo das relações produtivas. Nos interstícios da conversão da propriedade privada em efetivo exercício de direitos, nos deparamos com o déficit de legitimidade das normas jurídicas e de sua aplicação dogmática como fatores ideológicos que atuam no sentido de legitimar esse *status*.

Em outras palavras, o Brasil desponta no século XXI como um dos países mais desiguais do ponto de vista econômico do mundo. Nesse contexto, as estatísticas oficiais apontam para o fato de que a principal causa das prisões no país está relacionada, há muitos anos, ao cometimento de crimes patrimoniais por integrantes das parcelas mais vulneráveis da sociedade (negros, pobres e analfabetos). No último estudo realizado e publicado pelo

Conselho Nacional de Justiça no mês de agosto de 2018, um percentual de 40,78% dos tipos penais mais recorrentes, imputados às pessoas privadas de liberdade, se refere aos crimes patrimoniais, sendo a maioria esmagadora das causas de prisão no Brasil.

Tabela 11. Tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade

Tipificação Penal*	Percentual
Roubo	27,58
Tráfico de drogas	24,74
Homicídio	11,27
Furto	8,63
Posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal	4,88
Estupro	3,34
Receptação	2,31
Estatuto da Criança e do Adolescente	2,11
Crimes contra a fé pública	1,46
Crimes contra adm. pública	1,46
Associação criminosa	1,38
Lei Maria da Penha	0,96
Ameaça	0,95
Lesão corporal	0,87
Organização Criminosa	0,79
Latrocínio	0,78
Código Nacional de Trânsito	0,75
Extorsão	0,56
Estelionato	0,56
Dano	0,29
Ocultação de cadáver	0,26
Sequestro/cárcere privado	0,16
Feminicídio	0,15
Contravenções Penais	0,15
Incêndio	0,12
Tortura	0,10
Ultraje público ao pudor	0,10
Violação de domicílio	0,09
Crimes contra a honra	0,08
Apropriação indébita	0,07
Constrangimento ilegal	0,06
Coação no curso do processo	0,06
Corrupção de menores	0,06
Homicídio culposo	0,05
Motim de presos	0,04
Total**	97,21%

Fonte: BNMP 2.0/CNJ – 6 de agosto de 2018

* A tipificação refere-se a todos os documentos registrados em relação a todas as pessoas privadas de liberdade.

** 2,79% das tipificações penais referem-se a outros crimes não listados na tabela.

Tabela 1. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Monitoramento de Prisões⁷³

Por essas razões é que reputamos ser um caminho válido a investigação da responsabilidade restaurativa nos casos de crimes patrimoniais, para verificar a hipótese da abertura etiológica da teoria da Justiça Restaurativa.

Lamentavelmente, a presente pesquisa não tem como fugir do risco de se basear em uma presunção central: o cabimento da Justiça Restaurativa para todos os casos de crimes patrimoniais.

Atualmente no Brasil, somente os crimes patrimoniais considerados de menor potencial ofensivo são objeto do tratamento restaurativo, embora em tese, caibam práticas restaurativas no contexto da execução penal (como condições para o livramento condicional, por exemplo) para crimes patrimoniais mais graves, assim considerados pela legislação.

Em verdade, a tendência atual é a de que as abordagens restaurativas passem ao lado dos crimes violentos, no Brasil. Nesse sentido é que caminha a proposta de lei veiculada pelo projeto 7006/2006, como já tivemos a oportunidade de observar.

Mas temos que registrar que em diversas partes do globo práticas restaurativas são aplicadas tanto em casos de crimes patrimoniais sem violência quanto com violência. Como foi exposto alhures, a Justiça Restaurativa não foi criada para se destinar apenas aos crimes de menor monta. Zehr escreve que “cada vez mais programas restaurativos, como as conferências, estão sendo desenvolvidos para os casos de crimes mais graves como assalto a mão armada” (ZEHR, 2012, p. 64).

Na Austrália, o relatório de Jacqueline Joudo Larsen, publicado pelo *Australian Institute of Criminology* no ano de 2014, dá conta de que casos de crimes contra o patrimônio, mesmo os mais sérios, são objeto de conferências restaurativas (LARSEN, 2014, p. 9). No Canadá, crimes graves, envolvendo violência, como o roubo, são tratados por práticas restaurativas (RUGGE, BONTA e WALLACE-CAPRETTA, 2005, p. 15). Na Inglaterra, igualmente, práticas restaurativas são aplicadas no caso de crimes patrimoniais como furto e roubo (SHAPLAND, 2006, p. 91).

Sabemos que a vontade política no Brasil pode muito bem dispensar qualquer reflexão sobre o cabimento da Justiça Restaurativa em todos os casos de crimes patrimoniais, e simplesmente editar uma lei nesse sentido. A coerência e a sistematicidade não são características marcantes da história do processo legislativo brasileiro. De qualquer sorte, entendemos que muito provavelmente esse tema deve ser objeto de estudo monográfico no futuro, e que independente do que pretenda o legislador para os próximos anos, esse estudo em nada seria irrelevante.

Estabelecidas essas bases metodológicas, nos resta agora prosseguir e investigar o inverso da Justiça Restaurativa. É nesse ponto em que examinamos a origem da Justiça Retributiva, a sua racionalidade e seus elementos fundamentais, para ao fim concentrarmos no conceito de responsabilidade penal, e a partir dele descobrir se a responsabilidade restaurativa divide com este conceito algum traço hereditário em termos criminológicos.

3 JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA: RESPONSABILIDADE PENAL E ETIOLOGIA

“A justiça é retratada como uma deusa vendada que segura uma balança. Portanto, seu foco está na isonomia do processo, não nas circunstâncias de fato. O processo penal visa ignorar diferenças sociais, econômicas e políticas, procurando tratar todos os ofensores como se fossem iguais perante a lei. Como o processo busca tratar os desiguais igualmente, as desigualdades sociais e políticas existentes são ignoradas e mantidas. De forma paradoxal, a justiça acaba mantendo desigualdades em nome da igualdade”

(Howard Zehr, Trocando as lentes)

Neste capítulo nos propomos a definir o que seja a Justiça Penal Retributiva. Investigamos sua origem histórica e as características fundamentais que a distinguem de outros modelos de justiça penal. Nesse percurso, problematizamos um lugar comum na literatura penal brasileira - o caráter evolutivo da história dos sistemas penais - demonstrando como os mecanismos de punição vigentes no mundo ocidental não consistem, necessariamente, no produto aprimorado do avanço civilizatório, mas no resultado de uma escolha política dentre outras possíveis.

A partir da obra “Trocando as lentes”, de Howard Zehr (2008), deduzimos os cinco atributos que reputamos essenciais ao sistema retributivo, para, em seguida, afirmarmos que o sistema penal brasileiro contemporâneo é um sistema de justiça retributiva. Nessa tarefa, nos apoiamos também na obra de Álvaro Pires (2004), enxertando a ideia forte de “racionalidade penal moderna” na construção do paradigma retributivo.

Outro lugar comum que controvertemos neste capítulo é o da responsabilidade penal, categoria importante neste trabalho. Aqui buscamos defini-la e demonstrar de que maneira o conceito não se confunde, ou não se resume, à culpabilidade. Pelo contrário, procuramos provar a existência de um projeto amplo de sociedade, posto em prática no século XIX, com o fim de transformar o indivíduo preso em um sujeito responsável, vinculado aos valores, normas e relações sociais dominantes.

3.1 FUNDAMENTOS DO PARADIGMA DE JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA: EVOLUÇÃO X RUPTURA

Dado o caráter instrumental da relação entre direito e justiça e considerando a utilidade prática que desta relação decorre (a conversibilidade da justiça em norma jurídica), pode-se afirmar que a justiça não se limita a uma ideia. Longe de se expressar apenas por meio de uma entidade abstrata, a justiça, de um ponto de vista material, é também parte de uma superestrutura⁷⁴, constituindo-se de um sistema real⁷⁵ - lógico e tecnológico.

É dizer, a justiça, a partir dessa perspectiva, corresponde ao aparato minimamente articulado, constituído por um conjunto de instituições, normas, teorias e ideologias – jurídicas ou não - que constituem sua parte lógica -, como também de equipamentos, órgãos oficiais e técnicas de interpretação e decisão – sua parte tecnológica⁷⁶ - que viabilizam a ideia de justiça através da atividade de dissolução dos conflitos sociais situados para além da esfera moral.

A justiça, enquanto sistema, diz respeito a um modo de proceder, um modelo, um arquétipo – ou mesmo um paradigma – de acordo com o qual os grupos sociais agem efetivamente no sentido de resolver seus conflitos ou emprestar segurança a determinadas posições sociais. Nesse sentido, tanto se pode falar de um sistema de justiça brasileiro ou argentino quanto de um sistema de justiça pré-moderno ou moderno, tomando como critérios distintivos ora o ordenamento nacional ora o momento da história em que vige ou a racionalidade que o move. Também se pode falar em um sistema de justiça cível ou de um

⁷⁴ Designa-se superestrutura as instituições jurídico-políticas, como por exemplo, o Estado e o Direito, e a ideologia (HARNECKER, 1983, p. 93).

⁷⁵ Utiliza-se aqui o conceito de sistema no sentido marxista, ou seja, a estrutura, a totalidade articulada e ordenada internamente, composta por um conjunto de elementos visíveis e por relações internas e estáveis que determinam a função que desempenham (HARNECKER, 1983, p. 89). Embora seja adotado o termo “sistema” ao invés de “organização” – estrutura que funciona independente de uma ordem interna - não olvidamos os motivos que fundamentam a crítica de Celis e Hulsman (1993, p. 59), a qual é considerada mais a frente. Da mesma tradição marxista extraímos a noção de superestrutura para designar a justiça penal retributiva como um de seus elementos, já que aquela seria composta pelas instituições político-jurídicas, como o Direito, além da ideologia.

⁷⁶ Utiliza-se o termo tecnologia também para designar elementos abstratos que se empregam para alcançar fins concretos, no mesmo sentido de Ferraz Junior (2015). Para o autor, tecnologia é o conjunto de técnicas de intervenção na realidade que objetivam a resolução de problemas práticos. Um elemento lógico, como a dogmática, é também uma tecnologia, a partir do momento que a resolução de problemas de decisão, nela se apoia.

sistema de justiça penal, partindo-se do pressuposto de que alguns conflitos demandam, ou não, uma resposta coercitiva mais contundente em face da violação de bens jurídicos essenciais, cujo grau de imprescindibilidade ponha em risco a própria existência da sociedade.

A tarefa de definir a justiça retributiva enquanto sistema, portanto, pressupõe a compreensão de seus elementos constitutivos. Pressupõe também demonstrar em que porção da linha da história humana esses elementos se reúnem e se combinam, constituindo não só um sistema de justiça, mas também um paradigma, um modelo hegemônico.

A despeito de não haver na literatura penal brasileira uma teoria específica sobre o tema⁷⁷, é possível afirmar que nos países ocidentais, mormente naqueles de tradição romano-germânica⁷⁸, como é o caso do Brasil, vige atualmente o paradigma da justiça penal retributiva. Nem sempre as sociedades consideraram da mesma forma fatos jurídicos criminosos, tampouco reagiram a eles do mesmo modo. Sequer tem-se comprovação científica de que um mesmo tipo de tratamento tenha sido dado num mesmo período histórico, à conduta desviante (ZEHR, 2008). Fato é que, a sanção penal, tal como é hoje concebida, nem sempre existiu: é um produto histórico, uma invenção, relativamente recente, diga-se de passagem.

O tema da história do direito penal é um tema comum na literatura brasileira. Desde escritores tradicionais, como Aníbal Bruno, a autores mais contemporâneos como Antonio Carlos Wolkmer, passando pela atual linha de produção em massa de manuais de Direito Penal, com maior ou menor profundidade, escrevem sobre o tema da história da pena, do Direito Penal ou dos sistemas penais. Em comum entre as obras, exsurge a noção de que a história da pena é a história do avanço civilizatório da humanidade: uma sucessão de eventos encadeados, como um processo de desenvolvimento natural, espontâneo, que acompanha o próprio desenvolvimento e progresso da humanidade.

⁷⁷ É muito comum nas obras sobre Justiça Restaurativa a presença de quadros de diferenciação entre o paradigma retributivo e o restaurativo, dando uma ideia, com bastante apelo didático, dos elementos integrantes de um e de outro. Optamos por não utilizar esse recurso, que embora tenha suas vantagens, se restringe à exposição de frases curtas, que inevitavelmente demandariam o desenvolvimento de raciocínios mais completos para explicá-las. Para um exemplo desses quadros, vide a obra “Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia” (BERISTAIN, 2000, p. 174-175) ou “Trocando as Lentes” (ZEHR, 2008, p. 174-175). Sendo assim, procuramos desenvolver os raciocínios sem valeremo-nos dessas tabelas.

⁷⁸ Embora também se possa afirmar que na maioria esmagadora dos países da *common law* também vige contemporaneamente o mesmo paradigma retributivo (PIRES, 2004, p. 39 e 59). Aliás, Zehr (2008, p. 116), ao referir-se sobre o processo de monopolização da justiça na modernidade, claramente se refere à teoria da “denúnciação”, própria da tradição da *common law*. Contudo, o estudo aprofundado sobre as características fundamentais desses ordenamentos vão muito além do alcance desta pesquisa.

É justamente essa linearidade evolutiva que será objeto desse subcapítulo, com vistas a permitir uma reflexão crítica.

Costuma-se narrar a história do Direito Penal atrelada à história da pena, traçando-se uma linha temporal evolutiva, dividida em fases que se sucedem de acordo com a lógica de desenvolvimento moral do homem e das sociedades. Escreve Aníbal Bruno:

O Direito Penal, como hoje nos aparece, está preso por uma linha de evolução a fases que se sucederam continuando-se desde as origens. Nas práticas modernas, nos sentimentos com que consideramos o crime e a pena a que influem sobre a maneira de entendê-los, ainda há evidentes resíduos desses períodos anteriores que o Direito Penal viveu, resíduos que um olhar, embora rápido, sobre essa evolução, contribui para esclarecer (BRUNO, 1967, p. 67).

Identificamos, com base em diversos autores nacionais distintos, ao menos seis fases que cuidam de descrever, por meio de uma visão panorâmica, o modo geral como as sociedades reagiram ao crime, e, conseqüentemente, de que maneira a pena foi aplicada, quando o foi, ao longo dos séculos, a partir de uma perspectiva de avanço civilizatório: da fase das vinganças (das vinganças divina, privada e pública), às fases do Direito Penal Romano, do Direito Penal Germânico, do Direito Penal Canônico, do Direito Penal Comum ao Período Humanista⁷⁹.

No período das vinganças destaca-se a passagem da vingança divina à vingança pública, ou seja, a passagem da fase primitiva da justiça penal, ao seu estágio mais avançado. Da época em que o homem ainda vivia em tribos, as regras jurídicas eram desconexas, fundidas à moral e às crenças mitológicas, o delito era a violação da vontade dos deuses e o exame da culpa do ofensor pouco ou nada importava para a aplicação da sanção (WOLKMER, 2006, p. 3; BRUNO, 1967, p. 69); atravessando a fase em que a vingança privada, exercida por meio da “vingança de sangue”, espécie de guerra grupal (BITENCOURT, 2016, p. 73), ou no dizer de Nucci (2014a p. 44), de “justiça pelas próprias mãos”, consistiu em um ciclo interminável de retaliações entre indivíduos de um mesmo grupo ou entre grupos distintos, uns contra os outros, que frequentemente ultrapassavam a

⁷⁹ Salientamos que por questões didáticas e epistemológicas, mas principalmente pela conveniência do argumento de autoridade, ocupamos o lugar comum já encampado pela comunidade jurídico-científica nacional no que se refere ao esboço histórico dos modelos penais hegemônicos no mundo ocidental. Contudo, destacamos que autores estrangeiros, a exemplo de Zehr (2008, p. 94-100), apresentam este mesmo quadro com outro colorido, mais complexo e imbricado que o habitualmente visto na literatura penal brasileira, sobretudo no que diz respeito à fase pré-moderna da justiça penal.

pessoa do delinquente (CALDEIRA, 2009, p. 261; BRUNO, 1967, p. 71) e que somente pôde ser freado pela proporcionalidade – no contexto da política criminal da época - do “Talião” – (BITENCOURT, 2016, p. 73); até desembocar na fase da vingança pública, quando a pena perdeu o caráter privado e o delito foi considerado ofensa à ordem pública (BITENCOURT, 2016, p. 74), e, portanto, ministrada com crueldade e severidade ímpar⁸⁰, compatíveis com o valor do bem simbólico violado.

A narrativa manualista continua com o Direito Penal Romano, fase em que a pena, era essencialmente retributiva, em face da ofensa à figura do monarca. Em que pese, neste período, os estudos sobre dolo e culpa, agravantes e atenuantes, concurso de pessoas, culpabilidade e suas excludentes, tenham avançado, a pena de morte, por outro lado, foi amplamente infligida. A pena de prisão, por sua vez, foi aplicada apenas como medida cautelar, preparatória para uma sanção mais grave.

No período do Direito Penal Germânico imperou a responsabilidade objetiva (BRUNO, 1967, p. 84). A vingança de sangue, com o fortalecimento do poder estatal, foi paulatinamente substituída pela *compositio*, instituto jurídico segundo o qual ao ofensor cabia o dever de indenizar à vítima pelo prejuízo sofrido, em pecúnia⁸¹. Em último caso o ofensor que não solvia o débito, ou não tinha bens para compensar a vítima, era punido com penas corporais. Mesmo a *compositio*, segundo Bitencourt (2016, p. 78), tinha natureza penal uma vez que parte da indenização era dirigida ao tribunal ou ao rei, além da que era destinada à vítima⁸².

A base do Direito Canônico foi o conceito de livre-arbítrio. A partir de sua dedução, o crime só poderia ser visto como fruto da vontade livre do homem. A ofensa às leis humanas também tocava as leis divinas e, portanto, consistia em pecado (BATISTA, 2002, p. 164).

⁸⁰ Nota-se na doutrina uma divergência entre os autores quanto à consagração do princípio da responsabilidade individual do criminoso neste período. À guisa de exemplo, alguns autores sustentam que no período da vingança pública a responsabilidade penal individual firmou-se como princípio, veiculada pela Lei das XII tábuas e fruto de grande desenvolvimento da teoria da culpabilidade. Já outros, como Bitencourt (2016, p. 74), são categóricos ao afirmar que “em nenhuma dessas fases de vingança [...] se conheceu a responsabilidade penal individual”.

⁸¹ Nesse mesmo sentido, Foucault (2002, p. 57).

⁸² Sobre o tema, Aníbal Bruno (1967, p. 85) observa que a *compositio* do Direito Germânico, espécie de fusão entre o direito penal e o direito privado, era contemporânea das penas corporais, a exemplo das mutilações. Enquanto este último tipo de pena constituía o que chamou de Direito Penal “dos servos”, a *compositio* era o Direito Penal dos senhores, dos homens livres. Destaca aquele autor que gradativamente, à medida que a classe servil foi se fortalecendo, “penetrando no jogo das forças econômicas e finalmente nas classes dirigentes”, a *compositio* também a ela foi sendo imposta.

Decorria desta mesma noção a responsabilidade subjetiva do réu⁸³. Os princípios cristãos da caridade e da redenção foram inseridos na axiologia penal, dando origem, segundo Bitencourt (2016, p. 79), às primeiras experiências de instituições carcerárias - as penitenciárias (de penitência, expiação dos pecados). De acordo com o mesmo autor, o cárcere, enquanto instituição e *locus* da pena principal, diferente da antiga função cautelar com que se apresentava, surge a partir do ideário cristão da busca pela correção e reabilitação do delinquente. Na fase do Direito Penal Canônico, correspondente à Idade Média na História Geral, também se verificaram a severidade das penas e o excesso na sua aplicação. Os processos, por exemplo, eram secretos (FADEL, 2012, p. 63) e a tortura – aplicada largamente pela Santa Inquisição - era meio legal de obtenção de prova (NUCCI, 2014a, p. 45).

Direito Penal Comum foi a fase em que, na Europa, a partir do século XII, surgiram os chamados “Direitos Nacionais”. É nesse período em que, sob a influência, sobretudo dos glosadores – comentaristas do Direito Romano – se observou um movimento de unificação das normas jurídicas (BITENCOURT, 2016, p. 80) nos limites de cada território nacional. Antes desse período, normas do Direito Penal Romano, de Direito Canônico, de Direito Germânico, além das que se originavam do costume e da prática judiciária, conviviam e se entrecruzavam, incidindo nas relações jurídicas a par de qualquer estrutura organizada (BRUNO, 1967, p. 87). Tal fenômeno jurídico acompanhou o movimento de fortalecimento e de centralização do poder político na forma de Estados Nacionais ou de monarquias absolutistas (século XVI). A *Constitutio Criminalis Carolina*, diploma legal alemão de 1532, mereceu destaque nesta fase, uma vez que atribuiu definitivamente o poder punitivo ao Estado (BITENCOURT, 2016, p.80). Importante e elucidativa é a descrição de Bruno (1967, p. 88-90) sobre o período:

Sob o regime desse Direito, nos vários países, nesse longo e sombrio período da história penal, o absolutismo do poder público, com a preocupação da defesa do príncipe e da religião, cujos interesses se confundiam, e que introduziu o critério da razão de Estado no Direito Penal, o arbítrio judiciário, praticamente sem limites, não só na determinação da pena, como ainda, muitas vezes, na definição dos crimes, criavam em volta da justiça punitiva uma atmosfera de incerteza, insegurança e justificado terror. Justificado por esse regime injusto e cruel, assente sobre a iníqua

⁸³ Sobre o tema, escreve Nilo Batista: “se tivéssemos que registrar as mais remarcáveis características desse direito penal canônico [...] concederíamos primazia ao subjetivismo. Ao contrário do direito germânico, que procura no fato criminal objetivo um sentido de oposição à paz comunal ou política, pouco importando as condições pessoais do autor daquele fato [...], para o direito canônico a ênfase recai na subjetividade” (BATISTA, 2002, p. 205-206).

desigualdade de punição para nobres e plebeus, e o seu sistema repressivo, com a pena capital aplicada com monstruosa frequência e executada por meios brutais e atrozes. [...] A situação agravava-se pelas condições do processo, com a falta de publicidade, ausência de defesa e os meios inquisitoriais com que se procurava estabelecer a culpabilidade. Praticamente, o acusado caminhava sempre para a condenação: arrancava-se dele, por meio da tortura, a confissão, mesmo de fatos que não cometera, ou se confirmava a sua culpabilidade pelo processo absurdo das ordálias.

Todos os estágios anteriores prepararam o terreno jurídico para o que viria a ser o “Período Humanista do Direito Penal” (DE PAULO, 2009, p. 163), resultado de todas as transformações ocorridas entre os séculos XVII e XVIII.

O século XVII foi o século da consolidação do movimento Renascentista na Europa Ocidental (WOLKMER, 2005a, p. 11). Desde o fim da Baixa Idade Média (século XIII), um processo de secularização da cultura irrompeu pelos vários setores da sociedade, modificando sua direção e sentido. O modo de produção feudal, baseado na servidão e na agricultura, foi aos poucos perdendo força, sendo substituído gradativamente pelo Mercantilismo, com sua dinâmica de trocas, comércio exterior, colonização e acúmulo de metais. O poder dos senhores feudais foi sendo neutralizado pela influência da classe burguesa emergente, que lograva converter a riqueza oriunda das novas relações econômicas, em poder político. O pensamento hegemônico deslocou-se da teologia e da filosofia escolástica para o racionalismo e para a filosofia liberal-individualista. Como consequência, a Igreja cedeu seu espaço de guia e fiador das relações sociais à realeza secularizada. Nasceram os Estados Nacionais, assim como o Direito Natural antropocêntrico.

O humanismo⁸⁴, fio condutor de todas essas transformações, expressou-se no resgate da tradição greco-romana de valorização do homem, da razão e da liberdade, em face da fixidez e transcendentalismo predominantes na Idade Média: surgiu como forte reação à autoridade eclesiástica, ao impor como critério de validade do poder o exame racional de seus pressupostos, e nessa perspectiva, atuou conforme um ideário emancipatório contra as relações de poder. Em outro sentido, surgiu como movimento de revisão crítica de todo o

⁸⁴ Segundo Wolkmer (2005b), o humanismo é um conceito de difícil precisão: não há “um único humanismo”, segundo ele. Contudo, o que se pode deduzir de comum entre as várias noções existentes é que o humanismo corresponde a uma “visão de mundo que, inspirando-se no próprio valor da natureza humana, é capaz de motivar formas de organização social pautadas na preservação e na promoção da dignidade do homem”. Especificamente quanto ao humanismo renascentista, inspirador do iluminismo penal, Wolkmer sustenta que o humanismo é uma “ampla manifestação transformadora nos campos da cultura, da filosofia, das artes e das ciências” que “proclama os valores que enaltecem o indivíduo, sua vontade, capacidade e liberdade de ação”. Liga-se ao racionalismo, antropocentrismo e ao ideário de emancipação humana (WOLKMER, 2005a, p. 22-23).

pensamento medieval: Copérnico, Kepler, Galileu, Newton, Descartes e Bacon são exemplos dos pensadores responsáveis por alterações profundas no campo do saber e, por uma série de rupturas com a filosofia baseada no aristotelismo, sempre tendo o homem como centro desse paradigma (SANTOS, 2008, p.25).

O Iluminismo, no século XVIII, foi herdeiro de todas as alterações produzidas pelo Renascimento. O período foi marcado pela consolidação da classe burguesa enquanto classe revolucionária e protagonista na tomada de decisões políticas.

O liberalismo de Adam Smith e Ricardo se traduzia na busca pela hegemonia econômica dos Estados Nacionais. A Reforma Protestante encontrava em Lutero o fundamento para o resgate do pensamento cristão e sua libertação da tradição católica. O ideário iluminista, de maneira geral, correspondia à “convicção do progresso do conhecimento humano, na racionalidade, na riqueza e no controle sobre a natureza” (HOBSBAWN, 1977, p. 36-37) através da ciência e do avanço tecnológico. No campo da filosofia do direito, as noções de liberdade individual, igualdade e fraternidade ganharam enorme força e inspiraram tanto o jusnaturalismo moderno quanto a reforma humanista do Direito Penal.

Para o jusnaturalismo iluminista, a lei não poderia nascer da vontade divina revelada ao rei, mas da aplicação de um método racional, de investigação da natureza humana, para, enfim, refletir o sentido e os contornos dos direitos e dos deveres. Destarte, “a filosofia do direito libertava-se da teologia, o direito natural era secularizado” (KAUFMANN, 2002, p. 85). O Estado, a partir da perspectiva contratualista de Hobbes e Rousseau, surgia como fruto da vontade humana, que por meio de um acordo, organizava os interesses individuais em torno do bem-comum: o Estado, antes de ser a expressão da vontade do monarca, seria um instrumento para a realização da vontade dos indivíduos. Estado e Constituição estariam a serviço do direito natural. O humanismo, por sua vez, desempenhava papel importante na crítica e revisão da política penal absolutista.

No período entre os séculos XVII e XVIII, na França, qualquer pena aplicada como retribuição a um delito sério deveria ser acompanhada de um suplício. O suplício se materializava no corpo do condenado como pena dolorosa, mais ou menos atroz, levada a cabo por meio de decapitações, esquartejamento, enforcamento, fogueira e roda de tortura, quando não pelo desmembramento, perfuração do corpo, exposição pública ao ridículo, açoite e pela marcação com ferro (FOUCAULT, 1993, p. 30-31). É dizer, a pena se materializava

em toda forma de destruição do corpo do condenado e na ostentação pública desse sofrimento.

Nesse contexto, autores como John Howard, Bentham e Beccaria propugnaram a reforma no conjunto das técnicas punitivas e a defesa de valores humanistas aplicáveis a todo o modelo de justiça penal. “Dos Delitos e das Penas” (1764), obra do italiano Marquês de Beccaria, é considerada um marco que dá início ao Direito Penal Moderno e sua Escola Clássica (WOLKMER, 2005a, p. 97). Ao concentrar seu pensamento em torno dos princípios da legalidade, da anterioridade da lei, da ética na produção das provas, da proporcionalidade, da crítica à tortura e às penas cruéis, da violação da ordem estatal representada pela figura do rei (WOLKMER, 2005a, p. 99), Beccaria apresentou a inspiração humanista como um prelúdio daquilo que viria a ser conhecido por garantismo penal.

Mas os séculos XVIII e XIX não conformariam apenas o período do Direito Penal Humanitário, mas também o momento de estruturação de uma racionalidade que se erige sob o modelo de justiça penal retributivo enquanto paradigma de justiça penal, ou seja, enquanto padrão monopolizado de administração e aplicação da pena. Não que a retributividade tenha sido uma invenção da modernidade: pelo contrário, desde a vingança divina, a punição, quando de fato vinha a cair sobre o indivíduo faltoso, já apresentava o caráter de retribuição, de contrapartida da ofensa a um valor de hierarquia social. Todavia, não há dizer que nessa ou nas fases pré-modernas posteriores à fase das vinganças, que para todos os casos idênticos, sistematicamente, incidisse a mesma pena sobre quem quer que fosse. Embora nesses casos houvesse verdadeira pena-retribuição, subsistia nas fases pré-modernas ora uma indiferença quanto à natureza do ilícito ora uma ausência de poder externo detentor de um direito de punir. A distância entre os fenômenos jurídicos de ordem cível e criminal ainda não havia se fixado. Tampouco havia um poder centralizador, distinto das partes, encarregado de formalizar o processo de investigação da culpa e de conferir punição. Do mesmo modo, a norma ainda não tinha sua expressão calcada na escrita, e, portanto, não continha um substrato interpretável por um tribunal, a partir de um código ou de uma tradição jurisprudencial.

Como ensina Reale (2002, p. 65):

Na passagem da sanção difusa para a sanção predeterminadamente organizada, poderíamos ver a passagem paulatina do mundo ético em geral para o mundo jurídico. Das regras religiosas e morais, que abrangiam primitivamente todo mundo jurídico, este foi se despregando, até adquirir

contornos próprios e formando um todo homogêneo pela organização progressiva da própria sanção.

O percurso traçado reiteradamente pela doutrina penalista brasileira, da vingança privada ao humanismo penal, sugere um processo evolucionário do direito penal, da pena e do sistema de justiça penal. De outro modo, o estágio atual da justiça penal constituiria, segundo esse roteiro, a síntese do avanço moral das sociedades, e portanto, representaria o desenvolvimento, o progresso e a vitória do humanismo no direito penal moderno, cujos limites são pautados pelo garantismo penal - este compreendido como um complexo de direitos que se ergue contra o abuso do poder estatal.

Tal panorama evolutivo, cujo traço mais evidente corresponde a uma suposta marcha civilizatória da cultura penal ocidental ao longo dos séculos (da barbárie da vingança e do sacrifício do inocente que satisfaz a ira dos deuses à pena como retribuição exangue, limitada tanto pelo tempo quanto pela individualidade do sujeito culpado, e, portanto justa) será aqui denominado de “senso comum da história penal”.

Lênio Streck (2013, p. 35) chama de senso comum teórico o saber não crítico-reflexivo que, no contexto do mundo jurídico, se liga à abordagem estritamente dogmática e à maneira como o conhecimento tem sido comunicado: de forma estandardizada, simplificada, calcada na reprodução automática e condensada daquilo que o Judiciário costuma dizer sobre a lei.

Nesse sentido, a narrativa da história penal, quando parte do pressuposto de que a justiça penal retributiva é fruto de um longo esforço consciente e universal pela racionalização, utilidade da pena, certeza jurídica e liberdade do indivíduo, quando posta diante do cenário contemporâneo de crise não apenas do sistema prisional, mas também do direito penal (FERRAJOLI, 2002; ZAFFARONI, 1998), se revela como verdadeiro senso comum teórico.

A história dos sistemas penais se liga intimamente às ideologias que as sustentam. Essas mesmas ideologias são sustentadas por estruturas sociais e por suas formas específicas, complexas e contraditórias de controle social. Fato é que, uma narrativa contínua, progressiva e ininterrupta da história penal incorre sempre no risco das sistematizações simplificadas, dos esquemas meramente didáticos, e portanto, dotados de pouca ou nenhuma validade científica.

Sobre o tema, Zaffaroni (2015), ao reconhecer a existência dessa tendência progressiva na literatura penal, escreve:

Nas exposições da evolução legislativa penal tem prevalecido a adoção da teoria “progressiva”. Assim, uma das distinções mais comuns que têm sido formuladas trata da vingança privada como período primitivo, a vingança pública quando o Estado toma a seu cargo a pena, a humanização da pena a partir do século XVIII, e o período atual, em que cada autor dá como triunfantes suas próprias ideias. Os assassinatos políticos com auspício oficial, o processo Mindzenty, os tribunais “especiais”, a reclusão de “dissidentes” em manicômios, “o direito penal nazista”, o “esquadrão da morte” e outros exemplos nos servem para demonstrar que, no plano real, o caminho não é tão linear nem “evolutivo”, e sim uma luta permanente e constante; e que vingança privada, vingança pública e tendências humanitaristas são termos que encontramos em todas as épocas (ZAFFARONI, 2015, p. 168).

Opondo-se à visão evolucionista e civilizatória do “senso comum da história penal”, encontrada amiúde na literatura brasileira, Foucault e Howard Zehr apresentam versões distintas da origem e da dinâmica de hegemonização da justiça retributiva no Ocidente de tradição romano-germânica⁸⁵. A plausibilidade de ambas as hipóteses é justificável a partir da observação de que a linha temporal utilizada pelos penalistas brasileiros, por exemplo, para descrever a história da pena corresponde mais a um artifício didático que rigorosamente a uma verdade histórico-científica. Nada autoriza o reconhecimento dessas fases como realmente ocorridas na história, divididas em momentos estanques, com períodos de transição bem definidos e com relação de continuidade evolutiva entre si.

Há relatos na mesma literatura especializada de que fatos característicos de determinadas fases puderam ser verificados concomitantemente a outros eventos em fases muito posteriores, a exemplo do que se lê em Bitencourt quando afirma: “ao lado da vingança pública, os gregos mantiveram por longo tempo as vinganças divina e privada, formas de vingança que ainda não mereciam ser denominadas Direito Penal” (BITENCOURT, 2016, p.74).

Por tais razões, é mais coerente compreender a história do Direito Penal e da pena, e consequentemente do paradigma retributivo, como uma sucessão de avanços e recuos,

⁸⁵ Na literatura brasileira, Nilo Batista também foge a essa regra de periodização. Narra a história dos sistemas penais tomando como critério os grupos desqualificados juridicamente, oprimidos, controlados e neutralizados de cada época. Assim, para o autor, a história do direito penal se divide em “Direito Penal Germânico Antigo” (o sistema penal contra o estranho), “Direito Penal Visigótico” (o sistema penal contra servos e judeus) e “Direito Penal e Penitencial Canônico” (o sistema penal contra o herege) (BATISTA, 2002).

determinados por arranjos políticos e econômicos particulares, observados em cada época, para cada povo, cultura e circunstância histórica.

Com efeito, Foucault sustenta a tese de que o modelo de justiça penal, tal como se concebe hoje, nasce do sequestro, da apropriação do conflito, ou do próprio exercício particular da justiça, pelas monarquias, em um contexto de acumulação de poder que viria mais tarde desembocar na formação do Estado Moderno: a justiça penal “estatzou-se” na Idade Média. Segundo o autor, no período entre o final do século XII e início do século XIII surgiram na Europa novas práticas judiciárias que não só modificaram a forma como se organizava a própria justiça, mas também determinaram a organização política e econômica ocidental dos séculos ulteriores.

Segundo Foucault (2002), no direito feudal as disputas judiciais eram resolvidas entre os particulares por meio de “provas”. “Provas” eram técnicas de solução de conflitos que não tinham como critério a busca da verdade sobre os fatos passados, mas, pelo contrário, veiculavam a força ou a importância daquele que vencia. Consistiam em provas sociais, verbais, mágico-religiosas ou de juramento, por meio dos quais sagrava-se vencedor quem provasse maior influência sobre o grupo social, a capacidade de pronunciar, sem erro, fórmulas tradicionais ou quem jurasse sem hesitar; bem como em provas corporais, como as ordálias e os duelos. Não haviam juízes, ou seja, terceiros responsáveis pelo julgamento das causas. Tampouco as autoridades locais detinham poder suficiente para imiscuir-se nessas contendas para impor-lhes decisões (FOUCAULT, 2002, p. 58-62).

Contudo, a partir da segunda metade da Idade Média, o surgimento das primeiras monarquias medievais concorreu para o controle das práticas judiciárias, por parte daqueles que detinham o poder bélico, o poder político. Este controle exprimiu-se pela criação de uma estrutura de justiça composta por órgãos oficiais específicos e de discursos legitimadores. Criou-se a figura do procurador, representante do soberano, a quem cabia a ação pública e a acusação do criminoso. Arelado a esta figura, surgiu a noção de infração penal enquanto lesão não só da vítima, mas também e principalmente do soberano. Ademais, foram criadas as penas de confisco, que excediam a simples indenização aos ofendidos. Por meio desses confiscos de bens, as monarquias nascentes enriqueceram-se e alargaram suas propriedades.

Segundo Foucault (2002, p. 67), “as monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação”. É ainda neste período que a sentença, ou seja, a

decisão prolatada por terceiro estranho à lide, surge na história como elemento final de um processo, exercido por meio da técnica do inquérito, da investigação do passado feita através do exame de testemunhos e de conhecimentos capazes de atingir a verdade sobre os fatos.

Para Howard Zehr, somente a partir da modernidade é que se pode falar em justiça penal retributiva (ZEHR, 2008) como paradigma de justiça: assumindo, na essência, uma perspectiva bastante próxima da de Foucault quanto à origem do fenômeno, sustenta a tese de que a necessidade de consolidação e legitimação política do poder fez surgir o modelo de justiça retributiva, com as características fundamentais que hoje se apresentam.

Em verdade, o processo de hegemonização da justiça penal se vinculou necessariamente ao processo de hegemonização política dos Estados emergentes, e se inseriu em um contexto mais amplo de monopolização de todos os poderes que davam estribo à autoridade estatal: o poder bélico, o poder sobre os territórios, o poder normativo e finalmente, o poder sobre os rumos dos conflitos individuais.

A justiça retributiva, por esta perspectiva, surge como fenômeno político, ou ainda, surge de uma escolha política dentre outros modelos possíveis, não de um dever moral de controle civilizatório da vingança, ou de um processo espontâneo de evolução⁸⁶. Nesse sentido, tal conjunto de fatores históricos e políticos, significaram o fim de um paradigma de justiça tradicional (uma ruptura, não um estágio na escala de evolução), e o surgimento de um novo.

Pode-se afirmar que o paradigma retributivo⁸⁷, enquanto sistema lógico e tecnológico de justiça penal é produto da modernidade, vindo a constituir-se, no Ocidente romano-germânico, entre os séculos XVIII e XIX, como sistema hegemônico de justiça penal. De maneira analítica, pode-se afirmar que a partir desse período, cinco atributos puderam ser identificados como fundamentais e distintivos do modelo: a) o Iluminismo e a racionalidade

⁸⁶ Interessante notar como, por via indireta, o pensamento de Pires (2004) pode servir para confirmar essa tese. O autor, ao discorrer sobre a racionalidade penal moderna sustenta que o princípio medieval da *ultima ratio*, na modernidade, foi reinterpretado, e ganhou um matiz político-liberal, distinto da natureza exclusivamente jurídica em que havia surgido. Na modernidade, o princípio se afastou do sentido de “reação jurídica ao mal com o mal somente nos casos em que outra solução for inviável” para aproximar-se da noção política de seleção dos eventos, pelo legislador, considerados maus. Uma vez realizada essa tarefa de eleição, não caberia mais ao legislador preocupar-se sobre o a *ultima ratio*. Embora consagrado como princípio fundamental pela doutrina penal, a partir daí passou a ocupar o espaço da simples retórica.

⁸⁷ Segundo Zehr, “paradigmas são modos específicos de construir a realidade e a concepção retributiva de justiça é uma dessas construções. O paradigma retributivo da justiça é uma forma específica de organizar a realidade. Os paradigmas moldam a forma como definimos problemas e o nosso reconhecimento do que sejam soluções apropriadas” (ZEHR, 2008, p. 83).

penal moderna como marcos político-ideológicos de justificação; b) o aparelho do Estado, sobretudo o processo e o cárcere, como instrumental do direito de punir; c) o crime como violação da norma; d) a pena como consequência do crime; e e) a culpa como justificativa dogmática da pena.

a) O Iluminismo e a racionalidade penal moderna como marcos político-ideológicos de justificação:

O Iluminismo concentrou uma série de pensamentos que davam respostas a demandas de fontes também variadas, tanto científicas quanto políticas, tanto jurídicas quanto econômicas. O racionalismo de matriz renascentista passou a ocupar o espaço deixado pelo pensamento escolástico-teológico à medida que se contrapunha à irracionalidade e à arbitrariedade da prática punitiva absolutista. Exigiu que a pena fosse abstratamente controlável, motivo pelo qual o cálculo da quantidade e de sua proporcionalidade, correspondente à gravidade do crime, se propunha a resolver a questão. O jusnaturalismo infundia ao Estado Absolutista o respeito a um conjunto de direitos inatos e irrenunciáveis, direitos estes que submetiam também à autoridade estatal a obediência à lei. O liberalismo político de Locke, Montesquieu e Rousseau, inspirados no pensamento filosófico de Kant⁸⁸, exprimiu a defesa de uma rigorosa delimitação do poder Estatal, vinculando-o ao estrito cumprimento das obrigações relativas ao contrato social, à manutenção da ordem e ao respeito aos direitos naturais. Consequentemente o projeto liberal implicava a abstenção do Estado sobre tudo quanto fosse considerado assunto de interesse particular. Do ponto de vista jurídico, exprimiu a agenda burguesa e sua pauta de direitos individuais. O Estado, segundo essa ótica, deveria não só atuar respeitando os direitos dos cidadãos enquanto indivíduos, mas também protegendo ativamente esses direitos através das garantias individuais de natureza penal e processual penal. O liberalismo de Adam Smith converteu o princípio da liberdade, do liberalismo político, no mote da atividade econômica. O Estado não deveria assumir o papel de dirigente das forças econômicas, papel este deixado para a burguesia comerciante, ou melhor, para “a mão invisível do mercado”. Mais uma vez à frente do Estado eram postos entraves contra o abuso do poder e a interferência sobre o interesse individual. O humanismo de Beccaria, por sua vez, viabilizou uma política criminal baseada na observância de normas

⁸⁸ Melo (2005, p. 56-58) ao discorrer sobre a importância do pensamento de Kant para a construção teórica do modelo penal retributivo, afirma que a pedra angular de todo sistema kantiano é o conceito de liberdade. Para depois acrescentar: “Revela-se aqui ainda o contexto político ideológico em que se inscreve o modelo retributivo. De fato, a liberdade é o princípio por excelência do modelo liberal, [...] eis a razão pela qual funda seu sistema de coerção na liberdade de modo tal que seus enunciados não venham a anulá-lo” (MELO, 2005, p. 58).

procedimentais e substanciais com vistas à proteção do indivíduo em face do poder punitivo estatal. Por outro lado, ao buscar a segurança jurídica no que tange à definição legal e prévia do que seria crime, do tipo de pena aplicável e do procedimento a ser adotado para a imputação da culpa, o pensamento iluminista também consolidou a pena como resposta padrão ao crime. Em verdade, a certeza do castigo ganhou *status* de princípio do modelo punitivo iluminista, verdadeira meta que se estabeleceu para a administração estatal dos séculos posteriores. Em vez de causar temor pela severidade da pena, o Estado Moderno, e por via de consequência o Estado contemporâneo, passou a causar temor pela promessa da certeza da punição.

A racionalidade penal moderna, enquanto subsistema da racionalidade moderna, é o sistema de pensamento que, aderindo ao conjunto de práticas institucionais, fundamenta e compõe a porção lógica da justiça penal retributiva. Segundo Pires (2004), se estabelece no Ocidente a partir da segunda metade do século XVIII. Tal sistema de pensamento gera um efeito principal de naturalização de uma determinada estrutura da norma penal, que vincula necessariamente a pena aflictiva ao comportamento considerado criminoso. A racionalidade penal moderna dogmatiza a relação crime/pena (não há crime sem pena). A pena (ou o rigor da punição), assim, passa a ser a medida do valor da norma, da reprovação social e da afeição social sobre o bem jurídico. É a partir da estabilização dessa racionalidade particular que o sistema penal hegemônico passa a auto-projetar uma identidade essencialmente punitiva, expressada pelas teorias da pena (de dissuasão e prevenção). Essas teorias sintetizam a maneira como a proteção social deve se dar, incondicionalmente, ante o crime: de forma hostil (o criminoso é um inimigo da coletividade), abstrata (o crime é a violação da norma, o sofrimento da pena restabelece a justiça, reforça a moralidade, dissuade os indivíduos), negativa (se excluem outras medidas além da pena, como resposta ao delito) e atomista (nega, no processo de aplicação, qualquer relevância da restituição dos laços sociais concretos) (PIRES, 2004).

b) O aparelho do Estado, sobretudo o processo e o cárcere, como instrumental do direito de punir:

Nesse modelo de justiça penal retributiva a pena deve ser certa e quem deve garantir essa certeza é o Estado, através de uma ampla rede instrumental, tecnológica, formada por órgãos e procedimentos criados por lei. Neste modelo, o direito de punir não está contido no rol de direitos fundamentais da vítima do crime. Pelo contrário, seus poderes de participação

no processo formal decorrente da ofensa, restam bastante limitados. Tampouco resta algum direito de punir aos membros de sua família ou ao grupo comunitário a que pertence. Embora tenha se caracterizado por sua tonalidade crítica, contestatória “consideravelmente subversivo em relação aos poderes constituídos” (CASTRO, 2009, p. 19) fato é que, o Iluminismo não questionou o papel central do Estado dentro do campo da justiça. Ao contrário, ofereceu-lhe renovada legitimação (ZEHR, 2008, p. 113).

Como visto alhures, nem sempre o direito de punir coube ao ente estatal. A história da pena e do Direito Penal também é a história da centralização do poder político. Desde a fase do Direito Canônico o poder punitivo foi sendo canalizado, primeiro para a Igreja, depois para o Estado. O crime gradativamente tomou a forma de lesão a uma ordem metafísica: a ordem divina, o pecado, e mais tarde à ordem pública, do Estado. Conceitos como o do livre-arbítrio fizeram a lógica penal desembocar mais tarde na responsabilidade pessoal do agente criminoso. O cárcere, de espaço de punição construída para os monges rebeldes, se estabeleceu pouco a pouco como modalidade de punição hegemônica do modelo retributivo moderno-contemporâneo (ZEHR, 2008, p 108).

Com efeito, afirma Reale (2002, p. 67):

O jeito de lidar com o crime passa a ser um procedimento formal, com regras definidas previamente. É a organização da Nação em uma unidade de poder, a fim de que a aplicação das sanções se verifique segundo uma proporção objetiva e transpessoal. Para tal fim o Estado detém o monopólio da coação no que se refere à distribuição da justiça. É por isto que alguns constitucionalistas definem o Estado como a instituição detentora da coação incondicionada.”.

O ente detentor do direito-poder de punir garante a certeza da punição por meio da lei penal. Cabe a ela administrar a dose e determinar racionalmente as fronteiras da dor e do sofrimento justos, levando em consideração o montante adequado a contrabalancear o sofrimento causado pelo criminoso e o prazer que este eventualmente tenha extraído de sua conduta (ZEHR, 2008, p. 112).

Por meio das polícias, atua o Estado na persecução penal. Através de órgãos de fiscalização e do judiciário, procede à acusação do réu, ao processamento e à decisão definitiva sobre o caso concreto. No final do ciclo, gerencia e executa a pena por meio do cárcere. A aplicação de pena segue um padrão formal, previsto em lei, cujo trâmite que lhe

antecede se materializa no processo penal, e seu desenlace padrão é a pena⁸⁹. O processo é uma manifestação estatal, pois é público, assim como é público todo o menu de direitos e garantias dirigidas à proteção do acusado ante eventual abuso de poder. O processo é adversarial: do embate das provas trazidas pela acusação e pela defesa, deve exsurgir sempre um vencedor e um perdedor. Em outras palavras, ao final da fase instrutória, verifica-se se o réu é responsável ou não pelo fato criminoso. O processo, nesse sentido, é espécie de duelo bem regulamentado (ZEHR, 2008, p. 75).

Para Zehr (2008, p. 118-119), a necessidade dos Estados Nacionais de concentrar poder político implicou na monopolização do poder punitivo⁹⁰. Lembra o autor que, a despeito de haver, já na Idade Média, tribunais que manejassem normas processuais, não havia, naquela época, a obrigatoriedade da via judicial para resolução de todos os tipos de casos. A opção pela justiça oficial dependia da vontade das partes, e uma vez eleita, funcionava com o objetivo específico de garantir um ambiente seguro de cooperação para que os próprios litigantes pudessem entrar em acordo. Por isso se assemelhava mais a uma corte arbitral, nos moldes atuais (ZEHR, 2008, p. 100-101). Com o passar do tempo, a natureza do resultado oficial foi se alterando: a punição passou a preceder os acordos, as indenizações antes destinadas à reparação dos danos sofridos pelas vítimas foi comutando-se em multas, agora endereçadas aos cofres públicos (ZEHR, 2008, p. 104).

Paulatinamente a justiça estatal foi galgando espaço no universo dos conflitos interpessoais, imiscuindo-se nos interesses particulares e ingerindo-se num espaço de decisão antes reservado às partes. Para Zehr (2008, p.118-119), o paradigma retributivo, ou seja, o modelo hegemônico ocidental de atribuição de pena, por meio de um processo onde se atribui a responsabilidade penal (culpa), gerido pelo Estado, com participação meramente formal da vítima, com foco na pena e não na reparação, se deu pela necessidade de fortalecimento do poder político Estatal e não por outras razões:

Algumas explicações focalizam a crescente complexidade e anonimato da sociedade como resultantes do crescimento populacional, do advento das cidades e da industrialização. Talvez os métodos tradicionais de solução de problemas tenham deixado de funcionar adequadamente na ausência da base

⁸⁹ No Brasil, somente em alguns casos cabe ao particular exclusivamente a iniciativa da ação penal, a exemplo do que se passa com os crimes de calúnia, difamação e injúria previstos nos artigos 138 a 140 do Código Penal. Porém, mesmo nesses casos, tanto o processamento quanto o julgamento do caso são de atribuição do Estado e a aplicação da pena, uma vez constatada a responsabilidade do réu e sendo definitiva a condenação, não pode ser afastada pela vontade do ofendido (artigo 106, § 2º do Código Penal).

⁹⁰ Do mesmo modo entende De Paulo (2009, p. 172) e Foucault (2002), embora este último acrescente uma grande parcela de interesse econômico ao movimento de centralização política estatal.

comunitária. Outros observam que a sociedade, ou ao menos as classes altas, sentiram a necessidade de controlar a turbulência social. Procurou-se reduzir os conflitos de classe e encontrar formas de manter a ordem sem perturbar os padrões vigentes de desigualdade social e política. Uma interpretação comum indica a necessidade de controlar as vinganças privadas. Segundo esta visão, a vingança saía de controle e somente dando ao Estado o "legítimo monopólio da violência" é que se poderia conter as vinganças. Este foi um argumento muito usado pelos seus representantes. Mas os historiadores vêm questionando o fato de que a vingança estivesse tão fora do controle, ou que as alternativas fossem tão limitadas quanto aquela explicação faz parecer. Parte da resposta à nossa questão talvez repouse na necessidade que os Estados emergentes tinham de monopolizar e exercer o poder. Qual o problema que o paradigma retributivo procurava resolver? Talvez a necessidade do Estado de legitimar e consolidar seu poder. Afinal, o Estado moderno é uma "instituição gananciosa", nas palavras do sociólogo Lewis Coser. (ZEHR, 2008, p. 118-119)

c) O crime como violação da norma:

O pensamento dominante sobre o conceito de crime alterou-se substancialmente à medida que se passaram os séculos. Como visto antes, o crime correspondeu outrora à ofensa ao sentimento religioso, aos deuses ou ao totem, movendo-se em direção ao dano concreto a um determinado indivíduo, ou a um grupo de indivíduos, sendo passível de vingança. Também representou a ofensa à ordem pública e à figura do soberano, para de novo voltar-se à divindade – medieval-cristã, dessa vez - e ao monarca, seu representante, nos crimes de lesa majestade. No contexto do Iluminismo do século XVIII, o crime era a violação do pacto social. Não é difícil perceber por que, a partir desta construção teórica, o Estado, garantidor desse vínculo, deveria incorporar o poder de punir como monopólio seu.

Com efeito, o poder de punir, enquanto expressão e parcela do poder político, para tomar parte do conjunto de atribuições e poderes estatais de forma minimamente justificável, exigiu a reelaboração da teoria do crime. Isto é, exigiu uma teoria capaz de elidir desta noção qualquer traço de misticismo ou teologismo que fizesse confundir o delito com a ofensa a valores puramente éticos, e, portanto, destituídos de potencial coercitivo: é dizer, exercitável pelo Estado em regime de monopólio político.

O crime deveria exprimir o utilitarismo e o racionalismo iluminista de Bentham. A lei, produto da atividade estatal, uma vez transgredida, devassava o corpo do Estado, autorizando-o a agir em prol da utilidade social, a fim de reequilibrar a balança. Foucault, ao referir-se sobre Beccaria, Bentham e Brissot, no que toca às transformações do sistema teórico penal no início do século XIX, atesta que:

O crime ou a infração penal é a ruptura com a lei, lei civil explicitamente estabelecida no interior de uma sociedade pelo lado legislativo do poder político. Para que haja infração é preciso haver um poder político, uma lei e que essa lei tenha sido efetivamente formulada. Antes da lei existir, não pode haver infração. (FOUCAULT, 2002, p. 80)

No modelo retributivo não há crime sem lei anterior que o defina, mas tampouco há crime sem lei a ser violada⁹¹. Ao longo dos séculos, os modelos de justiça pouco a pouco foram tomando como referencial a lei formal em substituição aos costumes, à conveniência, a valores tradicionais, a fé ou ao direito natural. A ideia mesma de justiça confundiu-se com a obediência à lei escrita, interpretada por juristas profissionais (ZEHR, 2008, p. 116). O crime não mais guarda similitude com o pecado ou com a falta. Do mesmo modo, para o criminoso não se presta o Estado a oferecer redenção (FOUCAULT, 2002, p. 81). Embutida ainda na violação da norma há a noção do crime também como ofensa ao Estado e à ordem pública. Isso justifica, neste aspecto, a diferenciação dos ilícitos civis dos ilícitos penais. A lei violada pelo crime diz respeito à própria existência ou manutenção da ordem social, tal como entendiam os contratualistas. O crime, para o modelo retributivo não considera o dano ou o conflito entre os indivíduos ou grupos sociais, mas a lei violada, ou seja, o produto da atividade legislativa estatal. Diretamente, O crime viola um produto abstrato do Estado, não um bem concreto de propriedade da vítima, ou uma relação interpessoal.

d) A pena como consequência do crime:

A estrutura de um dado modelo de justiça penal pressupõe uma ideia particular de justiça. Isto é, para cada modelo de justiça deve haver uma ideia central que lhe sustente, que lhe sirva de princípio orientador e em torno da qual se possa assentar uma determinada racionalidade. Encontrar o conteúdo da ideia de justiça que seja cara ao modelo penal retributivo, é encontrar as bases de sua racionalidade⁹², como também é encontrar a resposta

⁹¹ No caso do Direito Penal brasileiro, rigorosamente, o crime é a adequação do fato com a norma penal em abstrato, ou seja, não é a contradição entre o fato e a lei penal, mas sua absoluta correspondência. O crime é a realização perfeita da norma penal, e a violação de valores que estão nela embutidos como bens jurídicos a serem protegidos. A norma violada é outra: por exemplo, no homicídio, a norma violada não é a penal (matar alguém), mas a do direito à vida, previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal. Pelo contrário, o fato de matar alguém se adequa perfeitamente ao tipo penal do artigo 121 do Código Penal do Brasil.

⁹² Como já expusemos acima, a racionalidade moderna, predominante entre os séculos XVIII e XIX, é a racionalidade do modelo de justiça penal retributivo. Nesse sentido, Bruno (1967, p. 106), ao se referir à escola clássica do Direito Penal, desenvolvida por Carrara no século XIX, afirma que para ela, “a pena é retribuição, expiação da culpabilidade contida no fato punível – o mal justo que se contrapõe à injustiça do mal praticado pelo agente. Seguindo as tendências de sua época, a escola clássica foi romântica e burguesa, como todas as instituições do seu tempo, individualista, humanitária, de fundo ético, além de jurídico, tomando o homem, quando se dignava de olhar para o homem, como um ser acomodável a um padrão comum, o que é uma ideia tipicamente burguesa, ‘que transporta para o plano psicológico uma premissa do individualismo político’”.

para sua demanda ética. Nesse sentido, para o modelo retributivo, a justiça penal corresponde a um dever ético de infligência de dor como maneira de compensar moralmente o sofrimento da vítima. É a justiça do mal que se paga com o mal⁹³, a simulação do tormento do ofendido imposto ao ofensor através da pena, com o fim de que o equilíbrio da relação entre este e aquela, ou ainda, entre o réu e uma suposta consciência coletiva, ao final se restabeleça.

Não há outro atributo do modelo de justiça retributiva mais característico de sua essência que o da “obrigação de punir” (REGINATO, 2014, p. 120), ou seja, este da pena como consequência jurídica do crime. Não é à toa a afirmação de Zehr para quem “há muito se reconhece que a ameaça de infligir dor àqueles que desobedecem está na base do sistema jurídico moderno. A essência do Estado é muitas vezes descrita por cientistas sociais como o ‘legítimo monopólio da violência’” (ZEHR, 2008, p. 74). Gomes e Molina (2009, p. 459), ao escrever sobre a essencialidade da pena sustentam que esta “é a privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo órgão jurisdicional contra quem cometeu (culpavelmente) um delito”. E acrescentam: “a pena, de outro lado, é retribuição, mas retribuição *in malam partem*: é aplicação de um ‘mal’ como resposta a outro ‘mal’ (prévio)” (GOMES; MOLINA, 2009, p. 459). Gomes e Molina (2009, p. 460) vinculam a retributividade da pena ao conceito de proporcionalidade: para eles a característica principal da pena moderna é a proporção com que se aplica em relação ao agravo. Para os autores, a vingança também é retributiva, contudo, não é pena (sanção penal), pois não guarda proporção com à gravidade do fato, ou ainda não é aplicada por terceiro imparcial em virtude da violação da lei.

Tanto Bitencourt (2016) quanto Gomes e Molina (2009) concordam a respeito de que a pena se justifica por sua necessidade. Para Bitencourt (2016, p. 131) “é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena justifica-se por sua necessidade”. Para Gomes e Molina (2009, P. 459) “uma sociedade que quisesse renunciar ao seu poder penal se autodestruiria”. Afirmam que a essencialidade da pena se fundamenta sob três aspectos: político, psicossocial e ético-individual. Para os autores

1. Do ponto de vista político-estatal a pena se justifica porque sem ela o ordenamento jurídico deixaria de ser um ordenamento coativo capaz de reagir com eficácia diante das infrações.
2. Desde a perspectiva psicossocial a pena é indispensável porque satisfaz o anseio de justiça da comunidade.

⁹³ Para Gomes e Molina (2009, p. 460-461) “do ponto de vista material a pena é um mal porque consiste na privação ou restrição de bens jurídicos do agente culpável e também porque só desta maneira pode ter sua necessária eficácia intimidatória”.

[...]. 3. No que se relaciona com o aspecto ético-individual, a pena se justifica porque permite ao próprio delinquente, como um ser “moral”, liberar-se (eventualmente) de algum sentimento de culpa. (GOMES; MOLINA, 2009, p. 458-459).

A pena como consequência do crime é um dogma⁹⁴ do modelo de justiça penal retributivo. Não há como negar esse princípio sem romper a viga mestra da estrutura e evitar que o modelo se transforme em outra coisa. Somente por meio de exceção é que se pode admitir uma consequência do crime diversa da pena. Ainda assim, a pena funcionará como padrão de resposta ao delito, e qualquer hipótese de exclusão dessa resposta será sempre extraordinária e condicional⁹⁵.

É comum existirem nos ordenamentos jurídicos modernos normas que excluem a obrigatoriedade da pena, mesmo após comprovada processualmente a prática de alguma conduta criminosa. Essas normas, bastante particulares e excepcionais, prescrevem requisitos, circunstâncias, que uma vez verificadas, impedem o Estado de aplicar a sanção. Embora tais hipóteses legais, de fato, possam existir, não representam rigorosamente exceções ao paradigma de justiça penal retributiva, mas espécies de “desvios de rota”, concessões legais típicas do próprio sistema penal.

Em que pese a pena enquanto consequência necessária do crime seja um dos atributos essenciais do paradigma retributivo, não é o único, e as concessões legais previstas para casos particulares não excluem a incidência do paradigma, não implicam a suspensão de seus efeitos, mas, pelo contrário, confirmam sua regra, e reafirmam a centralidade da pena em torno da qual orbitam os outros elementos.

Em verdade, a presença de normas que aparentemente fogem à lógica do paradigma de justiça retributiva, ou seja, que se afastam de sua ideia central da necessidade da pena, demonstra a toda evidência – para se usar termos da gramática kuhniana – a crise do paradigma. Normas desse tipo são “epiciclos”, “soluções *ad hoc*” ou “anomalias” do sistema

⁹⁴ No mesmo sentido, Pires (2004, p. 41-42) quando explica o fenômeno da “dogmatização” da relação crime/pena (aflictiva), ou seja, a impossibilidade de se pensar o sistema penal moderno sem considerar como necessária a dependência entre crime e pena. A pena, para o sistema penal moderno é a “resposta evidente” ao crime.

⁹⁵ No que diz respeito ao direito positivo brasileiro, a título de exemplo podemos citar a exceção prevista no artigo 74, parágrafo único da Lei 9099/95, que prevê a hipótese de extinção da punibilidade pela renúncia ao direito de queixa quando da composição civil em sede de crime de menor potencial ofensivo, nos casos de ação penal privada. Perceba-se como somente em casos excepcionais, e condicionados (neste exemplo, a extinção da punibilidade é condicionada a vontade da suposta vítima para aceitar os termos do acordo) a consequência do cometimento de um delito pode não ser uma pena.

que tentam justificar sua existência e mantê-lo nos limites de sua própria racionalidade. Embora essas soluções *ad hoc* funcionem ideologicamente como fatores de legitimação da superestrutura penal retributiva, não deixam de ser contradições agudas e não escapam de denunciar inevitavelmente a crise ao nível da infraestrutura⁹⁶.

A par dessa noção, existem algumas teorias que discutem os fins (os sentidos) da pena, ou seja, discutem o “por que” e o “para quê” do castigo, diferenciando-se entre si pela oposição entre os conceitos-chave de retribuição (teorias absolutas) e prevenção (teorias relativas). Também se diferenciam pela forma como concebem a pena: se por um lado, as teorias absolutas, tomando por critério de referência a culpabilidade, olham para o passado, para o fato já cometido, procurando-se no mal que, por si só, a pena implica, uma compensação; as teorias relativas, nivelando-se pela periculosidade do agente, enfocam o risco de que o autor do delito ou um terceiro volte (ou venha) a cometer um novo fato criminoso (GOMES; MOLINA, 2009, p. 461).

Atribui-se a Kant e a Hegel, sobretudo, a base filosófica das chamadas teorias absolutas da pena⁹⁷. Para Kant, a pena, enquanto resposta necessária à conduta criminoso, não pode perder de vista a dignidade do homem, e, portanto, deve funcionar como meio de preservação desta dignidade. O sentido da pena é o de afirmar a liberdade, segundo a lei universal do direito, que se expressa conforme a proposição: “age externamente de modo tal que o uso livre de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de cada um segundo uma lei universal”. Em síntese, o castigo, para a filosofia kantiana, corresponde a um valor moral, ou ainda, ao dever ético (um imperativo categórico) de castigar e à respectiva necessidade do castigo (MELO, 2005, p. 55). Para esta visão, a pena é um fim em si mesmo.

Hegel, por sua vez, a partir de sua dialética peculiar, pressupõe que o ordenamento jurídico é expressão da “vontade geral”. Logo, o crime é a negação dessa vontade, e a pena, negação da negação, ou seja, a reafirmação da vontade geral. Segundo Hegel, a pena não se

⁹⁶ Sobre as crises de paradigma e sobre o papel de justificação das anomalias do sistema, explica Thomas Kuhn: “[...] existe uma segunda razão para duvidar que os cientistas rejeitem paradigmas simplesmente porque se defrontam com anomalias ou contraexemplos. [...] As razões para a dúvida esboçadas acima eram puramente fatuais; isto é, eram, elas mesmas, contraexemplos de uma teoria epistemológica atualmente admitida. Como tal, se meu argumento é correto, tais razões podem, quando muito, ajudar a formação de uma crise ou, mais exatamente, reforçar alguma já existente. Por si mesmas não podem e não irão falsificar essa teoria filosófica, pois os defensores desta farão o mesmo que os cientistas fazem quando confrontados com anomalias: conceberão numerosas articulações e modificações *ad hoc* de sua teoria, a fim de eliminar qualquer conflito aparente” (KUHN, 2013, p. 103-104).

⁹⁷ A exemplo de Bitencourt (2016, p. 135) e Gomes e Molina (2009, p. 465). A outros autores também se vinculam a origem do retribucionismo penal, como Carrara e Binding (BITENCOURT, 2016, p. 139-140).

refere ao binômio “bem x mal”, mas tão-somente à dialética “justo-injusto”, e, portanto, à “necessidade lógica” (GOMES; MOLINA, 2009, p. 469) de restabelecimento do ordenamento jurídico.

Atribui-se, por sua vez, a Feuerbach uma das primeiras elaborações modernas das teorias relativas da pena. Para ele, o Estado deveria se valer de instrumentos de natureza psicológica para evitar, com máxima eficiência, a ocorrência de novos delitos (prevenção geral). O efeito contramotivador se deduziria da cominação da pena, não de sua execução, e o apenado serviria de exemplo para aqueles que porventura se encontrassem em dúvida sobre cometer ou não um delito (GOMES; MOLINA, 2009, p. 472-473). O caráter utilitário da teoria é evidente na medida em que a pena não se resumiria a um fim em si mesmo, mas existiria para cumprir uma função social de dissuasão de comportamentos nocivos (prevenção geral negativa) e de reforço indireto de valores juridicamente tutelados pela legislação penal (prevenção geral positiva). Segundo Gomes e Molina, coube a F. von Litz a ideia moderna segundo a qual não bastaria a prevenção do delito somente pela contramotivação da conduta de terceiros, mas também pela supressão da periculosidade do criminoso, a fim de que ele próprio não tornasse a delinquir. A pena não seria “mais do que um meio eficaz para a luta contra o delito por meio do ataque as suas ‘causas empíricas’, refletidas na personalidade do delinquente” (GOMES; MOLINA, 2009, p. 492). Contemporaneamente, o conceito positivado de ressocialização expressa a ideia de F. von Litz quanto à prevenção do crime pelo resgate e reforma do caráter do delinquente.

Tratando de conciliar as teorias absolutas e relativas, surgem as teorias mistas ou ecléticas. Atualmente dominantes em países como Alemanha, Espanha e Brasil (GOMES; MOLINA, 2009, p. 492), defendem, em síntese, uma abordagem “global” sobre o fenômeno da pena, por meio da qual se coadunam, sem conflito, todos os sentidos da pena. É dizer, os fins absolutos e relativos não seriam excludentes, mas complementares e interdependentes. A pena pode realizar tanto os fins de retribuição quanto de prevenção geral e especial.

Em verdade, as teorias que discutem os fins da pena examinam, por via oblíqua, a questão do “porque a pena deve ser a consequência do delito”. Por um lado, afirmam que a pena deve ser aplicada por sua utilidade social ou por ser um imperativo categórico, um dever ético de compensação. Por outro lado, sustentam que a pena deve ser aplicada com vistas a dissuadir terceiros ou a determinar e corrigir a rota biográfica e o destino do criminoso, para longe do mundo do crime. Ou ainda, põem em pé de igualdade as duas finalidades: a pena que

ao mesmo tempo responde a um imperativo ético ou a necessidade de recomposição do ordenamento, também previne o delito e conserta a virtualidade (a periculosidade) do indivíduo (FOUCAULT, 2002).

Apesar disso, nenhuma destas teorias questiona o fato de que a pena deve ser a consequência do crime⁹⁸. Mesmo sob o horizonte bastante amplo de discussões travadas no embate entre essas teorias, a “obrigação de punir” resta incólume em sua posição de dogma.

Sobre o tema, escreve a professora Andréa Depieri Reginato:

A RPM [racionalidade penal moderna] é formada pela convergência dos pontos em comum presentes nas diferentes teorias da pena (retribuição, dissuasão, denúncia, reabilitação carceral). Apesar das tradicionais disputas entre retributivistas e utilitaristas sobre o fundamento do direito de punir, ambas as tradições de pensamento terminam por convergir no sentido da obrigação de punir, da exclusão de medidas alternativas à prisão e da negativa do perdão como possibilidade no processo-crime (REGINATO, 2014, p. 120).

Por tais razões é que se afirma que o modelo de justiça penal moderno, não importando os fins da pena, é retributivo.

Embora a opção retributiva já estivesse disponível desde a fase das vinganças (ZEHR, 2008, p. 97), o atributo da retributividade não compunha um paradigma, um modelo hegemônico de justiça penal como o que surgiu na modernidade, entre os séculos XVIII e XIX. A vingança poderia ser considerada uma retribuição ao delito, contudo era assistemática, não imposta por lei, e desproporcional ao agravo.

A presunção legal e ética que move o modelo penal retributivo é a de que, fixada a culpa, a solução do caso concreto corresponde à aplicação de uma pena, de um sofrimento que seja proporcional ao mal causado, o “justo castigo” (ZEHR, 2008, p. 71). A pena como consequência do crime, portanto, é um dogma, assim como também o é a relação entre culpa e pena.

e) A culpa como justificativa dogmática da pena:

⁹⁸ Nesse sentido, a retributividade da pena, tal como entende Gomes e Molina (2009, p. 462), caracterizada pela proporcionalidade entre o castigo e o injusto praticado, não se confunde com a natureza retributiva do modelo de justiça penal moderno-contemporâneo, cujo atributo por excelência é a pena como consequência natural do delito.

Houve modelos de justiça penal em que a pena se justificava sem a necessidade de exame da culpa, ou seja, sem a investigação a respeito do conhecimento do réu sobre as circunstâncias relevantes do fato criminoso e sobre sua vontade de cometê-lo. Nestes modelos primitivos, a aplicabilidade da punição dependia apenas da prova de ocorrência do evento delitivo, sem que houvesse a exigência do exame da intencionalidade do agente. Em tais modelos, a ausência de verificação de culpa individual também implicava na punição de fato cometido por terceira pessoa – ou ainda de fato cometido por todo um grupo social, como no caso das fases de vingança. Modelos assim adotavam o padrão de responsabilidade objetiva (FERRAJOLI, 2002, p. 80) e costumavam apresentar alto grau de autoritarismo⁹⁹.

Na modernidade, sobretudo a partir da fase humanista do direito penal, a aplicação da pena pressupõe a prova de culpa do agente¹⁰⁰. Isto é, no interior de um procedimento formal em que provas são examinadas por um juiz imparcial, além da comprovação da ocorrência do fato descrito na norma penal como crime, deve haver também a comprovação de que o agente tinha a aptidão para conhecer o caráter ilícito de sua conduta, compreendê-la, querê-la, ou no mínimo prevê-la. Tal condição *sine qua non* do modelo penal retributivo, é erigida ao *status* de princípio fundamental: a investigação da culpa no modelo penal retributivo é pressuposto indispensável para a pena, o que faz do modelo retributivo um modelo de responsabilidade subjetiva. É nesse sentido que para Beristain (2000, p. 170), a justiça criminal retributiva é aquela que “começa seu *iter* na culpabilidade e tem como meta a pena como sofrimento estigmatizante contra o delinquente”. A culpabilidade é elemento inerente ao arco crime-pena, e se situa entre os dois como um elo de conexão.

Para Zehr (2008, p. 64), a culpa, elemento central do modelo retributivo, é a verificação processual da responsabilidade do ofensor quanto ao fato cometido. A tarefa de verificação dessa responsabilidade, dadas as características do modelo, se dá através de critérios dogmáticos-jurídicos, sempre em referência à lei penal, e corresponde, portanto, à comprovação formal de que a conduta do agente, ocorrida no passado, refletiu exatamente o

⁹⁹ Por sinal, Ferrajoli (2002, p. 80) chama o modelo penal em que o exame da culpa é ausente de “modelo de direito penal autoritário”.

¹⁰⁰ Ferrajoli destaca que a responsabilidade individual, subjetiva, calcada na culpa, foi consagrada por uma lei de Numa Pompílio, na fase do Direito Penal Romano. Serviu de herança para a tradição cristã, foi teorizada no Iluminismo e organizada dogmaticamente no século XIX (FERRAJOLI, 2002, p. 390).

descrito no tipo; e de que, além disso, se deu com intenção e consciência¹⁰¹. Em suas palavras:

O conceito de culpa que guia o processo judicial é limitado, altamente técnico e tem natureza primariamente "objetiva" ou descritiva. O acusado cometeu os atos descritos em lei? Ele ou ela tinha intenção de cometer tal ato? Os atos são contrários à lei? A culpa legal questiona somente se a pessoa acusada de fato cometeu aquele ato e, em caso positivo, se esta pessoa é imputável diante da lei.

A centralidade da culpa no processo, ou seja, a preocupação com a presença do elemento subjetivo ou psicológico na conduta do agente como requisito para a sanção penal, cinde o processo em dois polos antagônicos, emprestando-lhe um caráter adversarial. A conduta passa a ser avaliada tomando como parâmetro rótulos éticos como os de “culpado *versus* inocente”, “réu *versus* vítima”, “ofensor *versus* ofendido”, deduzidos única e exclusivamente do evento capitulado na norma penal e levado a julgamento. Ademais, a determinação da culpa pressupõe a ideia de que o delinquente é um indivíduo autônomo capaz de fazer escolhas mais ou menos conscientes. É dizer: “se alguém comete um crime, esta pessoa o fez porque quis. Portanto a punição é merecida visto que a escolha foi livre. Os indivíduos respondem pessoal e individualmente por seus atos. A culpa é individual.” (ZEHR, 2008, p. 67).

Uma vez reunidos, todos os atributos acima conformam o que se entende por sistema de justiça penal retributiva. Tal modelo se tornou hegemônico no mundo ocidental, a partir do século XIX, tendo sido incorporado pelo modelo de justiça penal brasileiro.

¹⁰¹ Note-se que pouco se aproxima o conceito de culpa adotado por Zehr – e aplicado neste trabalho - ao conceito de culpa expresso na doutrina e positivado no Brasil no artigo 18, II do Código Penal. O sentido de culpa de Zehr é mais amplo, e se liga muito mais à noção de responsabilidade penal, como será explicado no próximo capítulo, do que às noções de imprudência, imperícia e negligência. Pode-se ainda dizer que o sentido de culpa aqui aplicado se liga indiretamente ao conceito de culpabilidade, na medida em que aquele compreende este, sendo a culpabilidade um dos elementos que compõem o conceito de culpa de Zehr.

3.2 O SISTEMA PENAL BRASILEIRO NO INTERIOR DO PARADIGMA RETRIBUTIVO

Por todo o exposto acima, afirma-se que a estrutura penal brasileira da atualidade – lógica e tecnológica - está inscrita no interior do paradigma penal retributivo.

Primeiro, porque é nítida a influência iluminista sobre todo o sistema: desde a primeira Constituição do Brasil, de 1824, estão presentes noções como as de diferenciação entre o crime e as faltas de natureza moral ou religiosa; a do delito como violação à lei, ou ainda, a do monopólio estatal sobre a legislação e repressão das condutas delitivas, previstas somente em lei com anterioridade. Tais ideias se refletiram no Código Penal de 1830 e no Código de Processo Penal de 1832 (DE PAULO, 2009, 188-192) e permaneceram incólumes nos demais diplomas que se seguiram.

Atualmente, encontram-se positivados na Constituição da República de 1988 (CF/88), dispositivos que reproduzem formalmente o ideário iluminista, e que, portanto, legitimam política e ideologicamente o funcionamento da estrutura penal, sobretudo a partir da ideia liberal de limitação do poder do Estado, ideia esta materializada nas garantias individuais, de natureza penal e processual penal previstas no artigo 5º da Constituição e reguladas na legislação ordinária – a exemplo dos Códigos Penal e Processual Penal. Todos os traços da racionalidade penal moderna também são notados tanto na norma positivada, como na prática jurisprudencial. Sobretudo a afetação necessária entre a pena aflictiva e o crime conforma a regra da estrutura normativa no Brasil, com seu preceito primário (a norma de comportamento) vinculado incondicionalmente ao preceito secundário (a pena).

Segundo, ainda quanto a sua estrutura lógica, o sistema penal brasileiro se inscreve no paradigma retributivo porque o crime é a violação da lei, a pena é a consequência dessa violação e a culpa corresponde a sua justificativa dogmática. Nucci (2014b, p. 52-53), ao discorrer sobre a retributividade da pena, no Brasil, sustenta que:

O caráter retributivo vem expresso em lei, como se vê no disposto no art. 59: “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 dentre as cominadas; II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III – o regime inicial de cumprimento da pena

privativa de liberdade; IV – a substituição da pena privativa de liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível” (grifamos). Além disso, não é demais citar o disposto no art. 121, § 5.º, do Código Penal, salientando ser possível ao juiz aplicar o perdão judicial, quando as consequências da infração atingirem o próprio agente de maneira tão grave que a sanção penal se torne desnecessária, evidenciando o caráter punitivo da pena. Aliás, na origem do termo, que vem do grego “poine”, pena significa vingança, ódio, ou ainda, nas palavras de ANA MESSUTI “a retribuição destinada a compensar um crime, a expiação de sangue”.

Importa observar que, em que pese o padrão de resposta estatal para o crime seja a pena, há no ordenamento brasileiro um conjunto de institutos que funcionam como exceções à regra retributiva. Nesses casos, apesar de haver crime (verificado processualmente ou apenas em tese), não há sanção: em verdade, são exceções ao atributo da pena como consequência do crime, sem que constituam, ao mesmo tempo, exceções ao paradigma retributivo.

Como explicado alhures, toda norma criada pelo próprio sistema penal, positivada no ordenamento, e que, de alguma maneira, obstrui o exercício do direito de punir estatal, não pode ser considerada uma negação de si mesmo, mas uma concessão, um desvio de rota por ele mesmo provocada. Embora haja, de fato, uma suspensão, em casos bastante extraordinários, do efeito genérico de retribuição da pena, o seu efeito é abstrato, geral e constante dentro do paradigma. Implica muito mais na sua reafirmação do que no seu contrário.

São, portanto, normas que tecnicamente excluem o efeito retributivo da pena, as hipóteses legais de extinção da punibilidade previstas no artigo 107 do Código Penal, a saber: 1) morte do agente; 2) anistia, graça e indulto (antes da condenação); 3) *abolitio criminis*, 4) prescrição, decadência e perempção (essas últimas nas ações privada e condicionada); 5) renúncia e perdão do ofendido nos crimes de ação privada, 6) retratação do agente nos casos de calúnia, difamação, falso testemunho e falsa perícia; 7) o perdão judicial (a exemplo do previsto na Lei 12.850/2013, no artigo 4º, do artigo 151, §5º e no artigo 129, §8º ambos do Código Penal). Some-se ao rol de exceções a hipótese prevista no artigo 74, parágrafo único da Lei 9.099/95, onde se prevê a renúncia ao direito de queixa ou representação pela composição civil nos crimes de menor potencial ofensivo cuja ação penal seja privada ou condicionada¹⁰².

¹⁰² Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei 9.099/95, respectivamente, são espécies de benefícios que preveem a aplicação de penas diversas da privativa de

Na doutrina, ainda que excepcionalmente, se pode encontrar mais uma hipótese de exclusão da regra retributiva: a incidência do “princípio da insignificância imprópria” ou “bagatela imprópria”. Nos casos em que, apesar do cometimento de fato típico, ilícito, por agente culpável, mesmo havendo para o Estado o direito de punir, a pena deve ser afastada se pelo exame das circunstâncias específicas confirmadas no caso concreto, se torne desnecessária e inoportuna. Segundo Gomes e Molina:

Nesse caso o fato é típico (formal e materialmente). Logo, será objeto de inquérito e de processo. No final, no momento da sentença, caso sejam revelados todos os requisitos bagatelares (reparação dos danos, ofensa não muito relevante do bem jurídico, bem jurídico de relevância não exageradamente importante, autor bagatelar – sem antecedentes, culpabilidade não significativa, etc. -, o fato de já ter sido eventualmente preso, de ter respondido a um processo, etc.), impõe-se ao juiz (na sentença) reconhecer o princípio da irrelevância penal do fato (dispensando-se a pena, nos termos do art. 59 do CP). (GOMES; MOLINA, 2009, 229)

O princípio da insignificância imprópria, quando mencionado na doutrina, é reconhecido como causa supralegal de extinção da punibilidade. A jurisprudência brasileira, por sua vez, embora costume admitir a existência do princípio, raramente o tem aplicado¹⁰³.

Em terceiro lugar, não só a estrutura lógica, mas também a estrutura tecnológica do modelo retributivo se encontra presente no ordenamento constitucional brasileiro. A Constituição de 1988 prevê expressamente a existência dos órgãos de poder competentes para definir condutas criminosas, apurar infrações penais e realizar o policiamento ostensivo, promover a ação penal, processar e julgar os casos que envolvam crimes¹⁰⁴. Prevê também o método de retribuição *standard* para as condutas definidas como crime: a pena de privação ou restrição da liberdade¹⁰⁵, a ser cumprida nos estabelecimentos prisionais, nos termos da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Em todo caso, o Estado é o responsável pela administração

liberdade, e que por isso não podem ser consideradas exceções à estrutura lógica do modelo de justiça retributiva.

¹⁰³ Vide caso em que o princípio foi aplicado em decisão do Superior Tribunal Militar (STM), (STM - AP: 00000884420147070007 PE, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 10/11/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 10/12/2015 Vol: Veículo: DJE). Vide caso em que o princípio foi afastado pelo Superior Tribunal de Justiça, pela inaplicabilidade específica, embora tenha sido reconhecida sua aplicabilidade em tese, (STM - AP: 00000884420147070007 PE, Relator: Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data de Julgamento: 10/11/2015, Data de Publicação: Data da Publicação: 10/12/2015 Vol: Veículo: DJE).

¹⁰⁴ No Brasil, cabe ao Poder Legislativo, através do Congresso Nacional, a criação de leis específicas definidoras de crimes (art. 44 c/c art. 5º XXXIX da CF/88); às Polícias a investigação criminal e o policiamento ostensivo (art. 144 da CF/88); ao Ministério Público a promoção da ação penal pública (art. 129 da CF/88); ao Poder Judiciário o processamento e o julgamento dos casos (art. 92 e ss. da CF/88).

¹⁰⁵ A Constituição da República prevê em seu artigo 5º, XLVI as penas de privação ou restrição da liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa e suspensão ou interdição de direitos.

da justiça penal e pela aplicação das técnicas penais, exercendo o monopólio da violência legítima (AZEVEDO, 2002, p. 56) através dos diversos órgãos de poder¹⁰⁶. As partes envolvidas diretamente no delito são alijadas do processo decisório. Somente em hipóteses extraordinárias, reconhecidas positivamente no ordenamento, a elas é destinado algum espaço, no interior do processo penal, para que, autonomamente, se autocomponham.

3.3 JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA E RESPONSABILIDADE PENAL

Uma vez assentadas as bases lógica e tecnológicas do sistema de justiça penal retributivo e esclarecida a sua posição de paradigma de justiça na modernidade, se faz necessário, em seguida, demonstrar e delimitar a forma de ligação existente entre dois conceitos fundamentais: o conceito de crime e o conceito de pena.

Segundo o paradigma de justiça penal retributivo, crime é a conduta que viola a norma. A pena, por sua vez, é a consequência jurídica dessa violação. No entanto, qualquer conexão direta que se estabeleça entre a prática da conduta tipificada como crime e a pena, sem a presença de um elemento intermediário, resulta numa aplicação automática e injustificada da sanção penal ao acusado. Tal ligação imediata não se coaduna com o paradigma retributivo, dada a sua matriz político-ideológica liberal e o atributo do processo como instrumento estatal do direito de punir.

Em outras palavras, segundo o modelo retributivo, para que a pena seja efetivamente aplicada, a imputação ao sujeito autor do delito deve ir além do *status* de “acusado” ou de “réu”, para alcançar o *status* de “condenado”, ou “culpado”, em definitivo. Para um modelo cuja racionalidade se origina no liberalismo político, a busca pela segurança jurídica e pela limitação do poder estatal não combina com a aplicação sumária da pena. A aplicação sumária da pena não fez parte da agenda teórico-política do direito penal humanitário, do século XVIII e XIX, e, portanto, não compõe o rol instrumental do direito penal moderno atual, de matriz iluminista. Ademais, o Estado, monopolizador do poder político – e consequentemente de sua parcela penal – atua na relação delitiva entre réu e vítima por meio

¹⁰⁶ Interessa observar que por exceção prevista na própria Constituição, o julgamento dos crimes dolosos contra a vida é de competência da instituição do júri, entidade não-estatal, constituída por pessoas do povo. Apesar disso, é reconhecida e administrada pelo Estado, nos termos do artigo 406 do Código de Processo Penal (CPP), sendo a sentença, inclusive, prolatada pelo juiz presidente da sessão de julgamento (artigo 492 do CPP).

de um conjunto de procedimentos legais que constituem o processo penal. É ele que se põe entre o cometimento do crime e a sanção penal, para fixar limites à verificação da ocorrência efetiva do crime e da possibilidade jurídica de atuação do Estado enquanto ente sancionador. É justamente este elemento intermediário, este espaço entre a prática efetiva do crime e a pena, situado no interior do processo penal, que se conhece por responsabilidade penal. É a responsabilidade penal a ponte que une os conceitos de crime e de pena segundo o modelo de justiça penal retributivo.

No Direito brasileiro, o tema da responsabilidade recebe atenção bastante desigual, dependendo do contexto jurídico, ou melhor, da subárea do Direito em que eventualmente se encontre. Diferentemente do que acontece no Direito Civil, onde a responsabilidade civil é matéria de alta estirpe na hierarquia dos manuais - título de cadeira tradicional das faculdades de Direito - e objeto certo da especialização de profissionais que buscam sucesso em suas carreiras - no Direito Penal a responsabilidade penal não chega sequer a ser um tema de estudo. Pelo contrário, constitui uma noção quase que apriorística, um conceito sem conteúdo ante a ausência de preocupação doutrinária quanto a sua definição. Tampouco sua localização no sistema dogmático é fixa: ora aparece na região da teoria do delito, ora no contexto da dosimetria, etc. A responsabilidade, no campo penal, é uma noção amorfa e errante.

De qualquer sorte, esforçando-se em reunir e identificar os significados mais recorrentes na doutrina brasileira, pode-se afirmar que a responsabilidade penal se apresenta sob duas formas mais relevantes: 1) a primeira como noção de Direito Penal e 2) a segunda como efeito da atividade decisória do juiz. Todas essas formas se ligam direta ou indiretamente à maneira com que o sistema de justiça penal retributiva atribui responsabilidade.

1) Como noção de Direito Penal, a responsabilidade penal se liga ou se confunde com o conceito de culpabilidade. Quando assim ocorre, tanto toma a forma de: a) princípio de direito penal (princípio da responsabilidade subjetiva e princípio da responsabilidade pessoal); quanto se refere ao b) elemento integrante do conceito analítico de crime (fato típico, ilícito e culpável).

a) Enquanto princípio, a responsabilidade subjetiva (ou princípio da culpabilidade) corresponde ao axioma *nulla actio sine culpa*. Traduz-se, assim, pela necessidade de verificação do conhecimento e vontade de agir do autor do delito como pressuposto para a condenação e conseqüente aplicação da pena. Segundo Ferrajoli (2002, p. 80), em um modelo

garantista de direito penal, resta impossibilitada a aplicação de uma sanção penal sem que antes haja o exame judicial da intencionalidade do autor do delito. Modelos de direito penal que desconsideram tal princípio em seus ordenamentos são denominados de modelos de direito penal autoritários. A partir desse sentido de responsabilidade penal, do ponto de vista da racionalidade iluminista, liberal, a punição do sujeito que age sem o domínio de sua vontade, ou em circunstâncias tais que inviabilizam a previsão ou evitabilidade do resultado de sua conduta, é inaceitável. A partir dessa tradição, qualquer mecanismo jurídico que implique a responsabilidade penal objetiva, ou seja, a atribuição de responsabilidade que se esgota com a simples relação de causa e efeito unindo a conduta e o resultado, sem importar qualquer espécie de causalidade psíquica, é vedada. A responsabilidade penal no modelo retributivo da racionalidade moderna, liberal, iluminista, portanto, é responsabilidade subjetiva. Contudo, podemos afirmar que esta característica não é uma característica fundamental do modelo retributivo. Pode-se conceber modelos retributivos (onde a pena é a consequência necessária do crime), em que a responsabilidade seja atribuída objetivamente.

Sob a forma do princípio da responsabilidade pessoal, do ponto de vista da tradição iluminista de direito penal, individualista e liberal, não pode haver a imposição de pena a um determinado sujeito por fato de terceiro. Tampouco cabe a responsabilidade “coletiva, subsidiária solidária ou sucessiva” (QUEIROZ, 2008, p. 57) tal como nos modelos das vinganças ou do Direito Penal Canônico¹⁰⁷. No modelo retributivo (que tem raízes nessa racionalidade iluminista), os pais não respondem pelos filhos, nem os tutores pelos seus pupilos, ou o indivíduo pela ação do grupo a que pertence¹⁰⁸. No Brasil, o conceito se relaciona com o princípio da pessoalidade ou da intranscendência, previsto na Constituição Brasileira em seu artigo 5º, XLV, sendo seu desdobramento lógico: de acordo com o princípio, o terceiro não pode ser responsabilizado penalmente por ato de outrem, ou nos termos da lei, nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

¹⁰⁷ Sobre o tema, nas Ordenações Filipinas, diploma legal vigente no Brasil-colônia do século XVII, Livro V, título VI, artigo 12, se previa a pena de infâmia para os filhos cujos pais ou avós haviam sido condenados pela prática do crime de lesa-majestade. Os infamados eram excluídos da sucessão paterna, proibidos de fazer parte da ordem da Cavalaria ou de outro posto oficial. A pena, havida pela “maldade” cometida por seus pais ou avós, além de pessoalidade, prescindia da culpa dos condenados.

¹⁰⁸ Exemplo curioso de responsabilidade penal subsidiária era a do diretor ou redator-chefe do jornal, quando ausente do país o autor do escrito, nos termos do artigo 37, II, a) da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), julgada não-recepcionada pelo STF no ano de 2009, através da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 130, de relatoria do Ministro Ayres Britto.

Quanto ao que foi dito acima sobre o princípio da responsabilidade subjetiva, o mesmo deve se aplicar ao princípio da responsabilidade pessoal. Não há que se falar de uma vinculação obrigatória entre o garantismo penal e o sistema penal retributivo¹⁰⁹.

b) Ao se referir ao elemento do conceito analítico de crime, a responsabilidade penal adere à culpabilidade, tomando esta como seu pressuposto de configuração. A culpabilidade, por sua vez, equivale ao juízo de reprovação da conduta: a conduta criminosa é considerada reprovável quando, a critério do autor, poderia se dar de outro modo, conforme o dever jurídico¹¹⁰ (BITENCOURT, 2016, p. 453). A compreensão da culpabilidade, nesse contexto, subentende a divisão do conceito de crime em três partes distintas: fato típico, ilícito e culpável¹¹¹. A partir dessa perspectiva abstrata, somente há crime quando esses três elementos se reúnem no contexto de um mesmo fato jurídico. Assim sendo, o exame da responsabilidade penal do autor consiste, uma vez verificadas a tipicidade e a ilicitude de sua conduta, na confirmação de que seu agir também foi reprovável. Esse exame se dá pela averiguação da imputabilidade do autor, de sua potencial consciência sobre a ilicitude do fato e da exigibilidade de conduta diversa¹¹². Somente após essa verificação da responsabilidade penal, ou seja, da culpabilidade do autor, é que o réu poderá sofrer uma sanção penal. Nesse processo, responsabilidade penal e culpabilidade são conceitos que tendem a confundir-se¹¹³.

¹⁰⁹ Lembra-nos Ferrajoli que nada impediria a vontade política de conceber ordenamentos jurídicos imunes à influência de um ou de alguns princípios garantistas, como os da responsabilidade subjetiva e da responsabilidade pessoal. Esses ordenamentos, então, variariam conforme seu grau de racionalidade interna e poderiam ser escalonados e classificados em modelos de tipo: a) garantista (aquele em que todos os axiomas se apresentam); b) de processo penal autoritário; c) de direito penal autoritário e d) irracional (estes últimos ausentes de algum ou de alguns dos princípios). (FERRAJOLI, 2002, p. 78-82).

¹¹⁰ O conceito de culpabilidade não é um conceito unívoco. A discussão sobre a culpabilidade está presente na obra de diversos autores clássicos como Welzel e Maurach e se insere em um contexto mais amplo, de disputa teórica entre o normativismo-kantiano e o finalismo. Para alcançar os fins desta pesquisa, nos interessa tão-somente expor o conceito normativo-puro (finalista) de culpabilidade, sendo despicienda adentrar a discussão entre as duas teorias da culpabilidade. O conceito de culpabilidade apresentado é bastante usual na doutrina penal brasileira e foi deduzido de Bitencourt (2016).

¹¹¹ O conceito analítico de crime, segundo Tavares (1980, p. 2), surgiu no final do século XIX e começo do século XX, fruto dos avanços científicos da época. Foi criado “[...] com a finalidade principal de, isolando as partes componentes do delito, aprofundar o estudo do desenvolvimento interno das normas penais e, assim, facilitar a aplicação do direito [...]”. Frise-se que a partição do conceito de crime varia na doutrina de diversas maneiras, assumindo a forma que lhes emprestam suas teorias de base. Pode-se encontrar o conceito cindido tanto em quantidade de termos distinta (delito como força física e força moral, de Carmignani) quanto em qualidade de termos (tipicidade, ilicitude e responsabilidade, de Roxin). O conceito aqui adotado é considerado predominante na doutrina especializada (BITENCOURT, 2016, p. 278).

¹¹² A doutrina brasileira apresenta o conceito normativo-puro (finalista) de culpabilidade como sendo integrado pelos elementos da imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa, a exemplo de Bitencourt (2016), Delmanto (2016). Para o aprofundamento sobre o tema - que extrapola o objeto desta dissertação - remetemos o leitor às obras indicadas.

¹¹³ Sobre a tendência de confusão entre responsabilidade penal e culpabilidade explica Ferrajoli (2002, p. 87) que “o conceito de ‘responsabilidade’ se diferencia nitidamente dos de ‘imputação’, ‘imputabilidade’ e, ainda mais, de ‘culpabilidade’, com os quais, às vezes, é confundido. Com efeito, estes conceitos designam garantias, isto é,

2) Como efeito da atividade decisória do juiz, a responsabilidade penal corresponde ao resultado da aplicação de uma determinada técnica judicial de atribuição de pena. É o produto da atividade prática-processual, realizada pelo juiz no caso concreto, de colheita e valoração das provas dos autos, de confronto e conformação entre os pressupostos fáticos e jurídicos que caracterizam o fato criminoso e autorizam, por meio da sentença condenatória, a aplicação da sanção penal¹¹⁴. Enfim, é a consequência real da verificação da verdade formal nos autos, que serve, por sua vez, de pré-requisito para a condenação e execução do julgado¹¹⁵.

A responsabilidade penal, assim concebida nos limites epistemológicos do sistema penal retributivo, apresenta duas características fundamentais: a) diz respeito à criação, por via judicial, de um *status* passivo do réu condenado, e b) é um conceito meramente dogmático. Ambas as características distinguem a atividade processual de atribuição de responsabilidade penal por um matiz negativo com relação ao réu. É dizer, se por um lado vincula à imposição de um *status* de mero receptáculo da ação estatal sobre o réu - que deve sujeitar-se ao poder de império do Estado, por outro, ao Estado implica o dever/poder de postar-se ativamente, afinal, o resultado deste processo redundará na autorização para o início da execução penal.

a) Responsabilidade penal e o *status* passivo do réu: a atividade de atribuição da responsabilidade penal atravessa, assim, o exame do conceito analítico de crime, que uma vez

condições [...] da responsabilidade penal que é, assim, uma noção equivalente à de “(submissão)” a pena”. É desse sentido “confuso” de responsabilidade que a doutrina costuma se valer quando se refere à responsabilidade (ou irresponsabilidade) penal da pessoa menor de 18 anos ou da pessoa jurídica. Ao confundirem-se ambas as noções, resta à doutrina concluir pela ausência de responsabilidade do menor de 18 que comete um ato tipicamente criminoso (e que não apresenta imputabilidade, um dos aspectos da culpabilidade). Do mesmo modo, aqueles que defendem a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica, argumentam no sentido de que os entes incapazes de culpabilidade (de imputabilidade) não podem cometer crimes, a exemplo de Lobato (2010, p. 278).

¹¹⁴ Segundo o modelo retributivo, a responsabilidade penal é instrumentalizada pelo processo penal. Resulta do exame judicial das provas dos autos, da comprovação da materialidade do delito e da autoria do acusado, além da verificação da ausência de qualquer hipótese justificadora de sua ação. Com efeito, não só as excludentes de culpabilidade afastam a responsabilidade penal, mas também as excludentes de tipicidade e ilicitude, assim como as regras de concurso de pessoas a diminuem gradativamente. No dizer de Ferrajoli (2002, p. 56), a única justificação aceitável para o sacrifício da liberdade humana, nos limites da tradição do liberalismo penal, é a verificação da responsabilidade penal, que se dá normalmente através da submissão de teses fáticas e jurídicas à prova judicial. Em suma, a responsabilidade penal do indivíduo não pode ser presumida, posto que a pena não pode incidir sobre quem ainda não foi formalmente considerado culpado. Logo, tudo aquilo que se refere à responsabilidade penal do agente deve ser provado.

¹¹⁵ Essa noção de responsabilidade penal como base ou pressuposto para a imposição da pena é a forma dominante com que a doutrina brasileira e latino-americana tem empregado o termo. Esse mesmo sentido é notado nas obras do peruano Gonzáles (2010, p. 45), do argentino Mir Puig (2003, p. 82), da mexicana Guardiola (2012, p. 59), além das obras dos brasileiros Leiria (1972, p. 235), Queiroz (2008, p. 219) e Bitencourt (2016, p. 65), por exemplo.

completado no caso concreto, confere ao condenado uma posição jurídica de sujeição ocupada por ele¹¹⁶. Essa posição de sujeição do condenado passa a existir em relação ao poder punitivo do Estado, que fica autorizado a exercer o poder de punir. Para Ferrajoli, a responsabilidade penal é “o conjunto das condições normativamente exigidas para que uma pessoa seja submetida à pena” (FERRAJOLI, 2002, p. 73), ou ainda, “a sujeição jurídica à sanção como consequência de um delito, qualquer que seja a relação normativamente exigida entre o sujeito chamado a responder e o delito pelo qual responde” (FERRAJOLI, 2002, p. 391).

b) Responsabilidade penal como conceito dogmático¹¹⁷ : o conceito de responsabilidade penal é dogmático (formal) na medida em que seu conteúdo é determinado pelas regras específicas de cada ordenamento, definidoras do momento ideal para a pena, do “quando punir”, do instante em que o Estado se satisfaz na busca da verdade formal e encerra sua investigação, para assim iniciar a execução do castigo. É a lei que pavimenta o caminho jurídico-processual rumo à autorização da aplicação da pena, e que determina sua rota e seu ponto de chegada¹¹⁸.

É nesse contexto que se permite conceber os conceitos derivados de responsabilidade subjetiva e objetiva (quando o caminho para a aplicação da sanção penal atravessa ou não o exame da culpabilidade). Em um sistema garantista ou em qualquer outro que inclua a garantia da responsabilidade individual (ou pessoal) como princípio, a pena é aplicada somente após a confirmação da reprovabilidade da ação.

Registre-se que, outrora, em ordenamentos chamados “arcaicos”, a pena já foi aplicada *sine culpa* (FERRAJOLI, 2002, p. 391). Ainda assim, nesses casos, há de se falar em responsabilidade penal. Embora a execução sumária da pena seja um fenômeno verificável na história da humanidade, há que se compreender que antes mesmo da ascensão da justiça penal

¹¹⁶ A esse respeito, deduz de Bitencourt que a responsabilidade penal é o resultado de um “juízo de atribuição” que se processa em estágios ou degraus valorativos, quais sejam, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade (BITENCOURT, 2016, p. 345 e 437).

¹¹⁷ “[...] A imputabilidade é coisa de fato. A responsabilidade é coisa de direito. A primeira pode dar causa à segunda, mas não constitui-la, quer dizer, forma ou constitui o fundamento legal, nada mais” (FERRAJOLI, 2002, p. 88).

¹¹⁸ Note-se que a responsabilidade penal - enquanto conceito jurídico - é balizada pela lei (portanto tem natureza de dogma jurídico), e seus contornos e conteúdo podem variar conforme o ordenamento jurídico que lhe sirva de referência. Contudo, a atividade de atribuição de responsabilidade é, logicamente, uma práxis. É através do exame das provas, e não de meras suposições, que a materialidade do fato, a autoria, a adequação do fato à tipicidade, as circunstâncias que o envolvem, a ofensa ao bem jurídico, a inexistência de excludentes de qualquer natureza, etc, são verificadas, e só uma vez satisfeitas todas as condições que precedem a punição é que surge para o Estado o direito de submeter o culpado ao castigo.

retributiva, tal como paradigma, as diversas sociedades que existiram, supuseram critérios que intermediavam a prática do crime e a pena. Na Grécia Antiga, por exemplo, a prática do inquérito, ou seja, do testemunho por lembrança, influenciou todo o pensamento jurídico ocidental¹¹⁹. O inquérito era a forma procedimental de “descoberta judiciária, jurídica da verdade” dos fatos. Através desse procedimento é que a responsabilidade penal se verificava, mesmo num modelo de justiça penal muitos séculos anterior do paradigma moderno retributivo.

Embora a responsabilidade penal possa se apresentar de distintas formas, variando seu significado no espaço, no tempo, de acordo com cada ordenamento em particular (dependendo da extensão mais ou menos abrangente de garantias legais que se inserem no percurso de atribuição da pena), há um elemento em comum que liga todas elas. Se por um lado, a responsabilidade penal se apresenta, na melhor das hipóteses, como pano de fundo de um modelo de princípios garantistas (como os da estrita legalidade e da culpabilidade, por exemplo), por outro, ela sempre será o pressuposto lógico da pena.

Esse caráter de silogismo entre a responsabilidade penal e a punição é que caracteriza essencialmente o sistema retributivo de justiça penal. Daí que se pode dizer que a responsabilidade penal é um conceito formal, dogmático, não-substancial, que se liga umbilicalmente à pena numa relação de necessidade. É um conceito que antecede abstratamente a punição do condenado, e que funciona como cimento lógico da relação crime-pena, cerne do paradigma retributivo.

Mas ainda há uma terceira forma de compreender a responsabilidade no campo da justiça penal retributiva. Uma forma com feições menos jurídicas e que, portanto, se aproxima de uma concepção substancial e moral de responsabilidade. Tal concepção concentra seu foco na transformação do agir do condenado, dirigindo-a para o futuro e convertendo-a em conduta individual socialmente útil. Essa última forma de entender o que seja a atribuição de responsabilidade, nos moldes do sistema de justiça penal retributiva, se apresenta no contexto da política criminal europeia do final do século XIX e início do século XX, no âmbito da execução penal, e encontra no cárcere seu *locus* de atuação.

¹¹⁹ Segundo Foucault (2002, p. 54), o direito de testemunhar foi uma das maiores conquistas da democracia ateniense do século V. Consistia no direito de que dispunha todo cidadão, por mais humilde que fosse, de opor a verdade contra qualquer tipo de presunção, mesmo a presunção de um rei ou tirano. Segundo o autor, o inquérito grego deu lugar a elaboração do que se poderia chamar de “formas racionais da prova e da demonstração: como produzir a verdade, em que condições, que formas observar, que regras aplicar” (FOUCAULT, 2002, p. 54).

3.4 ETIOLOGIA CRIMINAL, CÁRCERE E “TRANSFORMAÇÃO” DO CONDENADO

Do mesmo modo que as noções de crime, de criminoso e de sanção penal se transformaram na passagem da Idade Média à Modernidade, uma vez mais se alteraram entre os séculos XVIII, XIX e XX. Se no medievo o crime se aproximava do pecado - da ofensa à autoridade divina, o criminoso do pecador e a pena da vingança ou da redenção, nos séculos seguintes se afastaram desses sentidos, vindo a se orientar por novos referenciais.

Do século XVIII até meados do século XIX, o pensamento jurídico dominante na Europa, a respeito do que era o crime e o criminoso, fundava-se numa filosofia racionalista e jusnaturalista de Direito Penal (BARATTA, 2002, p. 32). Para autores da chamada Escola Clássica, como Beccaria, Filangieri, Romagnosi, Carmignani e Carrara, o crime violava diretamente a norma jurídica, e indiretamente um bem jurídico essencial à manutenção do contrato social. O sujeito, dotado de razão, consciência e liberdade para agir de qualquer modo, qualificava-se como criminoso quando escolhia a opção juridicamente reprovável. A pena, por sua vez, após o procedimento judicial de atribuição de responsabilidade - centrado na culpa - desempenhava uma dupla função: se por um lado retribuía o mal causado (com outro mal), por outro dissuadia o restante da população. Nessa perspectiva, o crime era expressão do livre-arbítrio, e o criminoso era uma pessoa comum, ordinária, que elegia mal a maneira de exercer sua liberdade.

A partir do final do século XIX, crime e criminoso ganham, mais uma vez, novos significados. Em razão dessa atualização, o sentido da pena é impactado profundamente à medida que esta passa a agregar uma função transformadora, além das de retribuição e dissuasão.

Entre o final do século XIX e o início do século XX, a antropologia, a psicologia e a sociologia positivistas passam a ditar as coordenadas da interpretação criminológica. As obras de autores como Gabriel Tarde, na França; Franz von Liszt, na Alemanha, mas principalmente Cesare Lombroso (“O homem delinquente”, 1876), Enrico Ferri (“Sociologia Criminal”, 1900) e Raffaele Garófalo (“Criminologia”, 1905), na Itália, compuseram um *corpus* comum que se convencionou chamar de “criminologia positivista”: juntas inauguram a história da Criminologia como ciência autônoma.

A novidade trazida pela criminologia positivista assentou-se no fato de que o crime deixava de ser um conceito exclusivamente definido pelo direito, abstrato, apartado da realidade, para ser considerado um fenômeno da natureza, um fato humano observável e distinto dos demais fatos humanos (ontologicamente distinto). O crime, assim, era um objeto científico, um fenômeno determinado por causas bastante específicas, e, portanto, previsível.

Paralelamente, a visão sobre o criminoso também se alterou: a abordagem antropológica de Lombroso levava a crer na existência de um ser biologicamente propenso ao crime; o criminoso nato. Para o autor italiano, o criminoso era um espécime à parte do gênero humano, um ser anormal, patológico, e, portanto, perigoso. Garófalo acentuava os fatores psicológicos como causas dessa personalidade que tendia ao crime. Ferri, por sua vez, se concentrava nos fatores sociológicos que determinavam o caráter desviante: ampliou o horizonte causal identificando “uma tríplice série de causas ligadas à etiologia do crime: individuais (orgânicas e psíquicas), físicas (ambiente telúrico) e sociais (ambiente social)” (ANDRADE, 1995, p. 25).

A criminologia positivista, nesse sentido, fez incidir toda a luz do sistema penal sobre a figura do indivíduo delinquente, sua personalidade e biografia, em detrimento do delito enquanto fato jurídico puro. Logo, toda reação social, para se justificar cientificamente, deveria repercutir não sobre o fato, mas sobre o indivíduo.

A pena, por fim, assumiu uma nova função: uma função não apenas de repressão e dissuasão, mas principalmente de “ortopedia”, de melhoria do delinquente, de reeducação, ressocialização – uma verdadeira função curativa e moralmente transformadora do indivíduo.

Nesse contexto, perdeu relevância a atividade jurisdicional de atribuição de responsabilidade penal como pressuposto da pena. Se o criminoso passou a ser considerado como um indivíduo determinado por causas biológicas, psicológicas e sociais, o conceito de culpabilidade ficava em segundo plano na mesma medida que o conceito de livre-arbítrio. Em seu lugar, assumiu o conceito de periculosidade¹²⁰. Mesmo assim, a noção de responsabilidade, longe de deixar de existir no âmbito do sistema de justiça penal retributivo, deslocou a maior parte de sua potencialidade ideológica, da fase de instrução processual e da

¹²⁰ A esse respeito, escreve Andrade: E é este potencial de periculosidade social, que os positivistas identificaram com anormalidade e situaram no coração do Direito Penal que justifica a pena como meio de defesa social e seus fins socialmente úteis: a prevenção especial positiva (recuperação do criminoso mediante a execução penal) assentada na ideologia do tratamento que impõe, por sua vez, o princípio da individualização da pena como meio hábil para a elaboração de juízos de prognose no ato de sentenciar (ANDRADE, 1995, p. 26).

investigação retrospectiva do fato, para ressurgir reforçada no palco da execução da pena, como meta de um processo de transformação do condenado. A pena ganhou a função de atribuição de responsabilidade por meio da emenda do criminoso e do controle de sua conduta virtual, dirigida para o futuro. Pena e responsabilidade moral andariam agora de mãos dadas.

Essa mudança de concepção a respeito dos conceitos fundamentais que estruturavam o campo do conhecimento criminológico, entre os séculos XIX e XX, acompanhava a defasagem completa das práticas de política criminal encetadas pela agenda do Iluminismo oitocentista. Em nenhuma hipótese poderia continuar de pé uma estrutura penal, baseada numa técnica punitiva tal que se realizasse por meio do exílio, da humilhação pública, do trabalho forçado e da pena de talião (Foucault, 2002, p. 82-83). Não haveria espaço neste menu tecnológico obsoleto, para a implementação de um novo projeto político de recuperação do condenado.

Com efeito, o projeto de transformação do indivíduo não fazia parte do programa de Direito Penal iluminista do século XVIII. A Escola Clássica do Direito Penal não considerava o indivíduo criminoso como um ser anormal. O crime era resultado do exercício do livre arbítrio. Por isso a pena tinha a função estritamente retributiva e de dissuasão, e se legitimava pela sua necessidade e utilidade pública. A pena não era para intervir no indivíduo criminoso, modificando-o, mas para repercutir na população em geral.

Somente com a institucionalização do cárcere e a difusão da privação de liberdade como sanção-padrão do sistema de justiça penal retributiva, é que a nova finalidade da pena pôde ser posta em prática:

A prisão não pertence ao projeto teórico da reforma da penalidade do século XVIII. Surge no início do século XIX, como uma instituição de fato, quase sem justificação teórica. Não só a prisão – pena que vai efetivamente se generalizar no século XIX – não estava prevista no programa do século XVIII, como também a legislação penal vai sofrer uma inflexão formidável com relação ao que estava estabelecido na teoria. Com efeito, a legislação penal, desde o início do século XIX e de forma cada vez mais rápida e acelerada durante todo o século, vai se desviar do que podemos chamar a utilidade social; ela não procurará mais visar ao que é socialmente útil, mas pelo contrário, procurará ajustar-se ao indivíduo (FOUCAULT, 2002, p. 84).

Neste ponto é que a criminologia positivista e o cárcere, enquanto grande instituição penal da modernidade, se encontram em caráter definitivo. É nesse período da história que se estabeleceu na Europa, e mais tarde em todo o mundo ocidental, um projeto político, de

controle, reforma psicológica e moral das atitudes dos indivíduos, chamado por Foucault de “sociedade disciplinar” (FOUCAULT, 2002).

Toda a penalidade do século XIX passa a ser um controle não tanto sobre se o que fizeram os indivíduos está em conformidade ou não com a lei, mas ao nível do que podem fazer, do que são capazes de fazer, do que estão sujeitos a fazer, do que estão na iminência de fazer (FOUCAULT, 2002, p. 85).

Tal projeto político que se inaugurou no início do século XIX mirava a correção da virtualidade dos indivíduos, ou seja, a emenda do sujeito dirigindo sua conduta para o futuro¹²¹. A sociedade disciplinar, para Foucault, seria um tipo de sociedade do controle, de “ortopedia social” abrangente, arranjada no formato de uma rede amplíssima e diversificada de instituições, de “poderes laterais” à própria justiça. A polícia, a escola, o hospital, o manicômio, a fábrica, como também o presídio, seriam espaços de exercício de um poder disciplinar, de vigilância e correção, de controle dos indivíduos e formatação de suas subjetividades. Nesse contexto, saberes como a Psicologia, a Psiquiatria, a Sociologia, e a Criminologia não apenas tinham a oportunidade de emergir enquanto ciência, mas também de atuar como fontes de legitimação.

É bem verdade que, para a criminologia positivista, sobretudo a de Ferri (1857) e Garófalo (1893), há delinquentes, que, por conta de suas características atávicas peculiares, qualquer espécie de tratamento, disciplinamento ou recuperação moral seria inócua. Assim, importava à criminológica do século XIX o trabalho técnico de elaboração de um minucioso quadro referencial, de natureza classificatória dos criminosos, conforme seu grau de periculosidade e de acordo com as causas psicológicas ou sociais capazes de despertá-la.

Para cada situação, uma medida técnico-jurídica era fundamentadamente recomendada. Para os criminosos reconhecidamente acometidos por “anomalia assassina”, a medida a ser adotada era a eliminação, a pena de morte, por exemplo. Para criminosos com esse grau de anormalidade, o recurso ao processo judicial e a atribuição de responsabilidade penal não fariam qualquer sentido:

A taes delinquentes, incapazes de toda a adaptação por insusceptibilidade de *sympathia*, deveria applicar-se a fórmula mais absoluta de eliminação. A

¹²¹ Foucault, citando Treilhar, conselheiro de Estado, jurista do Império francês (século XIX), escreve: “O procurador não deve ter como função apenas perseguir os indivíduos que cometeram infrações; sua função principal e primeira deve ser a de vigiar os indivíduos antes mesmo que a infração seja cometida” (FOUCAULT, 2002, p. 107).

enormidade do mal que elles são capazes de provocar não pode permitir ao poder tutelar da sociedade deixar que persista mesmo uma difficil probabilidade de recidiva. A morte, pois, é o único meio realmente idoneo para os assassinos não alienados (GAROFALO, 1893, p. 460).

Entretanto, o quadro classificatório não esgotava sua finalidade na fundamentação científica da pena de morte para delinquentes irrecuperáveis. Em confronto direto com a política penal liberal, a criminologia positivista tendia a dispensar abruptamente as garantias penais, os avanços do Direito Penal humanista. Nesse contexto, as classificações criminológicas, com suas nuances bastante diferenciadas, permitiam uma abertura à aplicação de técnicas penais também diferenciadas, distintas da pena de morte.

A partir de sua classificação em cinco categorias¹²², Ferri (1857) admitia, mesmo para o caso dos criminosos habituais, a possibilidade da recuperação moral:

[...] se distingue de otra clase de individuos que viven también en el delito y del delito, aunque por la influencia predominante del medio social que les ha visto nacer y desarrollarse, influencia siempre unida a una constitución orgánica y psíquica desgraciadas y cuyos individuos, sin embargo, una vez que llegan al estado de delito crónico, son incorregibles y degenerados como los demás delincuentes habituales; pero, antes de descender desde su primer delito al fondo de la abyección, habrían podido ser salvados con facilidad por instituciones de previsión, y por un medio menos profundamente viciado. (FERRI, 1857, p. 163-164).

Essa abertura é que justifica a transição paulatina, entre o século XIX e início do século XX, da concepção de um sistema penal estritamente baseado na eliminação, a um sistema penal aberto ao atravessamento de um projeto social disciplinar:

A partir do início do século XX ganha corpo a tendência médica no interior do discurso criminológico. Encontrar um corpo doente para o criminoso, seja estabelecendo correlações entre sífilis, lesões cardíacas, tuberculose, verminose e crime, seja buscando associar a variações da quota hormonal com distúrbios de comportamento, tal vai ser a tendência do discurso neste momento. [...] Estaria aberto o caminho para se afirmar que se alguém é preso, privado de suas garantias de cidadão, isto ocorre não apenas em razão de ter sido cometido um delito, mas em razão de uma doença que se quer curar. A prisão, como forma de intimação, de vingança, está em desuso, ou fora de moda. O judiciário humaniza-se, ao mesmo tempo que incorpora o

¹²² Para Ferri (1857): “[...] se ve que toda la multitud de delincuentes viene a clasificarse en cinco categorias, a las que apliqué desde 1880 las siguientes denominaciones: criminales locos, criminales natos, habituales o por hábito adquirido, criminales por ocasión y criminales por pasión” (FERRI, 1857, p. 164).

desenvolvimento da ciência. A prisão se dá em nome da cura e em benefício do próprio preso (RAUTER, 2003, p. 39-40).

Com efeito, a origem do presídio esteve umbilicalmente atrelada ao surgimento do capitalismo como modo de produção hegemônico na modernidade. Rusche e Kirchheimer (2004) dão conta de como a política criminal entre os séculos XVII e XIX seguiu a trilha das mudanças operadas no campo da economia, alterando sua direção em função dela. No século XVII, a política econômica mercantilista, baseada na produção manufatureira, e o fenômeno da escassez permanente de mão-de-obra articulavam-se com o cárcere (representado pelas casas de correção, hospitais gerais e *poor houses*) de tal forma que seus internos (vadios, mendigos, prostitutas, ladrões e órfãos) eram mantidos e educados para atuarem diretamente no mercado de trabalho. O cárcere mesmo era considerado na época uma unidade efetivamente produtiva e lucrativa, do ponto de vista financeiro: era administrado como uma empresa a ponto de competir em pé de igualdade (às vezes em vantagem) com as guildas de artesãos.

No século XVIII, com a Revolução Industrial, a demanda por trabalho manual é que se torna escassa e a orientação do preso para o mercado produtivo se torna desnecessária, mesmo desaconselhável do ponto de vista econômico. Se as máquinas substituem um sem número de trabalhadores, o trabalho nos presídios só pode se aplicar como simples meio de tortura. Contudo, no século XIX, a expansão da produção industrial possibilitou a absorção de uma grande massa de trabalhadores treinados: é justamente nesse período que a pena privativa de liberdade se tornou a principal forma de punição no mundo ocidental (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 146). O cárcere passou a atuar não mais exclusivamente como um equipamento de dissuasão, mas, sobretudo como instituição reformadora do indivíduo¹²³: uma instituição de cura moral e física, capaz de extirpar a patologia social ou hereditária que acometia o criminoso. Nesse sentido, a prisão tornou a articular-se não só em termos gerais com o modo de produção capitalista, mas também, e, especificamente, com a dinâmica de desenvolvimento da indústria.

¹²³ Importante ressaltar que Rusche e Kirchheimer (2004) apontam para esse mesmo período como o da criação e difusão de medidas alternativas à pena privativa de liberdade na Europa. É nesta fase que se passa a compreender de maneira comum que a força produtiva dos criminosos deveria sofrer o mínimo represamento possível. Daí surgirem e propagarem-se nesta época os institutos processuais da liberdade condicional (*probation*) e da fiança (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 200). A visão dos autores serve de contraponto para dizer que o cárcere não foi o único elemento do sistema de justiça penal posto em prática para a liberação da mão-de-obra dos criminosos em função do aparelho de produção capitalista. De qualquer sorte, os autores não negam o papel curativo e modificativo como uma das metas principais da política carcerária do século XIX.

Em verdade, o modelo panóptico de presídio, concebido por Jeremy Bentham no século XIX foi extraído do mesmo molde estabelecido para as fábricas¹²⁴: a fábrica era um presídio, o presídio era uma fábrica.

Nesse sentido, Cristina Rauter (2003):

No que se refere à questão da recuperação do criminoso, o trabalho será a terapêutica privilegiada. As prisões devem transformar-se em verdadeiras oficinas, em que o trabalho é antes de tudo oportunidade para o aprendizado da disciplina e da obediência e apenas secundariamente meio de subsistência. [...] A indisciplina e a ociosidade geram a miséria, que é por sua vez o gerador número um da criminalidade. Nada melhor, para o combate ao crime, que combater o ócio e a indisciplina, tanto na sociedade como um todo quanto na prisão, enquanto micro-sociedade (RAUTER, 2003, p. 63).

No interior da arquitetura panóptica benthaniana, trabalho, educação, religião e disciplina militar foram elementos conformadores da rotina do cárcere, e juntos convergiam para um controle sistemático e um exercício de poder moralizante, que incidiam diretamente sobre o indivíduo, visando endireitar a “irregularidade de sua vida” (FOUCAULT, 2002, p. 113). A reclusão do cárcere, portanto, era espécie de “reclusão inclusiva” (FOUCAULT, 2002): normalizava os indivíduos, ligava-os, fixava-os aos valores da sociedade capitalista industrial, instruindo-os, compelindo-os a comungar deles (a responsabilizar-se por eles).

O presídio, enquanto “instituição de sequestro” (porque extrai sua matéria prima do corpo de marginalizados das cidades industriais para incluí-los num círculo de valores específicos), desempenhavam, segundo Foucault, quatro funções diferentes:

A primeira função diz respeito ao controle total do tempo dos indivíduos “sequestrados”: “É assim que sob a forma destas instituições aparentemente de proteção e segurança se estabelece um mecanismo pelo qual o tempo inteiro da existência humana é

¹²⁴ Ao referir-se sobre a aplicabilidade de seu modelo panóptico, Jeremy Bentham escreve: “Para dizer tudo em uma palavra, ver-se-á que ele é aplicável, penso eu, sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos, nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas. Não importa quão diferentes ou até mesmo quão opostos, sejam os propósitos: seja o de punir o incorrigível, encerrar o insano, reformar o viciado, confinar o suspeito, empregar o desocupado, manter o desassistido, curar o doente, instruir os que estejam dispostos em qualquer ramo da indústria, ou treinar a raça em ascensão no caminho da educação, em uma palavra, seja ele aplicado aos propósitos das prisões perpétuas na câmara da morte, ou prisões de confinamento antes do julgamento, ou casas penitenciárias, ou casas de correção, ou casas de trabalho, ou manufaturas, ou hospícios, ou hospitais, ou escolas” (BENTHAM, 2008, p. 19-20).

posto à disposição de um mercado de trabalho e das exigências do trabalho” (FOUCAULT, 2002, p. 118).

A segunda função corresponde ao controle e o aproveitamento do corpo do condenado: se no Absolutismo o corpo do condenado era objeto de eliminação (pelas penas de morte, cruéis e suplícios), no presídio panóptico o corpo é objeto de controle e transformação. O corpo do indivíduo deve ser “formado, reformado, corrigido, deve adquirir aptidões, receber certo número de qualidades, qualificar-se como corpo capaz de trabalhar” (FOUCAULT, 2002, p. 119).

A terceira é a função que cria um novo tipo de poder, não somente econômico, mas um poder polimorfo, ao mesmo tempo político (porque decide sobre a vida do indivíduo) e judiciário (porque pune e recompensa o indivíduo quando age em conformidade ou não com as regras impostas) (FOUCAULT, 2002).

A quarta e última é a função de criação de um saber, de uma epistemologia sobre a conduta do indivíduo. O corpo do indivíduo é encerrado em um prédio, onde, ficando à disposição do diretor do presídio, é exposto ao exame, à observação, à experimentação (FOUCAULT, 2002). Foi esse cenário que serviu de campo para os estudos psiquiátricos, sociológicos e da criminologia positivista, por exemplo.

Com efeito, o cárcere, em sua origem moderna, realiza um projeto político de transformação total do indivíduo para a sociedade, em prol dela. Visa à emenda do criminoso para que este possa desempenhar um papel útil socialmente, conforme os valores impostos pelo capitalismo industrial¹²⁵. Por esta razão é que a prisão não pode significar “uma ruptura com o que se passa todos os dias”, mas deve funcionar como uma síntese simbólica, uma “imagem da sociedade” (FOUCAULT, 2002, p. 123).

Em verdade, desde a segunda metade do século XVIII o corpo humano tornou-se alvo de um poder disciplinar diferenciado, exprimível pela concepção de que o indivíduo se torna tanto mais obediente quanto mais útil e tanto mais útil quanto mais obediente (FOUCAULT, 1993, p. 119). Um poder disciplinar, portanto, distinto das disciplinas da escravidão, do capricho doméstico, da vassalagem e do ascetismo monástico (FOUCAULT, 1993), levado a

¹²⁵ Sobre o tema escrevem Rusche e Kirchheimer (2004, p. 103): “De todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado”.

cabo por uma espécie de “anatomia política” e por uma “mecânica do poder”: se a primeira esquadriha o corpo e identifica nele cada elemento, a segunda o desmonta, remonta, para ao fim dominá-lo. A disciplina moderna nasceu para fazer do indivíduo, primeiro um “corpo dócil”, e em última análise, “o princípio de sua própria sujeição”¹²⁶ (FOUCAULT, 1993, p. 159).

No interior do projeto amplo de sociedade disciplinar, do qual a prisão toma emprestadas as tecnologias de poder e, assim, dele passa a fazer parte, se aplica uma disciplina tal capaz de fabricar “corpos submissos e exercitados”, aptos a “operar como se quer” (FOUCAULT, 1993, p. 119). Essa mesma disciplina produz uma individualidade dotada de características específicas, fruto da aplicação de diversas técnicas de poder: a individualidade disciplinar é celular, orgânica, genética e combinatória (FOUCAULT, 1993, p. 141).

É celular, pois é resultante da distribuição programada dos indivíduos no espaço: os indivíduos são postos em espaços fechados e heterogêneos a todos (como nos conventos, nos colégios, nos quartéis, nas fábricas, nos hospitais). As instituições que dessa técnica se valem se assemelham a verdadeiras cidades cercadas, autossuficientes. Ao mesmo tempo em que satisfazem as supostas necessidades dos internos, os controlam, mantêm a ordem e contém os gastos. Tiram das forças represadas o máximo de vantagens e neutralizam seus inconvenientes (FOUCAULT, 1993, p. 121). Isolam os indivíduos em celas, induzindo à reflexão forçada e objetivando o controle minucioso sobre a localização dos indivíduos, das mercadorias, mesmo dos fatos (das doenças, dos crimes, das idas e vindas e da produção fabril).

É orgânica porque resultante da organização dos corpos em ordem, segundo uma hierarquia específica. Transformam uma massa informe em um conjunto ordenado e articulado de objetos distribuídos em posições determinadas.

É genética porque nasce do controle do tempo, da fixação do horário, das pausas, dos ciclos de repetição, do ritmo de trabalho, das atividades, da produção, e do trânsito. Nasce de uma técnica que assenta padrões de qualidade do tempo empregado, tomando por critério a

¹²⁶ Nesse ponto, em consonância com a tese de Foucault, registram Rusche e Kirchheimer (2004, p. 106-107): “As concepções refinadas de disciplina de uma comunidade fechada demandavam um tipo de recuperação que não significava somente conformidade externa aos regulamentos da sociedade mas a conversão espiritual”.

precisão dos movimentos e o aproveitamento do tempo em tempo integralmente útil, sem qualquer chance para a lentidão e a ociosidade (FOUCAULT, 1993).

É combinatória porque surge de uma prática pedagogia analítica, minuciosa, constituída por séries múltiplas e progressivas, bem dividida em segmentos, segundo um esquema preestabelecido, cujo arco se completa com uma avaliação final. O corpo, no interior dessas instituições disciplinares, funciona como peça da engrenagem, que se une a outros corpos de forma a homogeneizar as condutas, ajustar os comportamentos e os tempos individuais a um só tempo, determinado pela rotina institucional e externado por meio de comandos claros e suficientes à pronta obediência.

Além das técnicas que resultam numa individualidade escandida, submissa, contribuem para o efeito de docilidade do corpo outros recursos, como: a vigilância hierárquica, a sanção normalizante, o exame e o panoptismo.

A arquitetura dos prédios onde funcionam as instituições disciplinares presta-se não mais a que estes sejam vistos ou a vigilância do espaço externo, mas a exposição ininterrupta dos que estão dentro e, assim, a viabilização do controle e da reconfiguração de suas condutas. Dentro desses edifícios se desenvolvem mecanismos administrativos de sanção dos internos. Normas específicas definem um microcosmos penal, formado por delitos específicos, formas de julgamento e micropenalidades do tempo, da atividade, da maneira de ser, dos discursos, do corpo e da sexualidade dos internos (FOUCAULT, 1993, p. 149). Essas mesmas sanções homogeneizam os comportamentos à medida que definem um padrão e gratificam as condutas que para ele convergem. Pressionam os indivíduos para se submeterem a um mesmo modelo. Esse controle “normalizante” se exerce, antes de tudo, por meio da técnica do exame, da qualificação, da classificação, da diferenciação dos indivíduos segundo uma tábua de valores que lhe são externos. Todas essas técnicas são levadas ao extremo pelo panoptismo: espécie de técnica política de vigilância constante, generalizante e minuciosa, ramificada por todo o corpo social, que induz no interno de qualquer instituição disciplinar “um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder” (FOUCAULT, 1993, p. 166). Essa técnica arquitetural, mas, sobretudo política, prende o indivíduo numa situação de poder “de que ele mesmo é portador”. O panoptismo reforça o poder disciplinar de tal maneira que o estado de adestramento do corpo extrapola e invade a psique: a relação de poder e de dominação se introjeta no indivíduo de forma a ser acionada pelo próprio dominado e de maneira a funcionar incessante e

espontaneamente: o indivíduo na sociedade disciplinar é tanto o produto do mecanismo de poder quanto sua própria engrenagem (FOUCAULT, 1993).

O cárcere, assim, reuniu e amplificou todas as estratégias comuns às instituições que compuseram o projeto de sociedade disciplinar do século XIX.

Diferente da política absolutista de terror e de eliminação de corpos, o cárcere, dentro da lógica positivista, torna-se uma instituição central para o modelo retributivo moderno: a pena converte-se num conjunto sistematizado e racional de coação e de disciplina. O presídio surge como laboratório onde não só se modificam pessoas, mas onde se fabricam pessoas (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 214).

No momento histórico em que se inscrevem os modelos prisionais da Filadélfia e de Auburn¹²⁷ (FOUCAULT, 1993; MELOSSI; PAVARINI, 2006; RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004), o corpo do condenado ganha importância para a composição da força de trabalho e sua eliminação se torna um desperdício para o mercado. A integração social, neste estágio de acumulação capitalista, passa a ser de suma importância para a lógica econômica. Nos dois modelos prisionais, a transformação do apenado em proletário é imprimida graças a introdução de três elementos até então exteriores à rotina militarizada do cárcere: a educação, a religião¹²⁸ e o trabalho. Esses três novos componentes, atrelados a uma rígida disciplina interna, foram capazes de criar um ambiente institucionalizado de sujeição física e moral¹²⁹ (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 222-223).

¹²⁷ Os modelos prisionais da Filadélfia e de Auburn foram os primeiros a ser instaurados nos Estados Unidos no final do século XVIII e início do século XIX. O primeiro se baseava no confinamento celular e na reforma do criminoso através do silêncio, da meditação e da leitura da Bíblia. O segundo regravava-se pelo trabalho comum durante o dia e o isolamento noturno. Ambos serviram de inspiração para os presídios de diversos países europeus como é o caso da Alemanha, França, Bélgica e Holanda (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, p. 179-192).

¹²⁸ A respeito da introdução das doutrinas religiosas na rotina do cárcere, Rusche e Kirchheimer afirmam que tanto o calvinismo quanto o catolicismo, embora com fundamentos opostos, colaboraram para o desenvolvimento da instituição, inculcando nos detentos o senso de disciplina e a necessidade de reflexão e arrependimento (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, 73, 82).

¹²⁹ Rusche e Kirchheimer ilustram bem a necessidade de sujeição do detento no processo de execução da pena, no século XIX: “[...] o relatório de 1825 sobre a prisão do cantão de Waad, um dos documentos mais valiosos de toda a literatura da época sobre o cárcere, insistia em primeiro lugar que a mera privação de liberdade não era uma punição efetiva para as classes subalternas. A conclusão a que chegou o relatório era de que a condição necessária para a reincorporação do prisioneiro à sociedade era a submissão incondicional à autoridade, uma conclusão que permaneceu inalterada nos programas de reforma até o presente momento. [...] Uma vez que essa rotina se constituísse um hábito, o primeiro passo para a recuperação teria sido dado. (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004, P. 151)

Se o projeto de sociedade disciplinar do século XIX, constituído por um conjunto complexo e minucioso de tecnologias da sujeição, se estendeu às escolas, hospitais, quartéis militares, e fábricas, no cárcere encontrou o ambiente mais fértil para sua reprodução.

No interior da arquitetura prisional, a clientela cativa e recalcitrante de indivíduos sob seu domínio absoluto, incondicionalmente disponível, se rendia a um processo de assimilação de valores que não por acaso eram deduzidos de um sistema determinado, próprio de uma classe e de uma estrutura social particular.

Todo um conjunto inovador e específico de elementos morais, constituído, por exemplo, pelo respeito à delimitação do tempo, à demarcação excludente dos espaços, às regras elementares da propriedade e da poupança, a docilidade para o trabalho e a estabilidade da habitação e da família, era transmitido sistematicamente (FOUCAULT, 1993, p. 237).

Desses valores, o interno era induzido, constringido a comungar, a tomar para si como se fossem seus. Era impelido a convencer-se de que o sofrimento da pena tinha por razão profunda o desrespeito às linhas de demarcação social, os traços que fixavam os papéis dentro da hierarquia social. A submissão a essa espécie de pedagogia da hierarquia social, a que se condicionava o preso, tinha por finalidade vinculá-lo a esses valores, fazendo-o, ao final do processo, autorresponsabilizar-se por eles.

Os objetivos de regeneração, de correção dos vícios da educação, da ociosidade, da imoralidade, da falta de gosto pelo trabalho, em verdade pressupunham um quadro de valores específicos, os quais se pretendiam universalizar¹³⁰. Essa universalização só poderia se dar em instituições como o presídio: instituição total, de sequestro e “onidisciplinar” (FOUCAULT, 1993, p. 199), no interior da qual nenhum aspecto do indivíduo escapa do controle e da reforma. Não só sobre o corpo físico, mas, sobretudo sobre a atitude moral, as disposições, o temperamento e o comportamento cotidiano é que recai o projeto político de modificação do sujeito.

O presídio tinha a pretensão de ser um “microcosmo de uma sociedade perfeita” (FOUCAULT, 1993, p. 200), onde todas as suas características (relações hierárquicas, normas e valores) deveriam se reproduzir e respeitar igualmente.

¹³⁰ “O homem na penitenciária é a imagem virtual do tipo burguês em que ele deve se transformar na realidade. Os que não o fizerem lá fora serão forçados a isso aí dentro numa terrível pureza. [...] Elas são a imagem do mundo do trabalho burguês levado às últimas consequências [...]” (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 185).

O silêncio que induz a reflexão sobre o valor da norma e a culpa por sua violação, as relações verticais do interno com os guardas prisionais, o trabalho comum como consolo para o isolamento, a religião que redime a má consciência e ensina a melhor moral a se seguir, a instrução individual e, finalmente, a constatação de que a velha personalidade (anormal, desviante) deveria ser deixada para trás, se convertem em técnicas informativas próprias de um ambiente de “recodificação”, de “retreinamento da existência” (FOUCAULT, 1993). Uma vez articuladas sequencialmente, constituíram um processo de conversão, de cura prospectiva, de neutralização da periculosidade e de reinserção da espécie criminosa no gênero humano. Todo esse processo de “mutação antropológica” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 211) se punha formalmente pronto e acabado quando do diagnóstico do psicólogo, do relatório do assistente social e do veredicto do administrador da prisão. Mas não só a partir daí se conclui o arco criminoso-proletário.

Com efeito, a requalificação do sujeito criminoso se completa somente quando este demonstra, ou melhor, quando as autoridades administrativas se convencem de que ao final da execução penal sua condição pessoal se convertera na de um sujeito responsável moralmente pelos valores sociais dominantes (amor ao trabalho, à religião, às regras sociais vigentes e à obediência das hierarquias “naturalmente” estabelecidas).

O fim terapêutico da pena é alcançado e o condenado é posto em liberdade quando, finalmente, as autoridades prisionais se dão conta de que o interno se ajustou totalmente ao aparelho de produção capitalista, a ponto de assumir obrigações reais em seu nome, a ponto de responsabilizar-se por seus valores e a partir deles tomar decisões e agir voluntária, espontânea e autonomamente. Nesse sentido é que o projeto disciplinar encetado no cárcere é positivamente (substancialmente) responsabilizante, na medida em que, por meio de uma educação total do condenado, o ensina a vincular-se a valores sociais específicos de forma que a expectativa depositada pelo sistema penal de sua ação no futuro seja a da ação socialmente útil, dócil e inofensiva¹³¹. Por meio de uma intervenção física e moral, ininterrupta e prolongada, minuciosamente medida e controlada, o criminoso nato é

¹³¹ “O cárcere – em sua dimensão de instrumento coercitivo – tem um objetivo muito preciso: a reafirmação da ordem social burguesa (a distinção nítida entre o universo dos proprietários e o universo dos não-proprietários) deve educar (ou reeducar) o criminoso (não-proprietário) a ser proletário socialmente não perigoso [...]” (MELOSSI, PAVARINI, 2006, p. 216).

transformado não só em sujeito sociável, mas em última análise, em operário da indústria capitalista¹³² (MELOSSI; PAVARINI, 2006).

É nesse sentido que a responsabilidade penal, no interior do paradigma de justiça retributiva, se compreende também como efeito substancial da pena, como resultado moral da transformação a nível pessoal (a nível individual) do infrator da lei. A responsabilidade penal é também o processo de se fazer aderir ao indivíduo, por meio do controle total de sua vida, uma série de qualidades consideradas importantes e positivas - do ponto de vista do modo de produção capitalista - capazes de fornecer ao criminoso, curado de sua patologia, uma posição adaptada à estrutura social, e de garantir a permanência dessa condição para o futuro¹³³. Ao fundo, o positivismo criminológico aparece como pressuposto científico e discurso legitimador desse processo de fabricação de subjetividade e responsabilização. Uma vez posto em prática na Europa do século XIX, generalizou-se como política mundial nas décadas seguintes.

¹³² Para Melossi e Pavarini (2006, p. 211), “o cárcere perseguiu com sucesso, pelo menos na sua origem histórica, uma finalidade - se quisermos, ‘atípica’ - da produção (leia-se, transformação em outra coisa de maior utilidade): a transformação do criminoso em proletário”.

¹³³ É preciso esclarecer que o conceito de responsabilidade penal, no sentido aqui adotado, pressupõe uma noção específica de responsabilidade que merece ser explicada. Para tanto nos valem da dissertação de mestrado de Maria de Fátima Araújo Fernandes, “O princípio responsabilidade de Hans Jonas: em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea”, de 2002. Segundo a autora portuguesa, o conceito remonta à Antiguidade e sua definição não é unívoca, ganhando cores distintas de acordo com o contexto em que se insere (jurídico, político, filosófico, moral, etc). No substrato das diversas noções de responsabilidade invariavelmente repousam as categorias da consciência, da liberdade e da autonomia humanas como seus pressupostos. A palavra “responsável”, assim, surge na França do século XIII, derivada do latim *spondeo* e, empregada inicialmente no meio jurídico, indicava aquele que se compromete perante alguém, ou que é “capaz de dar sua palavra, de dar garantia, de prometer solenemente” (FERNANDES, 2002, p. 29). Contemporaneamente, Jonas, segundo a autora, liga a ideia de responsabilidade à “profundidade do ser vulnerável” que possui um dever de cuidado para com as gerações futuras (FERNANDES, 2002, p. 45). Tomando por referência os textos de Alain Ethcegoyen “*Les Temps des Responsables*” (1993) e “*La Vrai Moral se Moque de la Moral*” (1999), Fernandes diferencia a responsabilidade jurídica da responsabilidade moral. A responsabilidade jurídica é compreendida como imputação. Seu conceito responde às perguntas “quem deve responder pelo dano? Quem é o culpado?”. Enquanto imputação, a responsabilidade é sempre heterogênea, ou seja, atribuída por terceiro. A responsabilidade jurídica, assim, equivale neste trabalho, ao primeiro sentido de responsabilidade penal adotado. É dizer, ao conceito de responsabilidade penal como resultado do processo de investigação processual e retrospectiva da culpa para o fim de atribuição de uma sanção. A responsabilidade moral, por seu turno, goza de mais profundidade: é a autorresponsabilidade, a consideração moral não-recíproca de uma obrigação. É a vinculação da consciência a uma pessoa, uma coisa, um valor, uma norma, que lhe determina a assunção de uma obrigação, e lhe serve de referencial para as decisões e ações futuras. Nesse sentido, a responsabilidade moral equivale ao último sentido de responsabilidade penal aqui utilizado, ou seja, aquele que diz respeito à transformação do indivíduo, de vida irregular, inconstante (o criminoso nato) em um ser vinculado a valores, relações e normas sociais, com vistas à manutenção de uma conduta reta, previsível e inofensiva. A responsabilidade penal operada pelo projeto disciplinar do cárcere moderno só pode ser uma responsabilidade moral na medida em que visa transformar não somente o corpo do interno, mas também sua mente, a ponto de que os mecanismos de controle permaneçam ativos mesmo na ausência de vigilância. Nesse ponto a tática de disciplina alcança sua meta panóptica justamente quando o objeto do controle passa a ser também o instrumento de controle. Os valores, as relações e as normas são artificialmente e paulatinamente aderidas ao sujeito até que se confundam com seu agir espontâneo, natural e voluntário: é nesse estágio que a disciplina e a coerção se convertem em responsabilidade penal substancial (moral).

De fato, a força do pensamento criminológico positivista e a intimidade com que este se relaciona com o cárcere ainda se mantêm firmes. A tríade formada por Lombroso, Ferri e Garofalo expôs pela primeira vez uma maneira de pensar o delito e o criminoso que persiste e participa intensamente da lógica do sistema de justiça retributiva, chegando ao ponto de constituir também ela um paradigma - não de justiça penal como um todo, mas um paradigma criminológico. Dá-se o nome de “Paradigma Etiológico” à

[...] Ciência causal-explicativa da criminalidade; ou seja, que tendo por objeto a criminalidade concebida como um fenômeno natural, causalmente determinado, assume a tarefa de explicar as suas causas segundo o método científico ou experimental e o auxílio das estatísticas criminais oficiais e de prever os remédios para combatê-la. Ela indaga, fundamentalmente, o que o homem (criminoso) faz e porque o faz (ANDRADE, 1995, 24-25).

Longe de se resumir ao positivismo criminológico, o Paradigma Etiológico se desenvolve através de correntes criminológicas contemporâneas, como as teorias funcionalistas, multifatoriais e ecológicas, compartilhando todas elas sempre dos mesmos fundamentos comuns:

Sobre a base do paradigma etiológico a criminologia se converteu em sinônimo de ciência das causas da criminalidade. Este paradigma, com o qual nasce a criminologia positivista perto do final do século passado, constitui a base de toda a criminologia "tradicional", mesmo de suas correntes mais modernas, as quais, à pergunta sobre as causas da criminalidade, dão respostas diferentes daquelas de ordem antropológica ou patológica do primeiro positivismo, e que nasceram, em parte, da polêmica com este (teorias funcionalistas, teorias ecológicas, teorias multifatoriais etc.). (BARATTA, 2002, p. 209)

No Brasil, o influxo da criminologia positivista (e conseqüentemente do Paradigma Etiológico), bem como a relação que esta conserva com um projeto político de transformação (de atribuição de responsabilidade substancial) do indivíduo criminoso se expressam atualmente por meio da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984). Nessa Lei, todos os aspectos mais relevantes do projeto disciplinar do século XIX se encontram presentes de maneira bastante explícita: o exame, a classificação dos detentos segundo seus atributos pessoais, a presença necessária da obrigação do trabalho e da religião como atividades terapêuticas e moralizantes, a disciplina constante acompanhada de um microsistema penal são exemplos disso.

Com efeito, a norma visa a harmônica integração social do condenado (artigo 1º) por meio de um processo transformador. Prevê a realização de exame criminológico (artigo 8º) e a classificação dos detentos segundo suas características particulares, como antecedentes e personalidade (artigo 5º). Submete os presos a uma rotina de instrução escolar e formação profissional (artigo 17), ao tempo em que promove também a instrução religiosa, com o estabelecimento de locais apropriados para os cultos, dentro dos presídios (artigo 24, §1º).

O trabalho é considerado um valor e um dever social *a priori*. Reputa-se no texto expressamente como “condição de dignidade humana” (artigo 28) tamanha é a importância para o ajuste do condenado. Educativo e produtivo, o trabalho é inclusive moeda de troca pela liberdade, já que a norma possibilita a remição do tempo da pena na proporção dos dias trabalhados (artigo 126). Trabalho, responsabilidade e disciplina andam juntos na rota da reabilitação do preso.

O trabalho externo é espécie de prêmio para quem demonstra maior docilidade e senso de responsabilidade. Nos artigos 36 e 37 da Lei pode-se ler:

Art. 36. O trabalho externo será admissível para os presos em regime fechado somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da Administração Direta ou Indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas as cautelas contra a fuga e **em favor da disciplina**. [...] Art. 37. A prestação de trabalho externo, a ser autorizada pela direção do estabelecimento, dependerá de **aptidão, disciplina e responsabilidade**, além do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena. Parágrafo único. Revogar-se-á a autorização de trabalho externo ao preso que vier a praticar fato definido como crime, for punido por falta grave, ou tiver **comportamento contrário aos requisitos estabelecidos** neste artigo. (grifos nossos)

Com o mesmo espírito se anima a forma de progressão da pena. O regime aberto, mais favorável entre os previstos na lei, é concedido ao preso que trabalha ou que é capaz de fazê-lo imediatamente. Ao mesmo tempo, o detento deve apresentar traços de modificação de sua personalidade, caracterizada quase sempre pela conduta disciplinada e responsável. Senão, vejamos:

Art. 114. Somente poderá ingressar no regime aberto o condenado que: I - estiver **trabalhando** ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente; II - apresentar, pelos seus antecedentes ou pelo **resultado dos exames a que foi submetido, fundados indícios de que irá ajustar-se, com autodisciplina e senso de responsabilidade**, ao novo regime. (grifos nossos)

No rol de deveres do condenado, a submissão, a obediência irrestrita, e mais uma vez, a disciplina e o trabalho são marcas principais, que juntamente com algumas regras menores, de caráter moral, visam reformar a conduta e a personalidade:

Art. 39. Constituem deveres do condenado: I - **comportamento disciplinado** e cumprimento fiel da sentença; II - **obediência** ao servidor e respeito a qualquer pessoa com quem deva relacionar-se; III - urbanidade e respeito no trato com os demais condenados; IV - conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à **ordem** ou à **disciplina**; V - execução do **trabalho**, das tarefas e das **ordens** recebidas; VI - **submissão** à sanção disciplinar imposta; VII - indenização à vítima ou aos seus sucessores; VIII - indenização ao Estado, quando possível, das despesas realizadas com a sua manutenção, mediante desconto proporcional da remuneração do trabalho; IX - higiene pessoal e asseio da cela ou alojamento; X - conservação dos objetos de uso pessoal. (grifos nossos)

No plano dos direitos dos internos, o contato com o mundo externo é permitido, contanto que se mantenha um padrão ético pré-estabelecido:

Art. 41 - Constituem direitos do preso: [...] XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que **não comprometam a moral e os bons costumes**. (grifos nossos)

A micropenalidade também se faz presente como resultado da violação ou da obediência às regras de disciplina:

Art. 44. A **disciplina** consiste na colaboração com a ordem, na **obediência** às determinações das autoridades e seus agentes e no desempenho do **trabalho**. [...] Art. 49. As **faltas disciplinares** classificam-se em leves, médias e graves. A legislação local especificará as leves e médias, bem assim as respectivas sanções. [...] Art. 55. As **recompensas** têm em vista o **bom comportamento** reconhecido em favor do condenado, de sua colaboração com a disciplina e de sua **dedicação ao trabalho**. Art. 56. São **recompensas**: I - o elogio; II - a concessão de **regalias**. Parágrafo único. A legislação local e os regulamentos estabelecerão a natureza e a forma de concessão de regalias. (grifos nossos)

Quanto à micropenalidade, chama a atenção o regime disciplinar diferenciado, previsto no artigo 52 da lei:

Art. 52. A prática de fato previsto como crime doloso constitui falta grave e, quando ocasione subversão da **ordem ou disciplina internas**, sujeita o preso

provisório, ou condenado, sem prejuízo da sanção penal, ao regime disciplinar diferenciado, com as seguintes características: I - duração máxima de trezentos e sessenta dias, sem prejuízo de repetição da sanção por nova falta grave de mesma espécie, até o limite de um sexto da pena aplicada; II - recolhimento em cela individual; III - visitas semanais de duas pessoas, sem contar as crianças, com duração de duas horas; IV - o preso terá direito à saída da cela por 2 horas diárias para banho de sol. § 1º O regime disciplinar diferenciado também poderá abrigar presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem **alto risco para a ordem** e a segurança do estabelecimento penal ou da sociedade. § 2º Estará igualmente sujeito ao regime disciplinar diferenciado o preso provisório ou o condenado sob o qual recaiam fundadas suspeitas de envolvimento ou participação, a qualquer título, em organizações criminosas, quadrilha ou bando. (grifos nossos)

Em síntese, dispõe o artigo que o submetido ao regime disciplinar diferenciado deve ser recolhido em cela individual por até trezentos e sessenta dias (pela mesma infração), quando terá o direito de sair dela por duas horas diárias, para banho de sol (incisos I a IV do artigo 52). Três razões fazem a medida legal se destacar no contexto simbiótico entre os paradigmas de justiça penal retributiva e etiológico:

Primeiro, em regra, o critério determinante que autoriza a aplicação do regime é a subversão da ordem e da disciplina do estabelecimento penal, elementar expressamente prevista no caput e no §1º do artigo 52. A prática de falta grave não resulta, por si só, na prescrição automática do regime, se não vier acompanhada desse efeito.

Segundo, mesmo aquele que se encontre preso provisoriamente, aguardando julgamento e que ainda não tenha sido considerado culpado por meio de sentença transitada em julgado, pode sofrer a privação extrema do direito de liberdade, traço característico da medida.

Terceiro, a colocação do preso neste regime independe do real cometimento de ato ilícito. Nos termos do §1º do artigo 52, exige-se para seu deferimento tão-somente o risco à ordem e a disciplina do estabelecimento penal. A norma se satisfaz, para o fim de limitar ao máximo a liberdade do indivíduo, a potencialidade, a virtualidade da conduta. Mais do que isso, da forma como o dispositivo foi editado, a atribuição da medida prescinde sequer de comportamento: o risco deriva não de um ato em potencial, mas da própria natureza do preso, de sua identidade: “§1º [...] presos provisórios ou condenados, nacionais ou estrangeiros, que apresentem alto risco [...]”. Nesse particular, a norma encontra seu lugar de justificação e fundamentação na etiologia criminal, na medida em que põe a cargo da administração do

presídio um poder de dedução apto a legitimar, eventualmente por meio de um discurso científico (de um saber psicológico), sua aplicabilidade. É esse mesmo poder, construído cientificamente (e chancelado pela norma jurídica) que objetiva e extrai da personalidade do sujeito um suposto “índice de periculosidade” capaz de qualificá-lo como apto ou não ao regime mais rigoroso.

Dois séculos de distância de seu ponto original e a milhares de quilômetros de seu local de nascença, o mesmo projeto disciplinar com idênticos mecanismos de transformação pela disciplina e de responsabilização dos indivíduos quanto aos valores e normas do modo de produção capitalista se fazem presentes e atuantes.

Entretanto, embora tal modelo de responsabilização penal tenha sido praticado por todo o globo, passando por diversas reformas e modificações suplementares, e se mantido de pé através de um esforço significativo por parte dos Estados Nacionais (e de governos de diferentes, mesmo de matizes políticos opostos), os efeitos que dele se esperavam não se realizaram. Apesar de toda mobilização política, o modelo penal baseado no cárcere nunca atingiu as metas de reeducação, reinserção social ou transformação positiva dos condenados (BARATTA, 2002, p. 183).

Pelo contrário, no Brasil, em julgado recente¹³⁴, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), chegou ao ponto de qualificar o sistema carcerário do país como um “estado de coisas inconstitucional”, dado o grau de violência com que tem operado e a forma sistemática e generalizada com que tem violado direitos fundamentais. Assumiu expressamente, o Tribunal, que a pena de privação de liberdade tem se convertido em pena cruel e desumana, em nada contribuindo para a ressocialização do preso.

O próximo capítulo demonstra de que maneira se pode falar no fracasso do projeto carcerário de atribuição de responsabilidade substancial (se é que isso pode ser afirmado), dentro do paradigma retributivo, e como os crimes contra o patrimônio se inserem com grande projeção nesse cenário.

¹³⁴ ADPF 347 MC/DF, rel. Min. Marco Aurélio, 09/09/2015.

4 JUSTIÇA RESTAURATIVA, CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO, RESPONSABILIDADE E O DESAFIO DE SUPERAÇÃO DO PARADIGMA ETIOLÓGICO

“As hipóteses centrais de Rusche são duas. A primeira é que qualquer sistema repressivo deve, necessariamente, inspirar-se numa lógica de prevenção: o objetivo imediato das penas é dissuadir os criminosos em potencial de violar as leis. Por outro lado, porém, são as classes subordinadas que cometem esses crimes – sobretudo contra a propriedade – e é para elas que o sistema penal se dirige seletivamente”.

(A. De Giorgi, A miséria governada através do sistema penal)

Na seção anterior definimos a origem e o conceito de justiça penal retributiva. Vimos como, entre os séculos XVIII e XIX, formou-se no Ocidente uma nova estrutura - lógica e tecnológica - de persecução penal, um novo modo de responder ao fenômeno do crime, agora autoritário e estatal. Sustentamos que, fruto das ideias iluministas, da racionalidade moderna e de um movimento político de centralização do poder, o paradigma de justiça penal retributiva se expressou analiticamente por meio de cinco propriedades fundamentais, dentre as quais, a pena - enquanto resultado necessário da comprovação processual do crime - é o atributo mais importante. Vimos como, por meio de um procedimento formal de atribuição de responsabilidade baseado na culpa, o Estado, a título de monopólio, reivindica e instrumentaliza seu direito de punir, alijando as partes do conflito. Sustentamos ser o presídio, nesse contexto, a instituição por meio da qual se pretendeu transformar substancialmente o criminoso, fazendo-o responsabilizar-se pelos valores, normas e relações sociais dominantes. Para tanto, contribuiu sobremaneira a criminologia positivista, fundadora do paradigma etiológico. Dissemos também que o sistema de justiça penal brasileiro é um sistema de justiça penal retributiva, por suas características normativas e principiológicas.

Neste capítulo partimos da hipótese de que a propriedade não é apenas um bem jurídico importante, mas um elemento fundante do sistema de justiça penal. Por outro lado, sustentamos que a desigualdade econômica, marca característica da sociedade capitalista brasileira, assim como o neoliberalismo e o desemprego estrutural, são fatores que se ligam à propriedade e ao trabalho (enquanto valores ético-jurídicos) de maneira problemática e contraditória. Nessa relação complexa, a desigualdade e a criminalização seletiva das classes

mais baixas economicamente se retroalimentam: a desigualdade incrementa a criminalização e a criminalização impulsiona a desigualdade.

Valendo-se do aporte teórico da criminologia crítica da Escola de Bolonha (Alessandro Baratta, Melossi, Pavarini e De Giorgi) para demonstrar a relação permanente entre criminalidade e o desenvolvimento do modo de produção capitalista, afirmamos que a interpretação dogmática a respeito dos crimes contra o patrimônio, no Brasil, sofre de um déficit de legitimidade. Em seguida, traçamos um panorama sobre os crimes contra o patrimônio no país, sem descer, logicamente, às minúcias manualistas, demonstrando de que forma a seletividade penal se manifesta no texto legal e na atividade dos juízes.

Levantamos a hipótese de que o desenvolvimento do capitalismo e as transformações político-econômicas e jurídico-penais que ocorreram no final do século XX fizeram ruir (ao nível material, mas não no plano ideológico) o pretenso projeto de transformação dos sujeitos através do cárcere, fazendo do sistema penal retributivo explicitamente irresponsável e irresponsabilizante e, da pena, mero instrumento de exclusão e de gerenciamento econômico da miséria.

Por fim, verificamos a hipótese principal dessa pesquisa, ou seja, investigamos se de fato, em termos de responsabilidade, a Justiça Restaurativa tem superado o paradigma etiológico positivista, revelando ser realmente tributária do abolicionismo penal.

4.1 DESIGUALDADE ECONÔMICA, NEOLIBERALISMO, ENFRAQUECIMENTO DA NORMA JURÍDICA E SELETIVIDADE PENAL NA DEFESA DO PATRIMÔNIO

A desigualdade econômica ou material - de distribuição de riquezas, de renda - e as consequentes desigualdades sociais que a acompanham, sempre foram características definidoras da sociedade brasileira: a primeira delas, aliás, seu “traço mais marcante”, segundo Sarmiento (2006, p. 3): longe de resultar da conjuntura política e econômica recente, “esta triste característica da nossa sociedade tem a idade da Nação” (SARMENTO, 2006, p. 3).

Com efeito, muitas e diferentes causas da desigualdade material no país podem ser apontadas¹³⁵. Contudo, uma explicação bastante comum entre os teóricos e que tem escapado de críticas ao longo dos anos é a que diz respeito às circunstâncias particulares que envolveram a fundação da sociedade brasileira.

O fato de o Brasil ter participado, ainda que passivamente, do circuito mundial de acumulação de capital entre os séculos XVI e XVII, como colônia de exploração das potências europeias, determinou tanto sua condição de subalternidade econômica no quadro da hierarquia global, como também sua estrutura social, marcada por uma desigualdade espelhada das relações internacionais, e, portanto, por uma verticalização interna, representada por relações dicotômicas do tipo “colonizador europeu vs índio”, “senhor branco vs escravo negro”, “proprietário vs trabalhador despossuído”.

Ballestrin (2016), embora escrevendo sobre o neocolonialismo e os estudos pós-colonialistas encetados a partir da década de 60, esclarece sobre o tema no contexto do século XVI:

A relação de poder colonial é uma relação de poder desigual, dentro e fora do Estado-nação. A própria consolidação do Estado-nação primeiramente no âmbito europeu não pode ser compreendida sem o colonialismo. Daí que a estruturação do sistema-mundo moderno colonial desde o século XVI é profundamente desigual e hierarquizante. As desigualdades coloniais produzidas pelo imperialismo não se restringiram ao âmbito internacional. Em muitos casos, não restritos aos países colonizados, o próprio Estado precisou colonizar internamente para projetar uma ideia homogênea de nação, com base na etnia dominante dos colonizadores externos e seus descendentes. (BALLESTRIN, 2016, p. 368)

Desde seu descobrimento, o Brasil fez parte, ainda que involuntariamente, do surgimento do capitalismo. Enquanto colônia de Portugal, o Brasil serviu como fonte de acumulação de capital para a metrópole europeia.

Segundo o ideário mercantilista vigente na época, o poder de uma nação era medido pela capacidade de conquista de colônias ultramarinas, da acumulação de metais preciosos, e pelo poder bélico (ANJOS FILHO, 2013, p. 19). Essa lógica, da qual tomou parte Portugal, pôs o Brasil e os diversos países que viriam a surgir mais tarde na América Latina, na posição

¹³⁵ Sobre a relação entre desigualdade material e democracia, escreve Miguel (2016, p. 10): “a força do poder econômico nos regimes democráticos é, em geral, percebida como um desvio, cujas causas estão seja no desenvolvimento do capitalismo, que se torna cada vez mais predatório e gera desigualdades ainda maiores (Piketty, 2013), seja na decadência moral das elites políticas, que são agora incapazes de resistir às vantagens oferecidas a elas pelos detentores da riqueza”.

de sujeitos passivos em um circuito mundial de acumulação de capital, cujos maiores (e na maioria das vezes) únicos beneficiários, eram os países colonizadores.

Rico em produtos primários e metais preciosos, o território brasileiro foi alvo de intervenção predatória, do século XVI até as primeiras décadas do século XIX. Se de um lado, a política econômica mercantilista, através de influxos externos, fez do Brasil uma colônia para a exportação de matéria-prima a serviço e dependente dos países centrais, do outro, implicou internamente, do ponto de vista humano, na escravização da população indígena nativa e depois na importação de mão-de-obra escrava africana¹³⁶ (FURTADO, 2005, p. 50).

O sequestro e a inserção abrupta dos povos negros no sistema produtivo brasileiro, com fins exclusivamente utilitários, impactou profundamente a estrutura social brasileira de maneira que, nos séculos que se seguiram, todos os debates a respeito das questões sociais (inclusive aí a questão penal), de alguma maneira tiveram de se referir à cisão entre brancos e negros como um fator relevante.

A clivagem racial, derivada do processo econômico capitalista que se desenvolveu no Brasil desde a colonização, cunhou definitivamente a sociedade brasileira, mesmo após a liberação da mão-de-obra escrava. Tal hierarquização artificial rendeu problemas sociais graves, que se estenderam ao longo das décadas.

Sobre o tema, escreve Furtado (2005):

[...] uma das consequências diretas da abolição, nas regiões em mais rápido desenvolvimento, foi reduzir-se o grau de utilização da força de trabalho. Esse problema terá repercussões sociais amplas [...]. Cabe tão-somente lembrar que o reduzido desenvolvimento mental da população submetida à escravidão provocará a segregação parcial desta após a abolição, retardando sua assimilação e entorpecendo o desenvolvimento econômico do país. Por toda a primeira metade do século XX, a grande massa dos descendentes da antiga população escrava continuará vivendo dentro de seu limitado sistema de “necessidades”, cabendo-lhe um papel puramente passivo nas transformações econômica do país. (FURTADO, 2005, p. 142-143).

A partir do século XIX, o Brasil passou a adotar o modo de produção capitalista, já consolidado nos países europeus após a Revolução Industrial. O papel de subalternidade e dependência imposto ao país desde sua origem o impossibilitou, mais tarde, de fazer frente ao

¹³⁶ Sobre o assunto, detalha o autor: “O fato de que desde o começo da colonização algumas comunidades se hajam especializado na captura de escravos indígenas põe em evidência a importância da mão-de-obra nativa na etapa inicial de instalação da colônia. No processo de acumulação de riqueza quase sempre o esforço inicial é relativamente o maior. A mão-de-obra africana chegou para a expansão da empresa, que já estava instalada. E quando a rentabilidade do negócio está assegurada que entram em cena, na escala necessária, os escravos africanos: base de um sistema de produção mais eficiente e mais densamente capitalizado” (FURTADO, 2005, p. 50).

mercado de concorrência global. Sem um parque industrial próprio, constituído por uma cultura agrária, de exportação de produtos agrícolas e importador de bens de consumo, liberou sua mão-de-obra escrava no final do século XIX para atender mais uma vez a fins utilitários, seja do ponto de vista das relações de poder, seja do ponto de vista do novo modo de produção (FURTADO, 2005, p. 143).

Nesse processo, a política liberal e de valorização da propriedade privada seguiu por um século cumprindo sua função de domínio no campo da ideologia política, e como vetor para o mercado, refletindo o discurso político-econômico internacional de legitimação do modo de produção capitalista em desenvolvimento.

A partir dos anos 70 do século XX, após idas e vindas na tentativa de se sustentar um Estado de Bem-estar Social, o Brasil passou a se inserir efetivamente no contexto globalizado do neoliberalismo, mesmo sem considerar qualquer tipo de solução para as relações de desigualdade penderas desde a origem. Pelo contrário, as seguidas crises econômicas que se sucederam a partir daí acabaram por agravar o quadro de estratificação social no país.

Segundo Antunes (2005, p. 29-30), múltiplos fatores econômicos e políticos observados nesse período compuseram o quadro mundial de transição do capitalismo de Estado para o capitalismo neoliberal.

Inicialmente, a intensificação das lutas sociais gerou a queda da taxa de lucro, consequência do aumento do preço da mão-de-obra pós-Segunda Guerra e do declínio da taxa de produtividade. O mercado consumidor retraiu-se ao mesmo tempo em que surgiu o desemprego estrutural. A esfera financeira se hipertrofiou e houve uma maior concentração de capitais graças às fusões entre as empresas monopolistas e oligopolistas.

Em paralelo, o Estado de Bem-Estar Social exauriu-se, ao que se seguiu a crise fiscal e a retração dos gastos públicos, sobretudo nas áreas sociais. Finalmente, o neoliberalismo – com sua política de incremento das privatizações, das desregulamentações e de flexibilização tanto do processo produtivo quanto das legislações em geral (como a trabalhista e a previdenciária, por exemplo), serviu de discurso racionalizador e legitimador do fenômeno de reestruturação do capital globalizado.

Se por um lado, o quadro acima é suficiente para definir o neoliberalismo no mundo, para a compreensão mais precisa do que seja o neoliberalismo, e especificamente para entender como ele se desenvolve no Brasil, é preciso firmar uma premissa simples: o Brasil é um país capitalista.

De fato, o Brasil é um país capitalista, seja em função de seu regime econômico, seja em razão de seu estatuto jurídico. Do ponto de vista da economia, no Brasil, os meios de

produção são propriedade privada, a economia não é planejada e dirigida pelo Estado. A circulação dos bens, a prestação dos serviços e a distribuição das riquezas obedecem à lógica do mercado, as suas demandas e influxos internos. O ideal de lucro põe em movimento os agentes econômicos, os impele a competir, concorrer, e aperfeiçoar suas atividades, em favor de si mesmos e dos consumidores.

Do ponto de vista do ordenamento jurídico, o Brasil também é capitalista. Sua Constituição prevê como princípio fundamental a livre iniciativa (artigo 1º, IV), e como direitos fundamentais a propriedade (artigo 5º, caput) e a herança (artigo 5º, XXX)¹³⁷.

Estabelecida essa premissa, pode-se afirmar, ainda quanto à tarefa de definir o neoliberalismo, que o Estado de Bem-Estar Social, inspirado nas ideias de John Maynard Keynes, esgotou as possibilidades de reestruturação do capitalismo em meados da década de 70. Nos países centrais, a política do *Welfare State* pôde ser dispensada: com o fortalecimento do mercado, devido aos investimentos públicos e privados, o modelo intervencionista de Estado aos poucos foi perdendo sentido e utilidade à medida que a economia voltou a regular-se por seus influxos internos e expandir-se em escala mundial (SAYEG; BALERA, 20011, p. 159).

Por outro lado, nos países subdesenvolvidos, como foi o caso do Brasil, o Estado de Bem-Estar não passou de um esboço. A falta de recursos estatais e a elevada carga tributária a que foi submetida a população, a fim de sustentar a pesada máquina pública, inviabilizaram o projeto (SAYEG; BALERA, 20011, p. 159). Logo a política liberal de autorregulação do mercado, defendida por Smith e Ricardo no século XIX, foi retomada com ajustes, instituindo-se sob a forma do que se conheceu, finalmente, por neoliberalismo.

De acordo com a lógica neoliberal, o Estado deve abster-se de intervir diretamente nas relações econômicas. As chamadas “externalidades negativas” – efeitos colaterais advindos do fato econômico, como a quebra de uma empresa, o desemprego ou a poluição gerada pelo parque industrial – devem ser resolvidas – absorvidas ou compensadas - pelo próprio mercado, sem interferência estatal (SAYEG; BALERA, 2011, p. 161). O Estado deve preocupar-se apenas em diminuir os custos das transações e definir os contornos da propriedade privada. Nesse contexto, a intervenção estatal na economia é indesejável, pois, ao corrigir diretamente a rota desviante do mercado, gera um custo adicional para a população,

¹³⁷ Ressalte-se que a demonstração de que as relações produtivas no Brasil são capitalistas não se presta como prova, ao mesmo tempo, de que a Constituição de 1988 é capitalista. A rigor, a própria afirmação não tem sentido lógico posto que o capitalismo não se refere a uma corrente político-filosófica ou jusfilosófica, mas ao modo como se desenvolve a economia. Nesse contexto, a Constituição brasileira deriva da tradição democrática e do constitucionalismo social, da qual são exemplos mais antigos às Constituições do México de 1917 e a alemã de 1919.

refletido na tributação; como também para o mercado, refletido no conseqüente aumento do custo contratual e de produção.

A liberdade de mercado volta a ser um elemento essencial para a política econômica. Com isso, inicia-se um processo sistemático de “minimalização” do Estado e desregulamentação tanto das relações econômicas quanto de suas relações satélites: na esfera econômica, observa-se um desequilíbrio das contas externas da maioria dos países; sucessivas valorizações e desvalorizações do dólar e a exploração dessa instabilidade pelo capital financeiro nas bolsas de valores; do ponto de vista produtivo, a organização toyotista substitui a lógica fordista com a alta flexibilidade e alta performance da produção, com investimentos em tecnologia de automação; quanto à organização do trabalho, generaliza-se a contratação de serviços temporários, a terceirização e a exigência de perfis de empregados polivalentes (PINTO, 2007, p. 38-44).

Todas essas transformações resultaram num novo regime de acumulação de capital, agora em nível internacional, operacionalizado, do ponto de vista político-jurídico pelo absentismo estatal e pela política pública de flexibilização dos mercados de trabalho, das relações de trabalho, dos mercados de consumo e das barreiras comerciais.

Sobre uma grande massa de trabalhadores recaiu, no neoliberalismo, a precariedade do emprego e da remuneração, a desregulamentação (negociada ou não) das condições de seu trabalho em relação às normas legais e, conseqüentemente, a regressão constante de seus direitos sociais, em meio ao dismantelamento da proteção e expressão sindical (PINTO, 2007, p. 38-44).

Arelada contraditoriamente a todos esses fatores, surgiu a exigência - no mesmo nível generalizada - de alta qualificação profissional dos trabalhadores e de renovação constante das habilidades laborais, sem qualquer garantia, em contrapartida, de absorção dessa mão-de-obra (PINTO, 2007, p. 38-44).

Para Sayeg e Balera (2011), o neoliberalismo é tolerante com a pobreza, indiferente com relação ao destino do planeta, e faz crescer as desigualdades sociais. Segundo os mesmos autores, mais de dois bilhões de pessoas em todo o mundo, atualmente, vivem com menos de um dólar por dia. (SAYEG; BALERA, 2011, p. 166). No Brasil, particularmente, a política econômica gera concentração de renda, oligopolização da economia, pobreza e o endividamento nacional, além de déficit de emprego, e de direitos sociais básicos. Com sua base industrial insuficiente, despreparo da mão-de-obra, falta de recursos materiais do Estado,

além do agravante da corrupção institucionalizada dos agentes políticos, o Brasil não consegue extrair bons frutos da agenda neoliberal¹³⁸ (SAYEG; BALERA, 2011, p. 174).

Duarte (2016), no mesmo sentido, afirma que o país,

a partir da década de 1990, com a implementação das políticas neoliberais, criou condições mais que favoráveis à expansão das relações de trabalho precarizadas. Se não tiveram como objetivo a extensão do exército de trabalhadores excedente, certamente teve na fragilização da classe trabalhadora, na instabilidade das condições de trabalho e na flexibilização de seus ganhos um de seus focos centrais. E são tais elementos que criam as condições necessárias para um processo de permanente marginalização social e aumento da superexploração do trabalho, aspectos centrais, na economia dependente, para a expansão da reprodução ampliada do capital. (DUARTE, 2016, p. 17).

Contraditoriamente, ao nível superestrutural, a Constituição de 1988 buscou implementar um projeto amplo de redução das desigualdades, de caráter nitidamente social. O afastamento do texto constitucional da ideologia puramente liberal e individualista das cartas políticas anteriores revelou sua posição de ruptura com o modelo de Estado Liberal, na medida em que se comprometeu profundamente com a tarefa de transformação das relações sociais do país.

Nesse sentido, previu em seu texto original, como objetivos fundamentais da República (artigo 3º da CF/88), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a erradicação da pobreza e da marginalização, além da redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

Além disso, reconheceu a título de direitos e garantias fundamentais uma gama variada de direitos sociais, como a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, a previdência social, entre outros, dispostos entre seus artigos 6º e 10. Esses mesmos direitos ainda foram protegidos contra emendas constitucionais tendentes a aboli-los, uma vez que se encontram inseridos no conjunto das cláusulas pétreas, nos termos do já mencionado artigo

¹³⁸ Segundo relatório divulgado recentemente (15/12/2017) pelo IBGE, um quarto da população do Brasil (mais de 52 milhões de pessoas) estavam, em 2016, abaixo da linha de pobreza. Este mesmo estudo aponta para o aumento do número de jovens, entre 16 e 29 anos, que não estudam, que não têm emprego e que já desistiram de procurar por um. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/18824-sintese-dos-indicadores-sociais-um-em-cada-quatro-jovens-do-pais-nao-estava-ocupado-nem-estudava-em-2016.html>>. Acesso em: 17 dez 2017. Esses números atingem patamares maiores nas estatísticas realizadas pelo DEPEN em junho de 2016, de onde se deduz que o Brasil já ocupa a terceira posição no *ranking* de população carcerária. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 jan 2019.

60, §4º, IV (SARMENTO, 2006, p. 14)¹³⁹. De acordo com uma lógica democrática inclusiva, de reconhecimento de direitos das minorias, ampliou o rol de sujeitos de direitos, incluindo nele grupos vulneráveis como os indígenas, os idosos e as crianças.

Tal rede de proteção jurídica posta indefinidamente à disposição dos direitos sociais, expressa a essência do projeto constitucional de 1988: uma constituição eticamente vinculada muito mais com a transformação da estrutura social do que com a manutenção do *status quo*, muito mais compromissada com a realização da igualdade material do que com a garantia das liberdades individuais, pura e simplesmente. Nas palavras de Sarmento:

[...] uma Constituição dirigente, programática, que se propôs a operar um verdadeiro “giro copernicano” na *res publica* brasileira, visando a assegurar as bases necessárias para a construção de uma democracia inclusiva, em cujo vértice axiológico situa-se a pessoa humana, com suas necessidades reais, suas carências e suas fraquezas. É uma Constituição que não cerrou os seus olhos para a opressão que provém da alienação dos mais fracos numa ordem social injusta, em que o Estado, apropriado pelos interesses da elite econômica e do estamento burocrático alimenta e perpetua o ciclo da exclusão. É, enfim, uma Constituição em cujas entrelinhas se pode desvelar uma autêntica “opção preferencial” pelos pobres, pelos que estão fora do contrato social, alijados das benesses da cidadania; pelos sem-comida, sem-teto, sem-Previdência (SARMENTO, 2006, p. 25-26)

Contudo, ao nível da infraestrutura, os efeitos da economia de mercado globalizado e os efeitos do influxo da política neoliberal sobre os ordenamentos nacionais têm reforçado a clivagem social, e mantido distantes (e cada vez mais distantes), do ponto de vista das possibilidades materiais de vida, as camadas já bastante estratificadas da população brasileira.

Essa contradição entre uma superestrutura de cunho social e uma infraestrutura econômica globalizada e neoliberal parece ter sido captada, de alguma forma, por autores como Supiot (2007), Ferrajoli (2004) e Vieira (2007). Em que pese a multiplicidade das abordagens e dos argumentos, os pensamentos de todos esses autores convergem para um ponto comum a respeito do fenômeno jurídico - ressalvados alguns desvios de rota e pontos de chegada díspares: a norma legal, na contemporaneidade, tem sido aplicada de maneira fragmentária, mesmo parcial, em favor e em desfavor de interesses e indivíduos bastante particulares.

¹³⁹ Sobre o tema, escreve o autor: “[...] não hesitamos em incluir o núcleo essencial dos direitos sociais no elenco das cláusulas pétreas, apesar da redação um tanto dúbia do art. 60, § 4º, inciso IV, do texto magno, que alude apenas aos direitos e garantias individuais. Isto porque, parece-nos fora de dúvida que a garantia do núcleo essencial de direitos sociais básicos, como saúde, ensino fundamental e previdência, representa um pressuposto inafastável para a democracia, e integra, por outro lado, o coração do projeto constitucional solidário delineado pelo constituinte originário - o núcleo de identidade da Constituição de 88”. (SARMENTO, 2006, p. 14)

Alain Supiot, através de uma abordagem filosófica e antropológica do Direito, denuncia o processo de “refeudalização dos vínculos sociais”, designado por Pierre Legendre (SUPIOT, 2007, p. 127) e pelo qual tem passado as sociedades modernas contemporâneas.

Para o autor, o Estado, na atualidade, tem se enfraquecido em face das políticas de desregulamentação e privatização dos serviços públicos: destaca-se muito mais pelo embaraço que causa às relações econômicas do que por seu papel de garantidor dos direitos fundamentais (SUPIOT, 2007, p. 125-130).

Direitos como os do Trabalho, Previdenciário e Ambiental vem reduzindo seu alcance protetivo. As normas a eles atinentes têm se flexibilizado em favor do livre mercado e da livre circulação de capitais (SUPIOT, 2007, p. 124).

[...] os Estados são convidados a dismantelar todas aquelas [leis nacionais] que, por organizar solidariedades “locais” (serviços públicos, mútuas, auxílios públicos), parecem ser um obstáculo para a livre-troca dos produtos, dos serviços e dos capitais. As organizações encarregadas do “social” (OIT, Unesco, OMS etc) não têm, em compensação, de distribuir dinheiro nem certezas e não param de revisar suas ambições para baixo. (SUPIOT, 2007, p. 125).

O Estado, no mundo globalizado e neoliberal, gradativamente tem saído do centro do poder decisório, abrindo espaço para a interferência de instituições econômicas como OMC, OCDE, Banco Mundial, Banco Europeu, FMI e Comissão de Bruxelas (SUPIOT, 2007, p. 125). A lei, produto de sua atividade típica, também perde força na tarefa de regular os vínculos sociais: o contrato e o direito privado tomam seu lugar, porém, satisfazendo-se em gerir as relações entre os indivíduos com base apenas na igualdade formal e na virtual liberdade de negociação.

Em um nível mais crítico, o Direito Contratual recente cria novas modalidades de negócios jurídicos: contratos de adesão, padronizados, de dependência ou contratos dirigidos, tais como os de plano de saúde ou de subcontratação, servem como instrumentos de sujeição para alguns indivíduos. Embora no plano abstrato sejam iguais, as pessoas e os interesses continuam hierarquizados (SUPIOT, 2007, p. 130).

O vínculo que ligam os indivíduos nesses novos tipos de contrato é uma espécie de “subordinação consentida livremente”, que à moda das relações medievais (feudais) “sujeitam as pessoas sem as privar de liberdade e da responsabilidade” (SUPIOT, 2007, p. 131). As regras então, sem a autoridade impositiva da lei, passam a se reportar a um cálculo de utilidade: se são úteis, são obedecidas, se não o são, os prejuízos do descumprimento são compensados por outros contratos (pelos de seguro, por exemplo). No entanto, como as partes

não são materialmente iguais, o cálculo de utilidade, referência para o cumprimento da norma, só se presta a favorecer um lado dos contratantes, ou seja, aos que detém o domínio econômico da relação.

Quando se sabe que essa concepção do Direito hoje está difundida em toda parte do mundo e é dada como modelo aos países do Sul, há realmente com que se preocupar. Pois um mundo onde cada qual só se acha responsável por seus compromissos na medida em que isso lhe convém é um mundo onde a palavra já não vale nada. (SUPIOT, 2007, p. 135).

Em face desse processo de refeudalização dos vínculos sociais, a lei perde sua função antropológica, ou seja, perde seu poder de proteger os atributos que fazem dos indivíduos “pessoas”.

Para Supiot, no mundo ocidental, a lei, garantida pelo Estado, tem uma função constitutiva, uma função de criação e preservação da pessoa enquanto categoria antropológica, enquanto imagem-síntese de um projeto humano de dignidade: é a lei que faz do indivíduo o sujeito dotado de identidade (único, mas igual), liberdade (soberano, porém submetido à lei), e de espiritualidade (matéria e espírito), portanto, sujeito de direitos individuais e sociais. Uma vez perdida essa força protetora da lei, decompõe-se o homem em indivíduo, fadado a arcar com o peso das contradições estruturais do mundo globalizado.

Pode-se deduzir do contexto em que se insere o pensamento de Supiot, ou seja, o do desmantelamento do Estado e da ascensão sem limites das forças de mercado, que o processo de refeudalização dos vínculos sociais, embora seja um fenômeno socialmente amplo, não atinge a todos da mesma forma. Nas relações travadas no mundo capitalista neoliberal, que tende à minimalização e ao enfraquecimento do Estado (sobretudo do Estado Social), somente os setores vulneráveis economicamente da sociedade são diretamente afetados.

Como resultado desse processo, escreve Supiot:

Uma sociedade fundada em tais premissas tem de ficar cada vez mais violenta e cada vez mais policial. É também um mundo onde os mais fracos, que pagam o preço mais alto, deixam de conceder o menor crédito à palavra política e o menor valor às leis (SUPIOT, 2007, p. 135).

Ferrajoli (2004), a partir de um ângulo preponderantemente jurídico-normativista, aponta para a existência de uma crise do Direito, profunda e crescente, vivenciada desde os anos 90 por diversos países, inclusive por aqueles de democracia mais avançada, como no caso da Itália, da Espanha e da França (FERRAJOLI, 2004, p. 15).

Para o autor, essa crise se caracteriza por três aspectos distintos, dentre os quais se destaca o último deles: a) a crise da legalidade, b) a crise dos Estados Nacionais em face da globalização política e econômica e, por fim, c) a inadequação do Estado de Direito às funções do Estado de Bem-estar Social (FERRAJOLI, 2004).

A crise da legalidade consiste na perda ou diminuição do valor vinculante das normas legais para os titulares dos poderes públicos: “*Se expresa en la ausencia o en la ineficacia de los controles, y, por tanto, en la variada y llamativa fenomenología de la ilegalidade del poder*” (FERRAJOLI, 2004, p. 15).

Não só o Estado passa a governar sem a observância obrigatória da lei nesta crise: à medida que a rede de corrupção se enraíza e se alastra, absorve também os setores da política, da administração pública, das finanças e da economia, que também passam a atuar na ilegalidade através da gestão burocrática dos partidos políticos e dos *lobbies* empresariais (FERRAJOLI, 2004, p. 15-16).

O segundo aspecto da crise do Direito diz respeito à crise do Estado Nacional. O processo de integração mundial encetado pela globalização tem deslocado para fora dos centros tradicionais de decisão, reservados antes à soberania dos Estados, “en matéria militar, de política monetaria y políticas sociales” (FERRAJOLI, 2004, p. 16). A consequente ruptura com a ordem tradicional das fontes do Direito e a eventual carência de normas internacionais que reforcem internamente a proteção dos direitos fundamentais permitem uma abertura dos ordenamentos internos. De um lado, os influxos da economia internacional passam a interferir na agenda política interna. De outro, o poder decisório das instâncias democráticas é relativizado ante a existência concorrencial de órgãos legislativos internacionais.

O terceiro e último aspecto, e o mais relevante para o argumento que se pretende desenvolver aqui, corresponde à inadequação estrutural das formas do Estado de Direito em relação às funções do *Welfare State*.

Com frequência, a crise do Direito é associada a uma espécie de contradição inerente entre o modelo clássico de Estado de Direito, de matriz liberal, e o advento do Estado de Bem-estar, calcado sob a ideia de dever do Estado de satisfazer direitos sociais mediante prestações positivas. Essa contradição se manifesta, sobretudo pela perda da generalidade e abstração das leis, entre outros:

Tal crisis se manifesta em la inflación legislativa provocada por la presión de los intereses sectoriales y corporativos, la pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, la creciente producción de leyes-acto, el proceso de descodificación y el desarrollo de una legislación fragmentaria, incluso

en matéria penal, habitualmente bajo el signo de la emergencia y la excepción. (FERRAJOLI, 2004, p. 16)

Percebe-se em Ferrajoli que a incongruência entre Estado Liberal e Estado Social tem sido resolvida, desde a crise apontada, com a priorização do projeto liberal, em favor dos direitos de liberdade e propriedade, e em detrimento das tarefas assumidas pelo segundo modelo. Tal tendência mundial de desconsideração da agenda dos direitos sociais – na qual facilmente se pode incluir o Brasil - tem acarretado a inflação e a fragmentação da legislação, animadas por pressões antidemocráticas de setores específicos da sociedade - “*governadas por intereses fuertes y ocultos, dentro de nuestros ordenamentos*” (FERRAJOLI, 2004, p. 17), e que impactam problematicamente a legislação penal¹⁴⁰ quando sua incidência deixa de ser geral e abstrata.

Vieira (2007), por sua vez, aproximando-se em muitos pontos do diagnóstico de Ferrajoli, mesmo que por via oblíqua, afirma que, embora o Brasil sustente “um sistema jurídico razoavelmente moderno”, a desigualdade socioeconômica extrema no Brasil desnatura a imparcialidade da lei, e conseqüentemente enfraquece o Estado de Direito, sob a vigência do qual pretende funcionar, em muitos aspectos, a ordem jurídica constitucional (VIEIRA 2007).

Em que pese o sistema jurídico brasileiro possua normas inteligíveis, não contraditórias e razoavelmente estáveis; em que pese as regras particulares existentes no ordenamento gozem de validade na medida em que se referem a regras gerais; e embora as instituições responsáveis pela aplicação das leis sejam formalmente independentes e imparciais, o Brasil sofre de uma incongruência entre o que está previsto no ordenamento e o comportamento dos particulares e dos poderes públicos. Esse descompasso e a incapacidade do Estado de implementar sua legislação de forma imparcial, aproxima o sistema brasileiro da noção de um “não-Estado de Direito”:

¹⁴⁰ É preciso esclarecer que não ignoramos as conclusões de Ferrajoli (2004) sobre o tema da crise do Direito. Com efeito, sustenta o autor italiano que a aludida crise se dá, sobretudo, pela crise ou perda da confiança na razão jurídica moderna, e que, portanto, só pela própria via do Direito é resolvida, ou seja, pela efetivação de um sistema garantista de direitos, válido substancialmente, democrático materialmente, e que reconheça a intangibilidade dos direitos fundamentais (tanto os de liberdade quanto os sociais). Leia-se nesse sentido: “*Pero yo creo que con independencia de nuestro optimismo o pesimismo no existe otra respuesta a la crisis del derecho que el derecho mismo; y no hay alternativas posibles a la razón jurídica. Éste es el único camino para responder a la complejidad social y para salvar, con el futuro del derecho, también el futuro de la democracia*” (2004, p. 34). No entanto, embora sua conclusão não se enquadre perfeitamente ao roteiro teórico escolhido para o presente trabalho, seu diagnóstico preliminar, sobre a inadequação da estrutura do Estado liberal ao modelo de Estado de Bem-estar e as conseqüências dela advindas, é válido por si só, e adere perfeitamente a este percurso teórico, sem contradizê-lo.

A falha em melhorar significativamente a distribuição de recursos e reorganizar o tecido social altamente hierarquizado tem impedido que o Direito exerça seu papel como razão para a ação de diversos setores da sociedade brasileira. O Brasil é a 8ª maior economia no mundo, segundo a revisão recente dos números do Produto Interno Bruto brasileiro. No entanto, detém um dos piores registros de distribuição de riqueza (0,584 índice de Gini). De acordo com o IPEA, um instituto de pesquisa ligado ao Ministério do Planejamento, 49 milhões de pessoas são pobres no Brasil e 18,7 milhões estão em condição de extrema pobreza. Na última década, o 1% mais rico da população possuiu a mesma riqueza que os 50% mais pobres. Esses, entre muitos outros indicadores de desigualdade bruta dentro da sociedade brasileira, têm um efeito forte sobre a atuação das instituições responsáveis pela aplicação da lei no país (VIEIRA, 2007, p. 42).

O processo histórico de exclusão social e econômica, resultante de níveis extremos e persistentes de desigualdade, produz sistematicamente, no Brasil, um quadro de imunização da classe privilegiada, de invisibilidade da pobreza e de demonização da população recalcitrante (VIEIRA, 2007, p. 42). Tal quadro implica necessariamente na corrosão da imparcialidade legal, e na subversão do Estado de Direito: “a lei e os direitos, sob essas circunstâncias podem, com frequência, ser vistos como uma farsa, como uma questão de poder, para aqueles que estão entre os mais afortunados possam negociar os termos de suas relações com os excluídos” (VIEIRA, 2007, p. 42).

Sendo parcial a aplicação da lei, e direcionada a sua incidência em favor de interesses de estratos específicos da sociedade, cai por terra o sentido da obrigatoriedade ética.

Para a classe privilegiada, que ocupa uma posição de vantagem na hierarquia social brasileira, do ponto de vista material (do ponto de vista da possibilidade real de obtenção e concentração de renda, de recursos e da capacidade de reproduzir constantemente o capital para o futuro), a “imunidade” em face da lei diz respeito à ausência de mecanismos sociais aptos a constranger a maximização, a qualquer custo, de seus interesses. Os integrantes desse segmento social se situam “acima da lei”, isentos da obrigação de respeito aos direitos alheios. São imunes, assim, quando violam impunemente os direitos humanos¹⁴¹ ou quando se envolvem, da mesma forma, com atos de corrupção¹⁴² (VIEIRA, 2007, p. 45-46).

¹⁴¹ Apenas para ilustrar o argumento, leia-se em Vieira: A impunidade dos violadores de direitos humanos é endêmica no Brasil, conforme relatado por grandes organizações de direitos humanos e também reconhecido pelas autoridades federais. Casos como Vigário Geral (1993), Candelária (1993), Corumbiara (1995), Eldorado de Carajás (1996) e Castelinho (2002) ou a reação da polícia aos ataques do PCC (Primeiro Comando da Capital) em 2006 resultou em centenas de vítimas de execuções extrajudiciais, sem maior esforço para responsabilizar os agentes públicos.

¹⁴² O fato de que a corrupção no Brasil é endêmica é notório, e infelizmente parece prescindir de prova. Os últimos escândalos revelados pela operação Lava-Jato são matéria vezeira dos telejornais e da mídia em geral. Mesmo assim, para reforçar o argumento, apresentamos o último levantamento realizado pela “Transparência Internacional”. De acordo com os dados mais atualizados, o Brasil caiu, em 2017, da 79ª para a 96ª posição no ranking mundial de percepção da corrupção. Segundo a organização, “apenas Libéria e Bahrein mostraram recuo

Quanto aos “invisíveis”, ou seja, para a parcela da população cujo sofrimento “não causa uma reação moral ou política” nas classes imunes ou nos agentes públicos, não existe razão alguma para agir conforme o Direito.

No Brasil, a perda de vidas ou a ofensa sistemática à dignidade das pessoas não têm se mostrado como fatores suficientemente relevantes, capazes de motivar propostas políticas verdadeiramente transformadoras. O Brasil, um dos países mais violentos da América Latina,

[...] acumulou mais de 800.000 mortes por homicídio doloso nas últimas duas décadas. Mais pessoas se tornam vítimas de homicídio a cada ano no Brasil do que na Guerra do Iraque. É importante dizer que uma ampla maioria dos mortos é economicamente desfavorecida, pouco instruída, jovem, masculina, negra e residente na periferia social brasileira. Como cuidadosamente demonstrado por Fajnzylber, Lederman and Loayza, há uma forte relação causal entre a desigualdade e os índices de crimes violentos. (VIEIRA, 2007, p. 43).

No campo do sistema penal retributivo, as normas de restrição, definidoras dos crimes e de suas respectivas penas, se revelam “insuficientes para proteger grupos vulneráveis dentro da sociedade” (VIEIRA, 2007, p. 43):

Níveis obscenos de impunidade, além de permitir perdas de vidas humanas entre os mais pobres, por não receberem uma resposta apropriada por parte do sistema jurídico, reforçam a idéia (sic) perversa de que essas vidas não possuem valor. O círculo vicioso de altos níveis de criminalidade violenta e a impunidade tornam brutais as relações interpessoais e reduzem a nossa capacidade de compaixão e solidariedade. (VIEIRA, 2007, p. 43).

De acordo com dados atualizados do Ministério da Justiça divulgados pela última vez em junho de 2016, a população prisional do Brasil é constituída, em sua grande maioria, por integrantes das classes sociais mais baixas, por negros, jovens e analfabetos¹⁴³.

maior que o brasileiro, de 32 e 33 posições, respectivamente. Esse resultado acende um alerta de que os esforços notáveis do país contra a corrupção podem de fato estar em risco. Não houve, em 2017, qualquer esboço de resposta às causas estruturais da corrupção no país. Ao contrário, a velha política que se apegava ao poder parece mais unida do que nunca no propósito de impedir os avanços e “estancar a sangria”. Enquanto isso, a sociedade se mostra cada vez mais dividida pela polarização exacerbada do debate público, enfraquecendo a pressão social por mudanças efetivas”. Disponível em: <<https://www.ipc.transparenciainternacional.org.br/>>. Acesso em: 21 jul 2018.

¹⁴³ Segundo dados extraídos do último INFOPEN, a população prisional no Brasil ultrapassou pela primeira vez na história, a marca de 700 mil pessoas, o que representa um acréscimo na ordem de 707% em relação ao total registrado no início da década de 90. A maior parte dos registros se refere a prisões provisórias ou temporárias (40%), acompanhada pelos registros de prisões em regime fechado (38%), fruto de sentenças condenatórias. Setenta e oito por cento dos estabelecimentos penais em todo o país estão superlotados. A maioria dos presos são jovens (30% tem entre 18 a 24 anos e 25% entre vinte e cinco e vinte e nove anos). Sessenta e quatro por cento dos internos do sistema prisional são negros. Cinquenta e um por cento tem apenas o ensino fundamental incompleto (10% são analfabetos ou simplesmente alfabetizados). Disponível em:

Outro aspecto que se soma para minar a imparcialidade da lei no Brasil é o consumismo. Impulsionado pela globalização, e pela difusão de um estilo de vida homogeneizado, importado das grandes metrópoles internacionais, o consumismo cria um ambiente de disputa e perseguição individualista de metas de vida puramente materiais, que se retroalimenta e conforma o imaginário e o conjunto dos valores sociais dominantes. Porém:

Para muitos que não experimentaram a sensação de serem tratados com igual consideração e respeito por aqueles responsáveis por aplicar a lei e pela sociedade em geral, não existe razão alguma para que ajam em conformidade com o Direito. Em outras palavras, para aqueles criados como invisíveis em sociedades não tradicionais, há ainda menos razões morais ou instrumentais para respeitar as leis. A consequência (sic) é que, ao desafiar a invisibilidade através de meios violentos, os indivíduos começam a ser vistos como uma classe perigosa, à qual nenhuma proteção legal deve ser dada (VIEIRA, 2007, p. 43).

Enquanto os invisíveis são tratados com negligência, os “demonizados” o são com violência. Demonizados são os indivíduos cujo processo de desconstrução da imagem humana autoriza a eliminação, a tortura e o dano, sem que os direitos e as garantias penais ou processuais mereçam ser observadas (aproxima-se da ideia de decomposição da pessoa, de Supiot). São sujeitos excluídos do “domínio do Direito”, situados numa zona onde as normas de proteção não incidem (VIEIRA, 2007, p. 44-45).

Vieira (2007), citando o Relator Especial sobre Tortura das Nações Unidas, Nigel Rodley, escreve em passagem qualificada por ele como a “sentença que capta a essência da demonização”:

A tortura e outros maus tratos similares estão distribuídos em uma base esparsa e sistemática na maioria das regiões do país visitadas pelo Relator Especial [...]. Isso não ocorre a todas as pessoas ou em todos os lugares; acontece principalmente aos economicamente desfavorecidos, criminosos comuns negros envolvidos em crimes pequenos ou em tráfico de drogas de baixa escala [...]. As condições de detenção em muitos lugares são, conforme francamente informado pelas próprias autoridades, subumanas [...]. O Relator Especial se sente compelido a comentar que se sentiu, em muitas unidades de detenção, e especialmente nas delegacias policiais que ele visitou, sensorialmente agredido de forma insuportável. O problema não foi amenizado pelo fato das autoridades estarem frequentemente conscientes das condições que ele iria descobrir e de o terem advertido acerca delas. Ele poderia apenas se simpatizar com a posição comum que ouviu daqueles que estavam agrupados como rebanhos no sentido de que “eles nos tratam como

animais e esperam que nós nos comportemos como seres humanos quando sairmos” (VIEIRA, 2007, p. 44).

Com efeito, indivíduos tratados como demônios não tem qualquer razão para vincular-se positivamente ao ordenamento, devotando-lhe confiança ou obediência. Para eles, o sistema jurídico é algo contra quem se luta, contra que se combate.

Estabelecidos esses pontos, pode-se afirmar que, tanto as teses de Supiot (2007), quanto as de Ferrajoli (2004) e de Vieira (2006) dão conta de um fenômeno jurídico uniforme, próprio da modernidade recente, em curso desde o século passado, definido pela tendência da lei de ver arruinada sua capacidade de proteção da pessoa, de ver minada sua imparcialidade, ou de ver perdida sua abstração e generalidade em favor de interesses não necessariamente político-democráticos, quando não exclusivamente econômicos, mas sempre em desfavor de setores vulneráveis da sociedade.

Em Direito Penal, ou mais precisamente, em Criminologia, a corrosão da força protetiva (SUPIOT, 2007) e da imparcialidade na aplicação da lei (VIEIRA, 2007), ou a sua perda de generalidade e abstração (FERRAJOLI, 2004) podem ser traduzidas naquilo que se denomina por “seletividade penal”.

Como já frisamos no capítulo anterior, a maneira como funciona o sistema de justiça penal retributiva, desde o século XIX, encontra legitimação teórica no paradigma etiológico. A partir dele, instaura-se, para o sistema de justiça penal, a função precípua de combate à criminalidade em defesa da sociedade, respaldado pelo conhecimento científico (biologia, sociologia, psicologia). O criminoso, nesse contexto, é o destinatário de uma política criminal de base científica. Esta, por sua vez, busca no indivíduo delinquente a causa do delito, e no cárcere, o meio de transformá-lo.

Nessa perspectiva, o sistema de justiça penal retributiva, enquanto aparato lógico e tecnológico de defesa social, também se sustenta, do ponto de vista epistemológico, sobre três premissas fundamentais, que formam o que se pode chamar, em linhas gerais, de “ideologia da defesa social” (BARATTA, 2002), ou de “senso comum penal” (ANDRADE, 1995): primeiro, a de que as normas penais constituem um direito igual por excelência¹⁴⁴; segundo, a de que o direito penal protege todos os indivíduos indistintamente, contra a ofensa aos bens

¹⁴⁴ Recorde-se que a tradição do pensamento iluminista penal, sintetizado por Beccaria, remete ao interesse da burguesia em romper com os privilégios da nobreza, sobretudo dos jurídicos-penais que a isentava de pena, conforme o caso e sempre de maneira arbitrária.

essenciais à sociedade e homoganeamente compartilhados por todos; e terceiro, a premissa segundo a qual as normas penais se aplicam igualmente a todos.

Ocorre que, embora o paradigma etiológico e a ideologia da defesa social tenham ganhado adeptos fora do continente Europeu, e se tornado conhecimento dominante a respeito do fenômeno criminológico, não se mantiveram isentos de críticas.

Na América do Norte, graças aos influxos das correntes de origem fenomenológica (interacionismo simbólico e a etnometodologia), surgem, entre o final da década de 50 e início da década de 70, como alternativas teóricas e de verdadeiro enfrentamento às correntes tradicionais, as teorias criminais do conflito (SHECAIRA, 2018, 132), constituídas pela teoria (ou paradigma) do *labeling approach*¹⁴⁵ (ANDRADE, 1995, p. 27) e pela criminologia crítica.

Ambas as correntes teóricas se contrapõem à criminologia positivista, de enfoque biopsicológico, e à concepção de que o crime é um dado ontológico, pré-constituído, a partir dos quais são investigadas às causas naturais do delito.

A sociologia criminal baseada no paradigma do *labeling approach* apoia-se sob a tese principal de que a criminalidade, mais do que uma realidade preexistente, objetivamente verificável na natureza dos fatos sociais e dos comportamentos individuais, é uma realidade social, e, portanto, uma realidade construída, inclusive pela ação das instâncias oficiais de combate ao crime.

Se para o positivismo criminológico, e conseqüentemente para o paradigma etiológico, o crime reflete uma conduta desviante, que foge da norma civilizada e racional, e, portanto, corresponde a um fato excepcional (de uma minoria) dentro de um universo de comportamentos conformes, por outro lado, segundo o paradigma do *labeling approach*, o delito é uma realidade que se constitui:

[...] através de uma percepção seletiva dos fenômenos, que se traduz no recrutamento de uma circunscrita população criminal, selecionada dentro do mais amplo círculo dos que cometem ações previstas na lei penal e que, compreendendo todas as camadas sociais, representa não a minoria, mas a maioria da população (BARATTA, 2002, 179).

¹⁴⁵ Segundo Vera Regina Andrade (1995, p. 27), “o *labeling approach* é designado na literatura, alternativa e sinonimamente, por enfoque (perspectiva ou teoria) do interacionismo simbólico, etiquetamento, rotulação ou ainda por paradigma da “reação social” (*social reaction approach*), do “controle” ou da “definição”. Ele surge nos Estados Unidos da América em finais da década de 50 e inícios da década de 60 com os trabalhos de autores como H. GARFINKEL, E. GOFMANN, K. ERICSON, A. CICOUREL, H. BECKER, E. SCHUR, T. SCHEFF, LEMERT, KITSUSE entre outros, pertencentes à “Nova Escola de Chicago” com o questionamento do paradigma funcional até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. Considera-se H. Becker, sobretudo através de seu já clássico *Outsiders* (publicado em 1963) o fundador deste paradigma Criminológico”.

É a distribuição de etiquetas, de rótulos negativos (do criminoso, do perigoso) por meio de instâncias políticas detentoras do poder de definição, que constrói a criminalidade. Essa distribuição desigual entre os distintos setores da sociedade se dá de acordo com uma espécie de “*second code*” (BARATTA, 2002), um código informal que regula a aplicação das normas, retirando, por meio da práxis do sistema de justiça penal, sua força protetora, sua abstração, generalidade e imparcialidade.

Em substituição a esses atributos da lei, se apresentam o senso comum criminal, caracterizado pelo ranço etiológico do criminoso nato e a ideologia da defesa social. Esta, ao se referir aos valores da classe dominante, exclui desse sistema as classes subalternas e todo um conjunto de elementos identitários que a elas se refira. É dizer, exclui de seu sistema de valores e taxa como potencialmente criminosa ou perigosa toda conduta ou modo de vida que de alguma forma se relacione com a pobreza, com o desemprego, com a contracultura, com o negro (no caso especial do Brasil) ou, essencialmente, expresse uma condição de desajuste com o mercado de trabalho e com a sociedade de consumo.

Escreve Andrade:

Uma conduta não é criminal "em si" ou intrinsecamente criminosa (embora possa ser considerada intrínseca ou socialmente negativa) nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influência de seu meio-ambiente como sustenta até hoje o paradigma etiológico de Criminologia enraizado, diga-se, no senso comum. (ANDRADE, 2003, p. 127)

Labeling approach e criminologia crítica se relacionam de maneira sinérgica: “A Criminologia contemporânea desenvolvida na base deste paradigma [do *labeling*], especialmente a Criminologia crítica, tende a transformar-se, assim, de uma teoria da criminalidade em uma teoria crítica e sociológica do sistema penal” (ANDRADE, 1995, p. 31).

Em particular, a criminologia crítica, de cunho marxista, funciona como uma teoria materialista ou “econômico-política” do desvio (BARATTA, 2002). Amplia seu campo de estudo ao acrescentar como suas variáveis a estrutura social e a dinâmica das relações produtivas e de distribuição (BARATTA, 2002). Sob essa perspectiva, o direito penal é visto como o direito desigual por excelência, uma vez que:

[...] não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; [...] a lei penal não é igual para todos, o *status* de criminoso é distribuído de

modo desigual entre os indivíduos; [...] o grau efetivo de tutela e a distribuição do *status* de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade (BARATTA, 2002, p. 162).

Segundo a perspectiva crítica, o processo de criação da criminalidade pressupõe, além do exercício desigual de um poder político de definição dos papéis desviantes, uma assunção desses por parte dos indivíduos, a partir da imagem de que fazem deles, e por fim, da que eles terminam por ter de si mesmos. A assunção de papéis é reforçada e consolidada pela atuação estereotipada dos órgãos do sistema penal. O cárcere, especialmente, reafirma a identidade criminosa e estimula a formação de verdadeiras carreiras criminosas.

Com efeito, a criminalidade é um *status* atribuído mediante uma dupla seleção: a) a seleção dos indivíduos mediante a distribuição de um rótulo, de um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico” (BARATTA, 2002, p. 161); e b) a seleção dos bens jurídicos protegidos penalmente, na medida em que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, em detrimento das classes subalternas (BARRATA, 2002, p. 165).

Enquanto a intervenção do sistema geralmente subestima e imuniza as condutas às quais se relacionam com a produção dos mais altos, embora mais difusos danos sociais (graves desvios dos órgãos estatais, especialmente da polícia em atividades de extermínio e massacres, delitos econômicos, ecológicos, ações da criminalidade organizada), superestima infrações de relativamente menor danosidade social, embora de maior visibilidade, como delitos contra o patrimônio, especialmente aqueles cuja autoria são pessoas pertencentes aos estratos sociais mais débeis e marginalizados. (ANDRADE, 2003, p. 129-130).

O sistema penal realiza, então, uma função de reprodução das relações sociais, da manutenção da estrutura verticalizada, e de discriminação social, evitando a integração dos setores mais baixos e marginalizados ou ele mesmo criando processos de marginalização (BARATTA, 2002, p. 175). Nesse contexto, a criminalização primária e a criminalização secundária se destacam como processos de marginalização levados a cabo diretamente pelo sistema de justiça penal.

O fenômeno da criminalização primária¹⁴⁶ se dá ao nível da superestrutura, ou seja, ao nível da produção da norma. O Direito Penal, com efeito, reflete naturalmente um conjunto de valores específicos,

[...] um universo moral próprio da cultura burguesa-individualista, dando a máxima ênfase à proteção do patrimônio privado e orientando-se, predominantemente, para atingir as formas de desvio típicas dos grupos socialmente mais débeis e marginalizados. Basta pensar na enorme incidência de delitos contra o patrimônio na massa da criminalidade, tal como resulta da estatística judiciária” (BARATTA, 2002, p. 176).

A própria técnica de elaboração dos tipos penais calcada na produção irrestrita de circunstâncias que qualificam, majoram ou agravam a pena, fazem raras as chances de um réu responder pelo cometimento de um delito simples, sem que a pena seja aumentada por alguma razão. Bem diferente desse cenário, são os casos de cometimento dos crimes de “colarinho branco” (BARATTA, 2002, p. 175).

Em um segundo momento desse processo, a criminalização secundária se expressa pela atuação dos órgãos de investigação e julgamento que habitualmente se guiam por preconceitos e estereótipos. Neste nível, a criminalidade é buscada nas zonas mais pobres e entre os indivíduos a elas pertencentes, onde já se espera encontrá-la normalmente. Tal coincidência, artificialmente construída, cria um círculo vicioso no interior do qual uma espécie de profecia sempre se cumpre, reforçando sua lógica.

Na fase judicial da persecução penal, dois fatores relevantes para a compreensão da criminalização secundária são a impossibilidade do réu de “desenvolver um papel ativo no processo” e o de se servir da melhor maneira possível dos serviços de advogados de defesa (BARATTA, 2002, p. 176).

O fato dos juízes serem arregimentados, em regra, das classes médias e altas, também é um fator que implica em seletividade e criminalização. Ademais, a distância cultural entre réu e julgador, as nuances das linguagens díspares, as experiências de vida discrepantes e a diferença de valores, são fatores que bloqueiam atitudes empáticas entre eles.

Pesquisas empíricas têm demonstrado que há uma tendência de os juízes esperarem um comportamento lícito por parte de indivíduos que pertencem às classes sociais mais altas (BARATTA, 2002, p.176), e inversamente, agirem em desfavor dos indivíduos de classes mais baixas.

¹⁴⁶ Para Baratta (2002, p. 161), a criminalização primária se dá quando da produção das normas penais e processuais penais, de acordo com critérios seletivos. A criminalização secundária, por sua vez, com a aplicação também seletiva dessas normas pelos órgãos de investigação e judicantes (incluindo aí a execução das penas).

Em referência a delitos contra o patrimônio tem sido mostrado o predomínio destas duas tendências opostas, conforme a extração social do acusado. Até em uma matéria socialmente tão neutra como a dos delitos de trânsito tem sido observada uma correlação entre a valoração da culpa e das circunstâncias atenuantes e a posição econômica do acusado (BARATTA, 2002, p. 176)

A atividade de aplicação de mecanismos processuais como os da suspensão condicional da pena tende a pressupor e considerar elementos relativos à família e a profissão dos réus, em desfavor dos indivíduos com histórico social problemático. Quando são previstas penas de prisão ou pecuniárias, alternativamente, os marginalizados e o subproletariado também são desfavorecidos. A prisão, por se entender que compromete menos o *status* daquele cuja posição social já é baixa, tende a ser aplicada mais ao réu pobre. Ademais, a aplicação da pena de prisão, para os que pertencem à classe mais baixa, compõe a rotina da atividade jurisdicional: é o que se espera acontecer. Logo seu deferimento, mesmo que indiscriminado, não causa qualquer embaraço ético para os juízes ou para o sistema (BARATTA, 2002, p. 176).

Sob a perspectiva da criminologia crítica, a criminalização das classes subalternas se liga, portanto, à condição de desajuste dos indivíduos com os valores e as normas inerentes ao modo de vida capitalista:

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). A posição precária no mercado de trabalho (desocupação, subocupação, falta de qualificação profissional) e defeitos de socialização familiar e escolar, que são características dos indivíduos pertencentes aos níveis mais baixos, e que na criminologia positivista e em boa parte da criminologia liberal contemporânea são indicados como as causas da criminalidade, revelam ser, antes, conotações sobre a base das quais o status de criminoso é atribuído. (BARATTA, 2002, p. 165).

Com efeito, na sociedade capitalista, a relação entre o sistema de justiça penal e a desigualdade é retroalimentada. Se por um lado o sistema atua seletivamente, espelhando as relações de desigualdade já existentes, por outro, ele mesmo produz desigualdade. Funciona, em primeiro lugar, ativamente, por meio da aplicação da pena (especialmente através do cárcere), na produção de identidades desviantes e na manutenção da escala de hierarquia social. Age de modo a “impedir a ascensão social” das classes subalternas. Em segundo lugar, a função simbólica da pena, com a punição rigorosa e exemplar de certas condutas

ilícitas, como as contra o patrimônio, cobre um número amplo de outros comportamentos ilegais, mas que se mantêm imunes ao processo de criminalização. Assim, a própria seletividade é disfarçada, e a desigualdade produzida pelo sistema se faz oculta (BARATTA, 2002, p. 166).

Desde o advento do capitalismo, ou melhor, desde o advento da própria modernidade, o encontro entre a desigualdade econômica e o sistema de justiça penal retributivo parece nunca ter se dado acidentalmente.

Seja por via do deslocamento do Estado da posição de garante, seja através do ângulo da crise do Direito, ou mesmo por meio da própria natureza desigual do capitalismo, a explicação segundo a qual a classe dominante proprietária buscou através do Estado e do sistema penal, desde suas origens, proteger a riqueza e os seus interesses, se mantém válida. Mesmo as origens do Estado Moderno, do sistema de justiça penal retributivo e da privação de liberdade como método padrão de pena, de alguma forma se sujeitam à função protetiva do patrimônio.

Para Foucault, a origem da sociedade disciplinar, desse amplo projeto que atravessou o sistema prisional no século XIX, se deu por conta da “nova distribuição espacial e social da riqueza industrial e agrícola” que, por sua vez demandou, no final do século XVIII, a criação de novos sistemas de controle social:

Esses novos sistemas de controle social agora estabelecidos pelo poder, pela classe industrial, pela classe dos proprietários foram justamente tomados dos controles de origem popular ou semi-popular, a que foi dada uma versão autoritária e estatal (FOUCAULT, 2002, p. 102).

Entre o século XVII e a segunda metade do século XVIII, a ordem social na Inglaterra foi mantida por numerosos grupos espontâneos de pessoas, sem qualquer delegação de um poder superior. Eram grupos religiosos, ou de amigos (mas com ideologia profundamente religiosa), de pequenos burgueses, que organizavam a própria polícia e fiscalizam o dia-a-dia por meio de viagens de inspeção. A eles eram “submetidos todos os casos de desordem: embriaguez, adultério, recusa de trabalhar, etc” (FOUCAULT, 2002, p. 89). Paralelamente, funcionavam pequenas sociedades, de assistência e reforma moral, com o mesmo intuito de “impedir o jogo, a bebedeira, reprimir a prostituição, o adultério, as imprecensões, as blasfêmias, tudo que pudesse manifestar desprezo para com Deus” (FOUCAULT, 2002, p. 90).

Já no início do século XVIII, grupos igualmente espontâneos, mas de caráter militar, surgiram para promover sua autodefesa: reagiam contra agitações sociais, grandes movimentos políticos e sociais.

De comum entre todos esses grupos era a vontade, no fundo, de “escapar ao poder político”: na Inglaterra, a legislação penal era “aterrorizadora e sanguinária”. “Em mais de 300 casos, com efeito, se podia ser enforcado” (FOUCAULT, 2002, p. 92). A formação dos grupos de reforma moral e fiscalização se justificava muito mais para esquivar-se da penalidade estatal e do poder político de quem manejava o judiciário do que realmente para implementar vigilância.

A partir da segunda metade do século XVIII, a configuração desses grupos passa a ocorrer de maneira sensivelmente distinta: de pequenos burgueses com ideologia religiosa, passam a constituir-se de membros da aristocracia, membros das classes ricas. A nova forma de recrutamento impacta diretamente sua funcionalidade: de reforma moral e fuga da legislação penal, passam a atuar como “reforço do poder da própria autoridade penal” (FOUCAULT, 2002, p. 93).

Na França, em que pese fosse um país de monarquia absolutista e de Estado forte (diferente da Inglaterra do mesmo período) grupos sociais também se valiam de um canal de controle, que ativavam através de instrumentos institucionais, porém para-judiciários: as chamadas *lettre-de-cachet* (FOUCAULT, 2002, p. 95).

Por meio de requisições, diferentes grupos populares ou semi-populares obtinham, em seu favor, ordens reais, para fins de controle moral, religiosa ou trabalhista. Por meio das *lettre-de-cachet*, a mulher adúltera era punida a pedido do marido; assim como os feiticeiros a pedido dos padres e os líderes grevistas a pedido dos comerciantes.

Destaque-se que as *lettre-de-cachet* não eram institutos jurídicos (não pertenciam ao universo do Direito). Eram, segundo Foucault, formas de contrapoder estatal, exercido pelos próprios grupos sociais, de baixo para cima.

Ocorre que, a partir do final do século XVIII, seguindo uma tendência que havia se iniciado na Inglaterra, a nova forma assumida pela produção capitalista nos países mais desenvolvidos da Europa vai desembocar na centralização do poder, e na subjugação dos grupos sociais ao poder político monopolizado pelo Estado, e conseqüentemente ao poder judiciário estatal.

Com efeito, já na segunda metade do século XVIII, na Inglaterra, uma última categoria de sociedades havia surgido: as sociedades econômicas, grandes companhias e

sociedades comerciais se organizaram para “defender seu patrimônio, seu estoque, suas mercadorias, os barcos ancorados no porto de Londres” (FOUCAULT, 2002, p. 91).

Essas sociedades respondiam a uma necessidade demográfica ou social, à urbanização, ao grande deslocamento de populações do campo para as cidades, respondiam também [...] a uma transformação econômica importante, a uma nova forma de acumulação da riqueza, na medida em que, quando a riqueza começa a se acumular em forma de estoque, de mercadoria armazenada, de máquinas, torna-se necessário guardar, vigiar e garantir sua segurança; respondiam, enfim, a uma nova situação política, às novas formas de revoltas populares que, de origem essencialmente camponesa, nos séculos XVI e XVII, se tornam agora grandes revoltas urbanas populares, e em seguida, proletárias (FOUCAULT, 2002, p. 92).

Essa mesma tendência, com menos intensidade, alcança também a França. Nesses dois países, sobretudo, a riqueza deixa de expressar-se através das letras de câmbio (representativas das terras agrícolas), para corresponder ao capital corporificado das matérias-primas e das mercadorias. Convertida em matéria, o capital se torna passível de depredação, do saque, da pilhagem camponesa e da ação dos vagabundos, trabalhadores agrícolas frequentemente desempregados, miseráveis, ladrões de cavalos. Assim, novos mecanismos de controle e proteção são criados ante as novas necessidades das elites. Nesse processo, o poder que define o controle e gerencia os mecanismos de proteção é retomado de cima, pelo Estado, *manu militari*.

Desde a origem do sistema de justiça penal retributivo, a criação de uma legislação penal específica para proteger o patrimônio encontra reforço e justificação no modo de produção capitalista. A função seletiva não-declarada de proteção da propriedade privada revela ser, não apenas mais uma importante engrenagem do mecanismo penal, mas um elemento fundante do projeto de sistema penal gestado no século XIX. Já nas origens, a relação entre desigualdade e seletividade penal também se mostra inerente a esse projeto.

Entretanto, na contemporaneidade, essa relação problemática ganha contornos tão ou mais dramáticos que os do início da modernidade. Isso porque o grau de legitimidade do discurso de proteção do patrimônio nas sociedades modernas contemporâneas tem sofrido um decréscimo, sobretudo graças ao quadro amplo de crise do capitalismo recente e particularmente graças ao fenômeno do desemprego estrutural.

Longe de atingir o máximo de legitimidade, as interpretações jurídicas a respeito dos crimes contra o patrimônio, ou seja, a respeito da proteção da propriedade privada por meio do sistema de justiça penal, se esquivam de abordar temas que não dizem respeito à mera

dogmática. A partir desse quadro complexo (crise do capital, neoliberalismo e desemprego estrutural), qualquer interpretação, que porventura venha a desconsiderá-lo, sempre apresentará um déficit de legitimidade.

Desde o advento do capitalismo, a atividade empresarial ganhou contornos de atividade econômica por excelência. É por meio da empresa que o indivíduo se vale do capital acumulado primitivamente para adquirir os meios de produção, contratar mão-de-obra e produzir livremente (mas com a observância dos limites legais) os bens que vão satisfazer as necessidades de outros indivíduos. Nesse contexto, a propriedade privada não só é pressuposto para a satisfação dessas necessidades (afinal é a propriedade privada dos meios de produção que possibilita a produção) como é o objeto da própria satisfação das necessidades: de nada vale um estatuto jurídico onde se prevejam direitos como os de liberdade de locomoção, saúde e educação se os bens que concretizam estes direitos não são produzidos ou dedicados à livre circulação.

Por outro lado, embora a atividade empresarial seja a atividade capitalista *par excellence*, a atividade que se padronizou e generalizou no sistema capitalista de produção como meio adequado e lícito para a aquisição de bens e serviços capazes de concretizar os direitos previstos nas cartas políticas foi o trabalho assalariado, o emprego.

Sendo privada a propriedade dos meios de produção, e dado o fato histórico de que somente uma pequena parcela da população que compunha a sociedade pré-capitalista detinha capital acumulado suficiente para a aquisição daqueles meios (HOBSBAWN, 2000), restou à maioria esmagadora da população mundial o trabalho explorado por terceiros.

A sociedade capitalista, assim, é também a sociedade do trabalho: conforme este modelo de sociedade, o trabalho é um valor em si mesmo – um valor que compõe a ética deste modelo: é um elemento da estrutura cultural capitalista¹⁴⁷, como também é o instrumento-padrão por meio do qual são obtidos os recursos necessários à realização dos direitos previstos nas constituições e nas leis.

Os direitos, segundo essa perspectiva, além de exigirem uma existência abstrata, ou seja, além de serem reconhecidos positivamente pelo Estado, a fim de compor o ordenamento jurídico, também demandam uma fenomenologia, uma existência concreta, corporificada nos bens, nas mercadorias.

A educação, prevista em uma dada constituição, é direito em potência, pois pode ser exercido eventualmente. Contudo só é efetivado – e é o que de fato importa no mundo real –

¹⁴⁷ Observe-se como a produção de conhecimento gira em torno da construção de perfis profissionais a fim de que os indivíduos exerçam atividades laborais, produtivas ou não.

por meio da aquisição de livros, com o acesso à escola, e a ambientes de cultura, de lazer, com a contratação e valorização de profissionais capacitados. É dizer, os direitos, do ponto de vista material, só são concretizados, na sociedade capitalista, por meio da aquisição de bens e serviços, ou seja, por meio da aquisição de propriedade privada. Seja o indivíduo, seja o Estado como intermediário nessa relação, as diversas propriedades privadas que efetivam direitos são adquiridas e distribuídas, na sociedade capitalista, segundo a lógica de mercado.

De acordo com a premissa já apontada, retirada da ideologia da defesa social, uma das funções vitais do sistema de justiça penal é a proteção dos bens jurídicos. Bens jurídicos seriam, assim, bens vitais da sociedade e do indivíduo, que mereceriam proteção legal exatamente em razão de sua significação social. Seriam, em verdade, valores fundamentais da vida social (BITENCOURT, 2016, p. 46).

Para Bulos (2010, p. 499), valor é tudo aquilo que reflete princípios fundamentais, ou seja, “diretrizes imprescindíveis à configuração do Estado”, que lhe determina o modo e a forma de ser. Espelha a ideologia do constituinte, os postulados básicos e os fins da sociedade.

Valor social do trabalho, ainda segundo Bulos, diz respeito à máxima segundo a qual “o trabalho dignifica o homem”. Nas suas palavras, “o trabalho, certamente, dignifica a existência terrena, e, quando livre e criativo, liga o homem a Deus” (BULOS, 2010, p. 512). Para o autor, “ao prescrever os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, a Constituição de 1988 aduziu que a ordem econômica se funda nesse primado, valorizando o trabalho do homem em relação à economia de mercado, nitidamente capitalista” (BULOS, 2010, p. 512).

Uma vez que propriedade privada e trabalho são valores da sociedade capitalista, ou seja, bens jurídicos, surge a necessidade de sua proteção. É dizer, surge a necessidade de se reconhecer toda ofensa a esses valores um delito, uma conduta tipificada pela lei como crime, e, portanto, passível de pena. Bitencourt, nesse sentido, afirma que “o Direito Penal objetiva, assim, assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos e, ao mesmo tempo, o reconhecimento e a proteção desses valores. [...] A função ético-social é inegavelmente a mais importante do Direito Penal” (BITENCOURT, 2016, p. 46).

Como já destacamos, no Brasil, desde o século XIX, tipos penais como os de furto, dano, apropriação indébita, roubo, extorsão, usurpação, receptação, estelionato e outras fraudes foram editados pelo legislador a fim de tutelar a propriedade¹⁴⁸. Celso Delmanto, com

¹⁴⁸ O Código Penal de 1890 previa em seu título XII os “Crimes contra a propriedade pública e particular”. A partir de 1940, os códigos penais que se seguiram até os dias atuais, passaram a adotar a nomenclatura “Crimes contra o patrimônio”. A alteração visou ampliar o conceito do bem jurídico tutelado, para que não se restringisse

efeito, afirma que o Título II da Parte Especial do Código vigente é que cuida de punir condutas que ofendem a inviolabilidade do direito fundamental à propriedade, tutelado pela Constituição, o qual se liga intimamente aos valores sociais do trabalho, fundamento da República (DELMANTO, 2016, p. 874). Atualmente, os artigos 155 a 183 do Título II da Parte Especial do Código Penal, como já dito, são os dispositivos jurídicos que cumprem essa missão.

Em teoria, três razões justificam a tutela penal da propriedade privada no Brasil: a) a propriedade privada é um valor jurídico; b) a propriedade privada é pressuposto para a existência do capitalismo e c) a propriedade privada é instrumento real de concretização de direitos.

Do mesmo modo, três razões justificam a proteção do valor social do trabalho por meio da lei penal: 1) o trabalho é um valor jurídico; 2) o trabalho é um valor ético; 3) o trabalho é instrumento de realização de direitos.

a) A propriedade privada é um valor jurídico: “O direito é comprometido com valores, e a norma que buscamos no texto através da interpretação encontra-se relacionada a uma situação histórica” (CAMARGO, 2003, p. 14). Direitos fundamentais são princípios, prerrogativas, deveres e institutos, inerentes à soberania popular, que garantem a convivência pacífica, digna, livre e igualitária, independentemente de credo, raça, origem, cor, condição econômica ou status social. Sem os direitos fundamentais, o homem não vive, não convive, e, em alguns casos, não sobrevive (BULOS, 2010, P. 528).

Como já sustentamos outrora, a Constituição de 1988, promulgada no contexto histórico do capitalismo, previu em seu artigo 5º, caput, a inviolabilidade do direito à propriedade. A propriedade, dada a importância que lhe foi atribuída pelo legislador brasileiro, tem *status* de direito fundamental e conseqüentemente, recebe a tutela do Direito Penal por meio dos dispositivos referentes aos “Crimes contra o patrimônio”, previstos no título II da Parte Especial do Código Penal.

b) A propriedade privada é pressuposto para a existência do capitalismo: a propriedade individual dos meios de produção, sobretudo, é uma das marcas características mais importantes desse modo de produção, que juntamente com o lucro e a economia de mercado, conformam as bases de sua existência e funcionamento. Dada a distribuição das riquezas produzidas por estes meios privados desenvolver-se através das regras de livre mercado, as

à propriedade enquanto domínio, tal como se concebe no Direito Civil, mas todo e qualquer interesse de valor econômico (HUNGRIA, 1955, p. 5).

mercadorias, ou seja, os valores de uso (HARNECKER, 1981, p. 36) - os produtos resultantes do processo produtivo - são adquiridos igualmente como propriedade privada.

c) A propriedade privada é instrumento real de concretização de direitos: da noção ampla de propriedade - aquela que engloba tanto os bens móveis quanto imóveis, os meios de produção e as mercadorias - resulta o fato de que os direitos, em sentido material, só podem ser efetivamente realizados por meio de valores de uso. Isso porque, para Harnecker (1981, p. 35) valores de uso são bens, mercadorias, objetos que respondem às necessidades humanas determinadas (fisiológica ou social). Essa noção material do direito surge da simples constatação de que, por exemplo, o direito à saúde, a par de sua previsão constitucional, a par de seu regime jurídico espalhar-se pela legislação extravagante, só é efetivamente realizado quando, numa situação concreta, o enfermo faz uso de seu medicamento, ou quando é atendido por um médico numa consulta preventiva. Em ambos os casos, o direito à saúde é realizado por meio de recursos (dinheiro), que por si só são propriedade privada, ou se convertem em outras espécies de propriedade privada (o serviço médico vendido como mercadoria, o plano de saúde, o remédio, etc).

Além disso, se liga originariamente a uma noção moral, também bastante ampla, de liberdade individual. Segundo o pensamento de Locke, a propriedade privada pressupõe o dever do homem de conservar a si mesmo, de preservar sua vida. Preservando sua vida, o homem, conseqüentemente é proprietário de sua própria pessoa, assim como deve ser proprietário dos frutos de seu trabalho, da transformação dos recursos naturais à custa de sua energia. É a propriedade, de si e das coisas, que para Locke garante a liberdade dos indivíduos (SAHD, 2007).

1) O trabalho é um valor jurídico: O valor social do trabalho é previsto expressamente na Constituição Federal, em seu artigo 1º, IV com o status de fundamento da República. O grau de importância é tal que justifica sua ligação à noção de dignidade da pessoa humana. Segundo Fernandes (2011, p. 177), “cada indivíduo deve poder compreender que, com seu trabalho, ele está contribuindo para o progresso da sociedade, recebendo a justa remuneração e condições razoáveis de trabalho”. Destaque-se que o trabalho também é um direito fundamental, previsto no artigo 6º da Constituição. Sendo direito fundamental, reflete um “dos valores sociais dos quais a sociedade considera mais importante”, a ponto de merecer a proteção jurídica através do Direito Penal.

2) O trabalho é um valor ético: o valor ético do trabalho é uma invenção da modernidade capitalista. Na Antiguidade, o trabalho era tratado como uma atividade desprezível, típica dos escravos. Aos homens livres restava o ócio, a filosofia, a política. O

trabalho era considerado servil e humilhante (ALBORNOZ, 2008, p. 50). Na Idade Média, o paradigma cultural teológico reconhecia no trabalho a expiação pelo pecado original, e ao mesmo tempo uma atividade mundana, portanto imperfeita e indigna (ALBORNOZ, 2008, p. 52). Somente com a Reforma Protestante, no século XVI, sobretudo com a ideologia da predestinação de Calvino, tem início uma virada na *epistème* do trabalho. Segundo Albornoz (2008, p. 55) pregava-se pela doutrina protestante da predestinação que a fé, o amor ao próximo e a graça divina seriam frutos de uma atividade profissional intensa, abnegada, com vistas sempre à poupança e à acumulação. No século XVII, a visão teológica positiva do trabalho é sacralizada pelo influxo do movimento renascentista. A partir daí, as atividades práticas passam a ser expressão da virtude. A intrepidez do colonizador, do viajante, o investimento na técnica e nas invenções abrem as portas para a produção em larga escala e para o desenvolvimento. Adam Smith defende que a riqueza das nações não deriva do poder bélico, ou da terra, mas da força do mercado e do trabalho humano (ALBORNOZ, 2008, p. 60). A partir do século XIX, com o advento do capitalismo e a consolidação da Revolução Industrial, o trabalho ganha o sentido moderno de valor. O contrário do homem laborioso é o indolente, o vadio, o preguiçoso, a pessoa de conduta reprovável que voluntariamente não contribui com o progresso coletivo e com a geração de riqueza social. É justamente esse perfil eticamente negativo do ponto de vista social, que se reproduz como a antítese do valor social do trabalho, que a legislação penal, ao prever crimes contra o patrimônio visa demover, desestimular.

Para Nelson Hungria, um dos autores do anteprojeto do Código Penal de 1940, “ao alinhar os crimes contra o patrimônio, o direito penal não faz mais do que selecionar [...] aqueles fatos que mais intensamente ofendem a regra de moral jurídica, revelando sério desajuste do agente com a ordem social” (HUNGRIA, 1955, p. 6). Para o autor, a sanção penal, ou seja, a pena é a resposta correspondente à rebeldia do infrator da ordem jurídico-social, e ao menosprezo para com esta disciplina. Cumprindo sua função de prevenção especial, a lei penal não se dirige apenas à proteção da propriedade contra a lesão antijurídica, mas especificamente à figura do indivíduo, na sua personalidade antissocial (HUNGRIA, 1955, p 10). A sanção penal, numa perspectiva etiológica, é a resposta adequada ao homem mal, egoísta, que age contra a ética geral, contra o valor do trabalho, e busca a satisfação de suas necessidades através de meios ilícitos em prejuízo do dispêndio de energia alheio.

3) O trabalho é instrumento de realização de direitos: É por meio do trabalho que se obtém licitamente os recursos para adquirir propriedade privada. Como já dito, em que pese a atividade empresarial seja a atividade capitalista por excelência, a espécie de ocupação que se

generalizou neste modo de produção foi o trabalho-emprego. A ampla e complexa rede de divisão do trabalho que sucedeu no interior do capitalismo implicou naturalmente na especialização dos conhecimentos e das práticas laborais. Esse complexo emaranhado da divisão do trabalho determina uma relação de dependência econômica entre os indivíduos. Primeiro entre os proprietários dos meios de produção, aqueles que contratam mão-de-obra, e seus empregados; segundo entre todos os indivíduos que, para satisfazer seus interesses reais, necessitam de bens e serviços produzidos por outros.

É nesse contexto em que o trabalho moderno, o trabalho assalariado, enquanto modelo padrão de obtenção lícita de recursos, funciona como intermediário entre o direito abstrato – apenas previsto no ordenamento jurídico – e o direito real – efetivamente concretizado na vida social. É através, sobretudo, deste direito social – espécie de ferramenta-padrão – que outros direitos são concretizados, realizados por meio da fruição de bens e serviços. Dada a sua importância para a vida e a sobrevivência dos indivíduos, o trabalho e seu valor social mereceriam a proteção legal, em última análise a da legislação penal.

A par desse amplo rol de justificações, decorre da crise do capitalismo recente dois fenômenos econômico-políticos capazes de destacar-se entre os fatores preponderantes para o que se pode chamar de “déficit de justificação teórica” dos crimes contra o patrimônio: o neoliberalismo e o desemprego estrutural.

Sobre o neoliberalismo já foram tecidas algumas linhas acima, motivo pelo qual devemos nos ater, neste momento, ao fenômeno do desemprego estrutural.

O pensamento econômico clássico que se originou no século XVIII, de matiz liberal, baseava-se na ideia de que, se as condições de concorrência e flexibilidade do mercado operassem livremente, o pleno emprego¹⁴⁹ seria alcançado (KON, 2012, p. 7-8). A grande depressão dos anos 30, que afetou as principais economias mundiais (EUA e Inglaterra), bem como a ineficácia do mercado em solucionar por si só a crise do desemprego, influenciaram o pensamento de John Maynard Keynes. Em linhas gerais, para o autor, a base de sustentação do pleno emprego e da consequente expansão da economia, além de investimentos privados, corresponderia à assunção, por parte do Estado, de um papel ativo na economia, de uma

¹⁴⁹ De um modo geral, pleno emprego pode significar que em determinado momento a população economicamente ativa realiza o volume de atividade máxima que é capaz de realizar e pode dizer-se que o pleno emprego se traduz numa situação em que todo o indivíduo que se apresenta no mercado de trabalho a procura de ocupação a encontra. O conceito de pleno emprego, em economia, tem como base uma situação em que não existe qualquer forma de desperdício, seja do capital ou do trabalho. O pleno emprego significa a utilização da capacidade máxima de produção de uma sociedade e, evidentemente, deve ser utilizada para elevar a qualidade de vida da população. (KON, 2012, p. 7-8)

postura intervencionista, apta a complementar os gastos privados, reduzir impostos e realizar investimentos em obras públicas (MANOEL, 2009, p. 6).

Essa política mais tarde viria a ser chamada de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*). Embora a teoria tenha atraído adeptos entre os governantes e tenha sido aplicada tanto em países desenvolvidos quanto nos subdesenvolvidos, o projeto do pleno emprego não se concretizou.

Ao contrário, com a substituição do fordismo (RIBEIRO, 2015)¹⁵⁰ e, sobretudo a partir da terceira revolução industrial (RIFKIN, 1995)¹⁵¹, observou-se em todo o mundo um decréscimo na absorção do mercado de trabalho de mão-de-obra disponível, ocasionando o surgimento de um “exército de reserva perene”. Segundo Alves (2000, p. 76)

com a mundialização do capital ocorreu uma alteração lógico-epistemológica (e ontológica) da categoria de “população trabalhadora excedente”, capaz de expressar a nova forma de ser do mundo do trabalho sob a nova ofensiva do capital na produção. O que antes poderia ser considerado “trabalhadores assalariados excedentes”, sob a grande indústria [fordismo], no período histórico de transição para a pós-grande indústria, sob a mundialização do capital, torna-se, por conseguinte, “população trabalhadora excluída”. O “excedente” interverte-se em “excluído”. Desse modo, surgem os novos excluídos da “nova ordem capitalista”, que são as massas de desempregados (e subproletários) do sistema de exploração do capital, em decorrência do desenvolvimento da produtividade do trabalho, cuja impossibilidade real de serem incluídos pela “nova ordem capitalista” aparece, no plano contingente, meramente como índices do desemprego estrutural (ou ainda da subproletarização tardia).

Em outras palavras, o fenômeno contemporâneo do desemprego estrutural traduziu-se na impossibilidade estrutural – e não conjuntural - do modo de produção capitalista de assimilar todo o contingente de mão-de-obra disponível no mercado, independente do grau de qualificação individual de cada trabalhador, independente do nível de investimentos privados ou públicos¹⁵².

O desemprego, no atual estágio do capitalismo neoliberal, não se refere a um acontecimento episódico, ou a um índice que se sobressai negativamente em momentos

¹⁵⁰ O fordismo se refere ao conjunto de técnicas de organização da produção industrial elaborado por Henry Ford (1863-1947), que visava o controle do processo de trabalho, a intensificação da eficiência produtiva, a produção em massa de produtos padronizados a serem consumidos em larga escala (RIBEIRO, 2015).

¹⁵¹ Diz-se do fenômeno contemporâneo caracterizado pela aplicação maciça das tecnologias de informação, robótica e micro-processamento de dados no âmbito do processo produtivo (RIFKIN, 1995)

¹⁵² Segundo o IBGE, no 2º trimestre de 2017, a taxa de desocupação, no Brasil, foi estimada em 13%, ou seja, no país, mais de 13 milhões de pessoas encontram-se atualmente sem emprego. Disponível em <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2013-agencia-de-noticias/releases/15693-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-cai-em-11-das-27-ufs-no-2-trimestre-de-2017.html>>. Acesso em 16 dez 2017.

pontuais de crise: o desemprego é um elemento constitutivo e normal da lógica de funcionamento do modo de produção capitalista. Por isso, reflete diretamente na órbita jurídica, especialmente no potencial de efetividade dos direitos fundamentais e na legitimação do trabalho enquanto valor ético-jurídico da legislação penal, afetando diretamente a validade dos princípios que compõe a ideologia da defesa social.

Concorrentemente aos fenômenos do desemprego estrutural e daqueles deduzidos da agenda política neoliberal, apresenta-se a tendência de diminuição do grau de legitimidade do sistema de justiça penal. A esse respeito, Zaffaroni (1998, p. 19), sustenta que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais¹⁵³ (tradução nossa).

Do mesmo modo como ocorreu no mundo da política-econômica, a partir dos anos 70, com o advento do neoliberalismo e o fim do Estado de Bem-Estar Social, o “discurso integrador” da pena privativa de liberdade esgotou-se¹⁵⁴. Wacquant (2007) assinala que ao Estado Social sucedeu o Estado Penal, um modelo político adotado nos Estados Unidos e replicado por todo o globo (DE GIORGI, 2011)¹⁵⁵, que resultou na hiperinflação da legislação penal, na política de ampliação dos limites das penas, e na superpopulação carcerária¹⁵⁶.

Autores como De Giorgi demonstram a tendência atual do sistema punitivo de criminalização da pobreza e mesmo de “inibição de processos de interação” (DE GIORGI,

¹⁵³ “La selectividad, la reproducción de la violencia, el condicionamiento de mayores conductas lesivas, la corrupción institucional, la concentración de poder, la verticalización social y la destrucción de las relaciones horizontales o comunitarias, no son características coyunturales, sino estructurales del ejercicio de poder de todos los sistemas penales”, no original.

¹⁵⁴ Não é por acaso que nesse mesmo período ganham força as teorias criminais do *labeling approach* e da criminologia crítica.

¹⁵⁵ Sobre o tema, o artigo de De Giorgi intitulado “Neoliberalismo e Controle Penal na Europa e nos Estados Unidos: a caminho de uma democracia punitiva?” disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/issue/view/13/showToc>>.

¹⁵⁶ Segundo o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias publicado em dezembro de 2014 pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) e pelo Ministério da Justiça, o Brasil ocupa a quarta posição no *ranking* mundial de número absoluto de presos. Dos mais de 600 mil detentos, 40% estão presos antes mesmo da decisão definitiva, mais de 60% são negros, mais de 50% são jovens e menos de 10% concluíram o ensino médio. Enquanto a taxa mundial de encarceramento é de 144 presos por 100 mil habitantes, a brasileira ultrapassa o patamar de 300. Ainda, apresenta um déficit de mais de 250 mil vagas, o que equivale a uma taxa de ocupação de 167% dos presídios nacionais. Esses dados foram atualizados em 2016 pelo próprio DEPEN, apresentando um crescimento da população carcerária significativo. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 jan 2019.

2006, p. 105) entre grupos populacionais de estratos distintos, assim considerados em função de seu ajuste social.

Zaffaroni (1998), ao referir-se à situação da práxis penal na América Latina, destaca que o exercício de poder dos órgãos penais nesta região “opera com um nível tão alto de violência que causa mais mortes do que a totalidade dos homicídios dolosos entre desconhecidos praticados por particulares¹⁵⁷” (ZAFFARONI, 1998, p. 17). O autor chega a afirmar a carência total de racionalidade da pena, que se resume, na sua visão, à “inflição de dor sem sentido”, à medida que é operacionalizada concretamente em dissonância com os discursos jurídico-penais (ZAFFARONI, 1998, p.16).

A partir desse quadro geral, do sistema punitivo brasileiro e latino-americano, podemos afirmar que as bases de justificação dos crimes contra o patrimônio não goza de plena legitimidade, e sua manutenção nos campos da interpretação e da aplicação da norma penal só pode se dar por meio da dogmática jurídica, exclusivamente.

Isso porque, embora a propriedade privada e o valor social do trabalho ainda se mantenham como valores jurídicos, isto é, previstos com *status* bastante elevado na Constituição Federal, as consequências diretas do neoliberalismo e do desemprego estrutural afetam diretamente o grau de validade justificadora destes valores enquanto vetores éticos da legislação penal e instrumentos reais de concretização de direitos.

Enquanto valor ético, o trabalho não pode ser considerado um critério para definir a índole dos sujeitos ou para determinar, como critério absoluto, a reprovabilidade social das condutas de violação do patrimônio, sem que para isso se incorra nas armadilhas do paradigma etiológico.

Toda a *epistème* que circunda as noções do sujeito preguiçoso, indolente, antissocial – porque rejeita o valor social do trabalho - dá lugar à constatação sociológica, e, portanto real, de que uma massa de trabalhadores não será necessariamente absorvida pelo mercado de trabalho, por mais que busque qualificar-se.

Ante o fenômeno do desemprego estrutural, milhares de pessoas serão excluídas tanto do processo produtivo quanto do mercado de consumo. Serão excesso – “excesso negativo” (DE GIORGI, 2006).

Contraditoriamente, a propriedade privada ainda é um elemento essencial para o funcionamento do capitalismo, mesmo o neoliberal, e, por isso mesmo, continua a realizar a função de instrumento de concretização de direitos. Isso implica dizer que, se por um lado a

¹⁵⁷ “operan con un nivel tan alto de violencia que causan más muertes que la totalidad de los homicídios dolosos entre desconocidos cometidos por particulares”, no original.

realização efetiva de direitos pressupõe a propriedade, e nela se subsume, os meios lícitos para sua obtenção escasseiam-se sistematicamente. É nesse espaço de extrema tensão (excesso negativo de pessoas que demandam concretização de direitos abstratamente previstos e escassez estrutural dos meios lícitos de satisfação dessa demanda) em que se situa o sistema penal retributivo e a proteção do patrimônio. Sua função de repressão e desestímulo em face dos perfis antissociais de negação do trabalho sofre um choque de justificação (de legitimidade) em face do contexto econômico-social da atualidade: sua nova função, agora, é a da mera exclusão, de depósito do excesso humano.

Somado à ausência do Estado neoliberal no campo das externalidades negativas, ou seja, no campo das políticas de promoção de direitos sociais e da intervenção regulatória da economia, a massa de sujeitos sem trabalho encontra-se excluída socialmente e responsável por arcar com o risco da empresa que é seu destino, sua vida¹⁵⁸ (BAUMAN, 2008).

Por outro lado, se a política neoliberal pressupõe o Estado ausente no campo social e econômico, também pressupõe um Estado Máximo no campo do controle dessas massas. Essa incapacidade de regular, de disciplinar os comportamentos do excedente populacional negativo por meio de políticas públicas de efetivação de direitos sociais é que faz da pena, e sobretudo do cárcere, um *locus*, um espaço em cujo interior se consolida o processo de exclusão acionado em seu exterior. Tanto o conteúdo ético do valor trabalho, quanto sua potencialidade para a concretização de direitos tendem a esvaziar-se.

Apesar disso, esse quadro deficitário não parece ter afetado a maneira como se interpreta ou se aplica a norma penal referente aos delitos contra o patrimônio no Brasil. Isso porque o modo de interpretação e aplicação dessas normas tem sido estritamente dogmático.

Tércio Ferraz Jr. (2015) explica que a dogmática jurídica se liga à aplicação do direito pelo juiz. O problema da dogmática é a questão da decidibilidade, e não o exame da correspondência da norma com a realidade dos fatos, com a verdade. A dogmática, para ter validade, depende de sua relevância prática, ou seja, de sua capacidade de instrumentalizar as decisões judiciais: é nesse sentido que a dogmática é uma tecnologia.

A questão crucial relativa à dogmática e que se refere ao contexto sociológico de justificação dos crimes contra o patrimônio é a de que, para aquela, vige o princípio da

¹⁵⁸ Escreve Bauman (2008, p.10-11): “O Estado, por exemplo, tendo encontrado sua *raison d'être* e seu direito à obediência dos cidadãos na promessa de protegê-los das ameaças à existência, porém não mais capaz de cumpri-la [...] nem de reafirmá-la responsabilmente em vista da rápida globalização e dos mercados crescentemente extraterritoriais, é obrigado a mudar a ênfase da ‘proteção contra o medo’ dos perigos à segurança social para os perigos à segurança pessoal. O Estado então ‘rebaixa’ a luta contra os medos para o domínio da “política de vida”, dirigida e administrada individualmente, ao mesmo tempo em que adquire o suprimento de armas de combate no mercado de consumo”.

inegabilidade dos pontos de partida (FERRAZ JR, 2015). É dizer, a aplicação dogmática da norma penal, em especial, depende da aceitação – acrítica e apriorística – dos pressupostos sociológicos, históricos, políticos, econômicos que fundamentam a existência da própria norma, como indiscutíveis, a fim de viabilizar a decisão. A dogmática, assim, conforme aquele autor, é um modo controlado de interpretação que se opera dentro de um limite de certeza abstrata, presumível e socialmente suportável, com vistas à tomada de decisões que requerem segurança jurídica. É a mediação da generalidade da norma e a especificidade do caso concreto. É um instrumento estabilizador que determina as condições do juridicamente possível.

Ocorre que a desconsideração sistemática dessa perspectiva a respeito da dogmática, por parte do sistema de justiça, culmina em sério problema quando movida para o contexto da penalidade, e dos processos de criminalização, sobretudo da criminalização secundária, que encontra seu *locus* no interior do processo e da atividade do juiz. É justamente a aceitação acrítica e dogmática a respeito dos conceitos de crime e de criminoso que retiram a legitimidade do discurso jurídico, que demonstra a seletividade na práxis do sistema penal (a perda da imparcialidade, generalidade e abstração) e representa o nó górdio de toda a atividade judicante. Isso porque, em matéria penal:

[...] o substrato ontológico que confere à criminalidade não se apoia, em absoluto, sobre a criminalidade como fenômeno ou fato social, mas sobre o Direito e o sistema penal. É que a Criminologia positivista tem como referente para a individualização do seu objeto a própria lei penal e os resultados finais e contingentes do processo de criminalização acionado pelo sistema penal [...]” (ANDRADE, 1995, p. 32)

É justamente essa análise dogmática que, aplicada ao campo da criminalidade, pressupõe uma visão estática do Direito e desconsidera sua natureza de sistema dinâmico de funções declaradas e não declaradas (BARATTA, 2002).

Segundo a ótica dogmática aplicada ao caso dos crimes contra o patrimônio, o reconhecimento de que o trabalho e a propriedade privada tendem a esvaziar sua carga legitimadora dos valores jurídicos – bens jurídicos – a serem tutelados pela norma penal, em nada impacta a atividade jurisdicional.

Os valores, segundo esta visão, são demasiadamente abstratos para desempenhar a função social de controle do juridicamente possível e de segurança das decisões judiciais. Quanto mais complexa a sociedade, menores são as chances de se chegar ao consenso. Assim,

mais se necessita da interpretação e da aplicação dogmática como instrumento de controle da complexidade, de unificação simbólica da sociedade.

Desse raciocínio decorre uma outra questão: se a justificação sociológica do trabalho e da propriedade é em teoria deficitária, resultado dos fenômenos do desemprego estrutural e do neoliberalismo, que racionalidade ainda os sustenta como valores jurídicos constitucionais?

Ferraz Jr (2015, p. 172), citando Pierre Legendre, esclarece que “o Direito deve permanecer inacessível como instrumento voltado para a manutenção da ordem, seja ela qual for”. E continua: “o Direito não mente jamais, uma vez que ele existe, precisamente, com a finalidade de obscurecer a verdade social, deixando que se jogue a ficção do bom poder”.

Interessa notar que todas as razões de justificação acima apontadas - a propriedade privada como um valor jurídico; como pressuposto para a existência do capitalismo; como instrumento real de concretização de direitos; o trabalho como valor jurídico; como valor ético e instrumento de realização de direitos - compõem indiretamente, ou se relacionam de alguma forma, com o que designamos por “ideologia da defesa social”. É que, para além da estrutura social brasileira definida pela “desigual distribuição da propriedade (rural e urbana)” convive em simbiose com ela uma cultura ou ideologia penal que sustenta o sistema de justiça penal, cujas representações “sintetizam o conjunto das funções declaradas ou promessas que legitimam sua existência” (ANDRADE, 2003, p. 130).

Tal ideologia, construída pelo discurso oficial (legal, dogmático, criminológico e político criminal) desde meados do século XVIII a princípios do século XX, veio a constituir-se não apenas na ideologia dominante da Dogmática Penal e dos operadores do sistema penal, mas no senso comum sobre a criminalidade, o criminoso, a pena e o Direito Penal, e se mantém constante até nossos dias. (ANDRADE, 2003, p. 130)

Segundo Baratta (2002, p. 42), essa ideologia se expressa por seis princípios, que como se disse, se ligam naturalmente com as razões justificadoras da proteção penal da propriedade e do trabalho, e que de maneira mais íntima, se refere às características fundamentais do próprio sistema de justiça penal retributivo:

a) Princípio de legitimidade. O Estado, como expressão da sociedade, está legitimado para reprimir a criminalidade, da qual são responsáveis determinados indivíduos, por meio de instâncias oficiais de controle social (legislação, polícia, magistratura, instituições penitenciárias). Estas interpretam a legítima reação da sociedade, ou da grande maioria dela, dirigida à reprovação e condenação do comportamento desviante individual e à reafirmação dos valores e das normas sociais.

- b) Princípio do bem e do mal. O delito é um dano para a sociedade. O delinquente é um elemento negativo e disfuncional do sistema social. O desvio criminal é, pois, o mal; a sociedade constituída, o bem.
- c) Princípio de culpabilidade. O delito é expressão de uma atitude interior reprovável, porque contrária aos valores e às normas, presentes na sociedade mesmo antes de serem sancionadas pelo legislador.
- d) Princípio da finalidade ou da prevenção. A pena não tem, ou não tem somente, a função de retribuir, mas a de prevenir o crime. Como sanção abstratamente prevista pela lei, tem a função de criar uma justa e adequada contra motivação ao comportamento criminoso. Como sanção concreta, exerce a função de ressocializar o delinquente.
- e) Princípio de igualdade. A criminalidade é violação da lei penal e, como tal, é o comportamento de uma minoria desviante. A lei penal é igual para todos. A reação penal se aplica de modo igual aos autores de delitos.
- f) Princípio do interesse social e do delito natural. O núcleo central dos delitos definidos nos códigos penais das nações civilizadas representa ofensa de interesses fundamentais, de condições essenciais à existência de toda sociedade. Os interesses protegidos pelo direito penal são interesses comuns a todos os cidadãos. Apenas uma pequena parte dos delitos representa violação de determinados arranjos políticos e econômicos, e é punida em função da consolidação destes (delitos artificiais).

Enquanto ideologia, a defesa social visa encobrir, por meio de um discurso racionalmente estruturado, uma dada realidade. De fato, o sistema penal, ao proteger o patrimônio apoiado em tal discurso:

revela-se como um subsistema funcional da produção material e ideológica (legitimação) do sistema social global; ou seja, das relações de poder e propriedade existentes e por isso a proteção que ele confere aos bens jurídicos é sempre seletiva: a propriedade em primeiro lugar! (ANDRADE, 2003 p. 134)

Segundo Ferraz Jr., a interpretação dogmática tem a capacidade de se perpetuar como tal, “mesmo quando as informações que transmite se distanciam por abstração da realidade” (FERRAZ Jr., 2015, p. 174). Isso se dá, pois, o Direito “é mais um conjunto de símbolos e ideais não coerentes, que revelam sua incoerência ao homem comum quando este se envolve, por exemplo, num processo judicial”.

Por essas razões, no plano da práxis jurídica, a aplicação dogmática blinda a interpretação do caso concreto da realidade mesma em que se origina a norma. A fonte material da norma, uma vez carente de sentido, não tem força de penetração em face da barreira epistemológica imposta pela dogmática.

Assim, o Direito se mantém sob a imagem de algo unificado e racional, justo, economicamente eficiente, moralmente equitativo, funcional, técnico e acima do arbítrio político (FERRAZ Jr, 2015, p. 175).

Nesse sentido, a dogmática se relaciona estreitamente com a ideologia, quando aquela encontra nesta seu lugar de atuação. Segundo Chauí, ideologia é um

[...] sistema ordenado de idéias (sic) ou representações das normas e regras como algo separado e independente das condições materiais, visto que seus produtores – os teóricos, os ideólogos, os intelectuais – não estão diretamente vinculados à produção material das condições de existência. (CHAUÍ, 2005, p. 62).

Para Ferraz Jr (2015, p. 166-177), a ideologia vinculada à dogmática jurídica opera a substituição do saber pelo crer, isto é, se materializa através do discurso eminentemente persuasivo, que visa despertar a crença (não o entendimento), e instrumentalizar a motivação dos comportamentos, encobrendo tudo aquilo que informa o substrato real da norma. O discurso persuasivo dogmático está sempre às voltas com interesses, se preocupa mais com o verossimilhante, em detrimento da verdade, ressaltando como fundamental uma versão da verdade, e conseqüentemente da falsidade.

Aliás, “do ponto de vista do discurso, a principal forma de manifestação dos interesses é o valor”, ou seja, é o símbolo de preferência para a representação do consenso social. “A função seletiva do valor se mostra, no discurso dogmático, como um instrumento de controle do comportamento” (FERRAZ Jr, 2015, p. 178-180).

Por tal razão é que trabalho e propriedade figuram no cardápio de valores a balizarem a interpretação da norma penal, pois, pela lente da dogmática, se mostram como um consenso social, mesmo em detrimento de seu contexto. Isso porque, o efeito neutralizante do discurso dogmático e da ideologia (da defesa social) nele presente, dão aos valores jurídicos a impressão de “valer independentemente de situações e contextos” (FERRAZ Jr, 2015, p. 182).

No caso específico da penalidade e do sistema de justiça penal:

[...] a função latente e real do sistema não é combater a criminalidade, protegendo bens jurídicos universais e gerando segurança pública e jurídica mas, ao invés, construir seletivamente a criminalidade e, neste processo reproduzir, material e ideologicamente, as desigualdades e assimetrias sociais (de classe, gênero, raça). (ANDRADE, 2003, p. 133)

À guisa de exemplo, cite-se o problema da propriedade e sua legitimação enquanto valor ligado à liberdade individual. A proteção legislativa atual não se refere à noção

originária de propriedade de Locke. Locke pensava na propriedade enquanto limite da atuação Estatal: opunha a garantia da propriedade privada contra o Estado, contra o monarca absoluto a quem tudo pertencia, até o cidadão. A noção de propriedade, esta protegida pela lei penal capitalista se opõe *erga omnes*, contra o subtraente, contra o estelionatário, contra o receptor, ou seja, contra todos os indivíduos. É uma noção de índole individualista e se refere a uma questão muito mais econômica que de fundamento social.

Para Locke, a instituição da propriedade privada implicava uma resposta ao problema fundamental da suportabilidade das relações sociais da época, em face da arbitrariedade do Estado Absolutista. Para o capitalismo, e, mormente para o capitalismo neoliberal, a propriedade privada protegida pela lei penal garante a manutenção do mercado e do modo de produção. Essas considerações não são levadas em conta numa interpretação dogmática.

A ideologia da defesa social e o discurso criminológico gestado a partir do paradigma etiológico (positivista criminal), que impregnam a dogmática jurídica referente aos crimes contra o patrimônio, exibem o trabalho e a propriedade como valores em si mesmos: sendo bons, úteis, eternos, e eficientes, quaisquer pessoas que desrespeitem esses valores só devem ser rotuladas como desviantes, delinquentes, criminosos por opção.

A noção de valor do trabalho e da propriedade, no caso específico dos crimes contra o patrimônio, se refere a uma tradição liberal (ou neoliberal), tanto do Direito Penal quanto da economia, em que se presume abstratamente que as relações sociais e as condutas costumam se desenvolver pela vontade individual, pela decisão livre, consciente e racional das pessoas, independentemente das condições materiais de vida e das relações de hierarquia e desigualdade preexistentes.

Os valores jurídicos do trabalho e da propriedade continuam a legitimar (mesmo que com seu fundamento real extremamente comprometido) a interpretação da norma penal. No caso especial dos crimes contra o patrimônio, as cadeias de validade do discurso dogmático escondem a atuação das ideologias.

Assim como a desigualdade e a criminalidade contra o patrimônio se retroalimentam (a desigualdade incrementa o processo de criminalização e o processo de criminalização incrementa a desigualdade), a relação entre os valores do trabalho e da propriedade, na sociedade moderna, capitalista neoliberal, também possui os mesmos atributos. É dizer, uma vez erigidos como valores jurídicos, a ofensa a algum deles é reconhecida (por que é tipificada) como crime. Ocorrido um fato concreto de violação, a pena é aplicada como sua consequência lógica. Aplicada a pena, e reconhecida publicamente a condenação, torna a provisão axiológica daqueles valores a ser suprida, retornando-se ao início do ciclo.

As cadeias de validade ideológica retroalimentam os valores, mantendo-os numa dinâmica circular de autorreferenciação.

Todas essas características da dogmática desconsideram os efeitos reais do desemprego estrutural e do neoliberalismo como fatores válidos de interpretação das normas penais. “A assimilação de pontos de vista ideológicos propicia o encobrimento dos problemas na medida em que faz com que certos conflitos não sejam vistos como problemas”, ao mesmo tempo em que “neutraliza a busca de soluções para eles” (FERRAZ Jr, 2015, p. 186-187).

Dessa maneira, os valores do trabalho e da propriedade privada, quando instrumentalizados no caso concreto, não desempenham verdadeiramente a função de vetores axiológicos, mas de ideologia. Na mesma medida, são ideológicas as noções de pleno emprego, de que todos os indivíduos podem agir racionalmente, através de meios lícitos, a fim de buscar seu sustento.

É também ideológico o discurso do senso comum segundo o qual basta o esforço individual para se conquistar a propriedade privada e realizar através dela os direitos. Do mesmo modo, é ideologia o senso comum político segundo o qual o Estado não tem responsabilidade de prover direitos sociais, pois o mercado livremente pode fornecer os meios para a efetivação destes.

Em última análise, é ideológico o entendimento segundo o qual os sujeitos envolvidos em crimes contra o patrimônio são socialmente reprováveis – em absoluto – por suas condutas ilícitas, e podem legitimamente ter o grau de reprovabilidade examinado processualmente sem que o substrato sociológico que circunda o delito seja levado em consideração, seja no exame das provas, seja na dosimetria da pena.

A propósito, Delmanto explica que em face de todos os problemas, inclusive dogmáticos internos em torno dos quais se inserem os crimes contra o patrimônio,

o juiz deve interpretar o Código Penal com uma visão mais aberta, levando em conta a profunda desigualdade social que existe no Brasil, o que “não se compatibiliza com o perfil de um juiz penal apegado ao texto da lei, insensível ao social, de visão compartimentada do saber, autossuficiente e corporativo”. De nossa parte [...], ressaltamos que não se quer com isso defender que o juiz deixe de aplicar a lei; muito pelo contrário; o que se defende é a adequação da lei formal aos ditames constitucionais e à realidade vigente no Brasil, sem o que se estará muito distante de um verdadeiro Estado de Direito Democrático. (DELMANTO, 2016, p. 875)

De qualquer sorte, toda solução para as contradições e retroalimentações entre desigualdade econômica, capitalismo e a estrutura do paradigma de justiça penal retributiva, que se busque ao nível da atividade jurisdicional, é sempre deficitária, parcial, e em última análise inócua e conformista. Sobretudo se compreendermos como a própria estrutura do sistema penal é irresponsável e irresponsabilizante.

4.2 CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO NO BRASIL: PANORAMA DOGMÁTICO E SELETIVIDADE PENAL

O sistema de justiça penal brasileiro defende o patrimônio como um de seus mais importantes bens jurídicos. Do ponto de vista dogmático, a proteção do patrimônio através de mecanismos penais se justifica dado o *status* de destaque que recebe à propriedade privada no ordenamento brasileiro, desde o século XIX¹⁵⁹. Atualmente, a propriedade é direito fundamental, previsto no artigo 5º da Constituição de 1988 (CF/88)¹⁶⁰:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Como tal, nos termos do inciso IV, §4º do artigo 60 da Constituição, integra um tipo de norma especialíssima, cuja natureza impede sua supressão do ordenamento:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
 [...]
 § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
 [...]
 IV - os direitos e garantias individuais.

¹⁵⁹ De fato, o direito à propriedade privada constou expressamente em todas as constituições brasileiras que já existiram. Na Constituição de 1824 era previsto no artigo 179, XXII; na de 1891, no artigo 72, §17; na de 1934, no artigo 113, item 17; na de 1946, no artigo 141, §16 e na de 1967, no artigo 150, §22. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>, <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm> e <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>, respectivamente. Acesso em: 13 jul 2018.

¹⁶⁰ O direito à propriedade também é previsto no artigo 17 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948: “Artigo 17: 1. Todo ser humano tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros. 2. Ninguém será arbitrariamente privado de sua propriedade” (Disponível em <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em 05 jul 2018).

Normas dessa natureza são chamadas pela doutrina brasileira de “cláusulas pétreas”. Cláusulas pétreas são normas cuja eliminação do sistema jurídico é vedada. Previnem o processo de erosão constitucional e existem não só para remediar a destruição da Constituição, mas antes, para inibir a simples tentativa de abolir seu projeto básico (MENDES, 2014, p. 149). Propriedade, portanto, não é um direito qualquer, mas um elemento fundante da estrutura político-normativa brasileira, incluído no plano do Poder Constituinte Originário de 1988 com a intenção de durar¹⁶¹.

O direito à propriedade é garantido no inciso XXII do mesmo artigo 5º (“é garantido o direito de propriedade”) para em seguida ser limitado no inciso XXIII (“a propriedade atenderá a sua função social”). De fato, assim como outros direitos individuais previstos no texto da Constituição, a propriedade não é um direito absoluto, tal como foi “durante o auge do Estado Liberal” (FIGUEIREDO, 2014, p. 119). Contemporaneamente:

[...] o uso e a fruição da propriedade privada passam a ser condicionados ao atendimento de um objetivo maior, previamente estipulado em lei, cuja inobservância legitima a interferência do Estado sob a esfera de domínio privado do proprietário, podendo acarretar, inclusive, a expropriação do bem (FIGUEIREDO, 2014, p. 119).

É também princípio explícito da ordem econômica, nos termos do artigo 170 da Constituição:

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] II - propriedade privada;

A presença do instituto da propriedade privada no texto constitucional revela o alinhamento da política econômica brasileira com o modo de produção capitalista mundial. O instituto, enquanto princípio da ordem econômica, “assegura aos agentes econômicos direito à propriedade dos fatores de produção e circulação de bens em seus respectivos ciclos econômicos, sendo instrumento garantidor da livre-iniciativa de empreendimentos privados” (FIGUEIREDO, 2014, p. 119).

¹⁶¹ Escreve Mendes (2014, p. 149): “A cláusula pétrea não tem por meta preservar a redação de uma norma constitucional – ostenta, antes, o significado mais profundo de obviar a ruptura com princípios e estruturas essenciais da Constituição. Esses princípios, essas estruturas é que se acham ao abrigo de esvaziamento por ação do poder reformador”.

Em que pese exista de fato, como apontamos acima, uma sinergia entre patrimônio e propriedade, não há que se falar, em sede constitucional, de uma correspondência exata entre esses institutos. Quando a Constituição se vale desses termos, os aplica em contextos distintos, com conotações, adjetivações e efeitos jurídicos também distintos (MENDES, 2014, p. 410). Enquanto o conceito de propriedade se relaciona com a noção de “utilidade privada” do direito patrimonial para o indivíduo, contemplando, além da propriedade privada de bens e imóveis, “as hipotecas, penhores, depósitos bancários, pretensões salariais, ações, participações societárias, direitos de patente e de marcas etc” (MENDES, 2014, p. 408), o patrimônio, por sua vez, é conceito que guarda relação com bens de natureza diversa, como nos casos do patrimônio histórico e cultural (artigo 5º, LXXIII da CF/88) e do patrimônio artístico turístico e paisagístico (artigo 24, VII da CF/88).

Tampouco há que se falar entre uma perfeita sobreposição entre os conceitos de patrimônio e propriedade, no contexto da Constituição, e os do Direito Civil ou Direito Penal. São noções distintas, embora possa se dizer que o conceito constitucional de propriedade abranja aquele contido nas normas ordinárias. Particularmente, o Direito Penal se vale das mesmas ideias de patrimônio e propriedade do Direito Civil, e em torno delas circunscreve seu raio de ação¹⁶².

Para o Direito Penal, portanto, patrimônio é “qualquer bem, interesse ou direito economicamente relevante, privado ou público” (HUNGRIA, 1955, p. 6), e engloba contemporaneamente as figuras da propriedade, da posse e da detenção¹⁶³.

Tanto para o Direito Penal quanto para o Civil, pode-se definir o direito de propriedade, segundo Gonçalves, com base no artigo 1.228 do Código Civil,

[...] como o poder jurídico atribuído a uma pessoa de usar, gozar e dispor de um bem, corpóreo ou incorpóreo, em sua plenitude e dentro dos limites estabelecidos na lei, bem como de reivindicá-lo de quem injustamente o detenha. (GONÇALVES, 2014, p. 219)

¹⁶² Embora nem todo ilícito civil patrimonial seja também crime contra o patrimônio, como adverte Hungria (1955, p. 6): “Como instituto jurídico, o patrimônio é conceituado e disciplinado, exclusivamente, pelo direito civil (ou comercial). Para reforçar a sua tutela, recebe-o o direito penal, sem tirar nem pôr, do direito privado. Não existe um patrimônio de direito penal diverso de um patrimônio de direito civil. Há diversidade formal, na proteção do patrimônio, entre as sanções penais e as sanções civis, e nem todo ilícito patrimonial é também ilícito penal ou crime patrimonial”.

¹⁶³ Grande parte da doutrina entende ainda que bens de valor exclusivamente afetivo (que não possuem qualquer valor de mercado) podem ser objeto dos crimes contra o patrimônio, a exemplo de Hungria (1955). Majoritariamente, a doutrina entende que a detenção também é objeto de proteção da lei penal, na medida em que se liga umbilicalmente à noção de patrimônio, a exemplo de Prado (2009), Bitencourt (2017) e Delmanto (2016).

A posse, por sua vez, segundo o mesmo autor, corresponde à ideia de “uma situação de fato, em que uma pessoa, independentemente de ser ou de não ser proprietária, exerce sobre uma coisa poderes ostensivos, conservando-a e defendendo-a”. (GONÇALVES, 2014, p. 55).

Por outro lado, a detenção se liga às situações

[...] em que uma pessoa não é considerada possuidora, mesmo exercendo poderes de fato sobre uma coisa. Isso acontece quando a lei desqualifica a relação para mera detenção, como o faz no art. 1.198, considerando detentor aquele que se acha “em relação de dependência para com outro” e conserva a posse “em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas” (GONÇALVES, 2014, p. 54-55).

Juntos, os institutos da propriedade, posse e detenção delimitam o campo de proteção do patrimônio, e uma vez violados, autorizam o sistema de justiça penal a retribuir com a aplicação de uma pena.

Apesar de toda a atenção e realce recebida a partir do século XVIII, a opção pela defesa do patrimônio através da ameaça de aplicação de uma sanção penal não é uma criação da modernidade, ou do capitalismo.

Há registros históricos muito antigos de como as sociedades se organizavam a fim de punir severamente a violação do patrimônio¹⁶⁴. O crime de furto, por exemplo, já era previsto no Código de Hamurabi, dezoito séculos antes da Era Cristã (LOBO, 2006, p. 147-148). “Não furtarás” é o oitavo mandamento de Deus, no Velho Testamento (Êxodo 20:15). Lobo (2006), sobre a lei romana das Doze Tábuas, do século V antes de Cristo, escreve, em interessante passagem:

Como acontecia, em geral, a todos os povos da Antiguidade (sic), os delitos contra as pessoas eram punidos com uma brandura às vezes revoltante. Entretanto, quando legislaram sobre os delitos contra a propriedade, requintaram os Decênviros na crueldade das penas. O furto e o roubo eram punidos com uma severidade a toda prova, porque entendiam que o ataque à propriedade ofendia mais aos Deuses do que ao homem e qualquer destes crimes revelava evidente impiedade. O ladrão que penetrava, durante a noite, em casa alheia, podia ser morto impunemente e, se o fazia durante o dia,

¹⁶⁴ Bruno (1967), citando Frazer, nos apresenta um exemplo de justiça bastante informal, de que se valiam as sociedades antigas no enfrentamento das violações ao patrimônio alheio: “Das imprecações, maldições lançadas solenemente contra o agressor, Frazer, referindo-se à proteção da propriedade, em tribos arcaicas, cita várias fórmulas. ‘A multidão escuta estas maldições’, diz Frazer, ‘em silêncio de horror, e com muita frequência no dia seguinte é restituído o objeto furtado’”. (BRUNO, 1967, p. 73).

estava inibido de defender-se, porque a defesa importava-lhe na perda do direito à vida. (LOBO, 2006, p. 159-160)

Já no século XIX, o Código Penal brasileiro de 1890 previa em seu Título XII, crimes cometidos contra a propriedade pública e particular. Delitos como os de furto (artigos 330 a 335), estelionato, abuso de confiança e outras fraudes (previstos nos artigos 338 a 341) eram punidos com prisão celular e multa, embora penas corporais pudessem ser detectadas em caráter residual, nesta porção do código¹⁶⁵.

No Brasil dos dias atuais, uma ampla rede jurídico-penal se estende sobre o patrimônio, com o fim de protegê-lo. Dispostos ao longo de toda essa rede, diversos pontos de entrelaçamento demonstram como a proteção desse bem jurídico se dá de forma seletiva e parcial, a par do discurso igualitário próprio da ideologia da defesa social.

A grande quantidade dos tipos penais, a variedade de condutas criminalizadas, a desproporcionalidade das penas em relação a delitos cujos bens jurídicos são de natureza pública, as inúmeras causas de aumento de pena e de qualificadoras e a inexistência de privilegiadoras são apenas alguns sintomas desse fenômeno.

Com efeito, em sua maioria, os dispositivos legais relativos aos crimes contra o patrimônio, no Brasil, preveem condutas sem emprego de violência. Também em sua maioria, são considerados delitos de menor potencial ofensivo. No entanto, quase metade deles prevê pena de reclusão e em sua maioria esmagadora são de ação penal pública incondicionada.

Ademais, tipos penais específicos, com sanções elevadas, tutelam o patrimônio de sujeitos passivos também específicos, permitindo-se observar os influxos que determinam a elaboração das normas: a pressão exercida por representantes de bancos, grandes empresas e produtores rurais sobressai como a principal causa de recrudescimento das penas e pela criação de novos tipos penais nesse campo.

Uma tendência de elevação do nível de repressão penal também é observada nos últimos anos, em relação aos crimes patrimoniais. Atrelada a essa tendência, a maneira rigorosa com que os tribunais lidam com esses casos contrasta com a parcimônia dispensada

¹⁶⁵ Alguns delitos previstos no Código de 1890 eram punidos também com penas corporais, como é o caso da apropriação de animais alheios, prevista no artigo 331, 4º, §1º: “Art. 331. E' crime de furto, sujeito ás mesmas penas e guardadas as distincções do artigo precedente: [...] 4º Apropriar-se, em proveito proprio ou alheio, de animaes de qualquer especie pertencentes a outrem. § 1º si os animaes forem tirados dos pastos de fazendas de criação ou lavoura: Penas - A mesma multa, accrescida com a sexta parte a pena corporal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm>. Acesso em: 13 jul 2018.

aos réus de delitos similares, a exemplo daqueles acusados de cometer crimes contra a Administração Pública, mas que integram classes sociais distintas.

Além de figurar no Título II da Parte Especial do Código Penal, o patrimônio se apresenta como objeto dos crimes de violação de direito autoral (no Título III, “Dos crimes contra a propriedade imaterial”, no artigo 184 do Código Penal), de peculato (artigo 312) e corrupção passiva (artigo 317).

O fato desses delitos atingirem a propriedade mas se encontrarem fora do título “Dos crimes contra o patrimônio” é resultado de uma escolha legislativa, baseada no critério do bem jurídico predominantemente tutelado. No caso dos crimes dos artigos 312 e 317 do Código Penal, por exemplo, visa-se defender, em primeiro lugar, a Administração Pública (HUNGRIA, 1955, p. 10), embora, em termos práticos, também se mire a proteção do patrimônio.

A proteção do patrimônio ainda se alarga para fora do Código Penal. As leis de usura (Lei 1.521/51), dos crimes falimentares (Decreto 7.661/45) e dos crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8.137/90), por exemplo, também preveem tipos penais dessa natureza.

De todo modo, como foi dito, os dispositivos mais comuns, definidores dos crimes contra o patrimônio e de suas penas respectivas, se concentram no Título II da Parte Especial do Código Penal (Lei 2.848/1940), entre os artigos 155 e 180-A.

O Título contém 25 tipos penais autônomos¹⁶⁶, a exemplo dos que preveem os delitos de “furto” (artigo 155), “roubo” (artigo 157), “extorsão mediante sequestro” (artigo 159), “apropriação indébita” (artigo 168), “estelionato” (artigo 171) e “receptação” (artigo 180). Em razão da existência de 21 dispositivos de equiparação também ali previstos, o número se estende para o total de 46 condutas puníveis¹⁶⁷.

Os delitos contra o patrimônio, de maneira geral, se consumam com a inversão ilícita da propriedade, tanto de coisas móveis quanto de imóveis, em prejuízo do patrimônio alheio. Seja por meio da subtração violenta ou não, da apropriação, do constrangimento ou do engodo

¹⁶⁶ Desse rol excluímos o delito do artigo 168-A, “apropriação indébita previdenciária” posto que, apesar de se apresentar no Título II do Código Penal, é crime contra a Seguridade Social, e não contra o patrimônio (BITENCOURT, 2017, p. 266).

¹⁶⁷ São normas de equiparação, v.g., as dos incisos I e II, §1º do artigo 161 (“esbulho possessório” e “usurpação de águas”), figuras equiparadas ao crime de “alteração de limites” e dos incisos I a VI, §2º do artigo 171 (seis figuras específicas equiparadas ao “estelionato”, como é exemplo a “fraude no pagamento por meio de cheque”).

da vítima, entre outros meios, os delitos patrimoniais são punidos em regra com a pena privativa de liberdade, executada no cárcere, por vezes acompanhada de pena de multa¹⁶⁸.

O Título onde estão contidas as normas penais dessa espécie prevê condutas bastante díspares, com níveis de reprovabilidade profundamente contrastantes, como nos casos dos delitos dos artigos 176 e 159, §3º. O primeiro, “outras fraudes”, se consuma quando o agente toma refeição em restaurante, ou aloja-se em hotel, ou ainda, utiliza de meio de transporte sem dispor de recursos para efetuar o pagamento. Executado sem qualquer emprego de violência ou grave ameaça contra a pessoa, o crime é punível com detenção de 15 dias a dois meses, pena esta conversível em multa. O segundo, no extremo oposto, “extorsão mediante sequestro com resultado morte” (artigo 159, §3º), se caracteriza tanto pela forma de execução - privação e troca da liberdade da vítima por vantagem ilícita - quanto pelo registro da pena mais grave de todo o ordenamento jurídico brasileiro (reclusão de vinte e quatro a trinta anos).

Em se tratando do modo de execução dos delitos, apenas a minoria é cometida por meio de violência ou grave ameaça (roubo e extorsão), embora os delitos de “extorsão mediante sequestro”, “alteração de limites” e “dano” possam eventualmente atrair tal circunstância. Ademais, nove dispositivos preveem o emprego de meio fraudulento (todos os previstos no capítulo VI “do estelionato e outras fraudes”), com a vítima sendo levada ou mantida em erro. Os demais são delitos não violentos, ou que não atentam outro bem jurídico além do patrimônio material. O “latrocínio” (“roubo qualificado”, artigo 157, §3º, II), a extorsão com resultado morte (artigo 158, §2º) e todas as formas de extorsão mediante sequestro (artigo 159) são considerados crimes hediondos, previstos no rol do artigo 1º, incisos II, III e IV da Lei 8.072/1990.

Em sua maioria, são crimes de menor potencial ofensivo, puníveis (ao menos na figura fundamental) com pena privativa de liberdade máxima inferior a dois anos (a exemplo do furto de coisa comum, fraude no comércio e fraude à execução)¹⁶⁹. Dos vinte e cinco tipos,

¹⁶⁸ O artigo 181 do Código Penal estabelece três hipóteses de isenção de pena para os crimes contra o patrimônio, mesmo quando comprovada judicialmente a materialidade do delito. Destaque-se que essa norma de exclusão de punibilidade não se aplica quando alguma hipótese do artigo 183 se verifica no caso concreto. Leia-se: Art. 181 - É isento de pena quem comete qualquer dos crimes previstos neste título, em prejuízo: I - do cônjuge, na constância da sociedade conjugal; II - de ascendente ou descendente, seja o parentesco legítimo ou ilegítimo, seja civil ou natural. [...] Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II - ao estranho que participa do crime. III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

¹⁶⁹ Recorde-se que os agentes que cometem crimes de menor potencial ofensivo, satisfeitas algumas condições, fazem jus aos benefícios da composição civil (que extingue a punibilidade nos crimes de ação penal privada e

dez¹⁷⁰ correspondem a crimes de menor potencial ofensivo, nove¹⁷¹ são de médio potencial (pena mínima igual ou inferior a um ano e máxima acima de dois anos) e seis¹⁷² são delitos de elevado potencial ofensivo (a exemplo do “roubo”, da “extorsão”, da “extorsão mediante sequestro” e da “receptação de animal”).

Embora a maioria dos crimes seja cometida sem violência, e seja considerada de menor potencial ofensivo, doze deles são puníveis com reclusão, e treze com detenção¹⁷³. Em regra, os crimes contra o patrimônio são delitos cuja ação penal é pública incondicionada¹⁷⁴, com exceção dos delitos de “furto de coisa comum” (artigo 156) e “outras fraudes” (artigo 176), cuja ação penal correspondente é pública condicionada à representação; e dos delitos de “alteração de limites” (artigo 161), “dano” (artigo 163), “introdução ou abandono de animais em propriedade alheia” (artigo 164) e “fraude à execução” (artigo 179), cuja ação é privada para as figuras fundamentais ou para determinadas circunstâncias (como no caso do esbulho possessório sem emprego de violência e contra propriedade particular do artigo 161, §3º).

Notem-se como nos casos dos crimes fiscais, previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90, cujo objeto material tem natureza pública (o patrimônio público materializado na forma de tributo), as penas são, no primeiro caso, de reclusão de dois a cinco anos, e multa, e no segundo, de seis meses a dois anos, e multa. Tais penas, comparadas as de crimes patrimoniais mais ou menos equivalentes, como as correspondentes ao furto e ao estelionato,

condicionada), da transação penal e da suspensão condicional do processo, entre outros, previstos na Lei 9.099/95.

¹⁷⁰ São eles: furto de coisa comum (artigo 156), alteração de limites (artigo 161), dano (artigo 163), introdução ou abandono de animais em propriedade alheia (artigo 164), dano em coisa de valor artístico, arqueológico ou histórico (artigo 165), alteração de local especialmente protegido (artigo 166), apropriação de coisa havida por erro, caso fortuito ou força da natureza (artigo 169), fraude no comércio (artigo 175), outras fraudes (artigo 176) e fraude à execução (artigo 179).

¹⁷¹ São puníveis com pena privativa de liberdade mínima igual ou inferior a um ano e máxima acima de dois: furto (artigo 155), extorsão indireta (artigo 160), supressão ou alteração de marca em animais (artigo 162), apropriação indébita (artigo 168), estelionato (artigo 171), induzimento à especulação (artigo 174), fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (artigo 177), emissão irregular de conhecimento de depósito ou “warrant” (artigo 178) e receptação (artigo 180).

¹⁷² São eles: roubo (artigo 157), extorsão (artigo 158), extorsão mediante sequestro (artigo 159), duplicata simulada (artigo 172), abuso de incapazes (artigo 173) e receptação de animal (artigo 180-A).

¹⁷³ A pena de reclusão encerra o regime mais rigoroso previsto no Código Penal, o regime fechado. De acordo com o artigo 33 deste código “a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado”.

¹⁷⁴ Importa ressaltar que o Código Penal, nos artigos 182 c/c artigo 183 prevê regras que alteram o tipo de ação penal, transformando a ação incondicionada em condicionada à representação, satisfeitos alguns requisitos. Leia-se: Art. 182 - Somente se procede mediante representação, se o crime previsto neste título é cometido em prejuízo: I - do cônjuge desquitado ou judicialmente separado; II - de irmão, legítimo ou ilegítimo; III - de tio ou sobrinho, com quem o agente coabita.

Art. 183 - Não se aplica o disposto nos dois artigos anteriores: I - se o crime é de roubo ou de extorsão, ou, em geral, quando haja emprego de grave ameaça ou violência à pessoa; II - ao estranho que participa do crime. III - se o crime é praticado contra pessoa com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

podem ser consideradas desproporcionais, ainda mais quando a realidade evidencia a excepcionalidade da ocorrência desses delitos em suas modalidades simples.

Em todo o Título II da Parte Especial, são previstos 15 dispositivos motivadores do aumento da pena (majorantes, causas específicas de aumento de pena), a exemplo dos incisos II, III, IV, V e VI do §2º, e dos incisos I e II do §2º-A, todos do artigo 157 (roubo)¹⁷⁵. Por outro lado, só se preveem sete minorantes (causa específica de diminuição de pena), como no caso do agente que delata o comparsa, facilitando a libertação do sequestrado, na extorsão mediante sequestro (artigo 159, §4º) e na hipótese de receptação de coisas de pequeno valor cometida por réu primário (artigo 180, §5º, *in fine*).

Vinte e dois dispositivos preveem múltiplas condutas cujas circunstâncias especiais autorizam a dilatação dos limites mínimo ou máximo das penas (qualificadoras): no caso do furto, por exemplo, os incisos I, II, III e IV do §4º, o §4º-A, o §5º, §6º e §7º fazem com que a pena do caput do artigo 155, de um a quatro anos de reclusão na figura fundamental, se eleve para os patamares de dois a oito anos, de três a oito anos, de quatro a dez anos, de três a oito anos e de dois a cinco anos, respectivamente¹⁷⁶.

No sentido oposto, nenhuma causa privilegiadora (que reduz os limites mínimo ou máximo da pena) é encontrada no título. Ainda assim, são previstas duas hipóteses de não-retributividade, ou seja, de hipóteses em que, por algum motivo, a pena não é aplicada após a comprovação processual da conduta: são os casos de perdão judicial (causa de extinção da punibilidade) previstos para a receptação culposa cometida por réu primário (artigo 180, §5º, primeira parte) e para o delito de “outras fraudes” (parágrafo único do artigo 176)¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Casos em que, por exemplo, o agente se vale da participação de outro sujeito para praticar o delito, ou quando a vítima se encontra em serviço de transporte de valores e o agente conhece tal circunstância, ou ainda, quando o sujeito ativo emprega explosivo que cause perigo comum para destruir obstáculo.

¹⁷⁶ São exemplos dessas circunstâncias qualificadoras, o furto cometido durante o repouso noturno, ou com abuso de confiança, ou ainda quando se subtrai semovente domesticável de produção.

¹⁷⁷ Em legislação extravagante (Lei 9.807/99, artigo 13) é prevista a possibilidade de perdão judicial nos casos de extorsão mediante sequestro: “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a consequente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado: I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa; II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada; III - a recuperação total ou parcial do produto do crime. Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.”

Interessa sublinhar que a doutrina e a jurisprudência brasileiras têm reconhecido causas excludentes de ilicitude nas hipóteses de “furto de uso” (quando ausente a intenção de ter a coisa para si), “furto famélico” (pelo estado de necessidade do agente) e nos casos de incidência do princípio da insignificância nos delitos de furto, apropriação indébita e estelionato, por exemplo (quando da ofensividade mínima da conduta do agente, da ausência de periculosidade social da ação, do reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e da

Almeida (2012) chama atenção para o fato de que, embora os crimes patrimoniais apresentem alguma semelhança com relação aos crimes fiscais (ambos tutelam o patrimônio alheio e apresentam certa identidade no significado dos verbos que integram os tipos), as respostas penais dadas a eles são bastante distintas.

No caso dos crimes fiscais, dado o caráter supraindividual do bem jurídico (tributo) e dada a sua importância como instrumento de formação de receita para implementação de políticas públicas e para o financiamento da política econômica voltada à promoção das metas sociais definidas na Constituição, seria razoável que a reprimenda a crimes dessa natureza pudesse ser mais rigorosa que a destinada à violação do patrimônio privado.

Ao contrário, além da pena reduzida (comparativamente), não há previsão, para os delitos fiscais, de causas de aumento de pena ou de qualificadoras. As condutas, “via de regra praticadas por pessoas pertencentes a classes sociais mais elevadas, são de difícil acomodação aos tipos legais, constituindo tarefa árdua para juízes e tribunais, o que facilita sobremaneira as absolvições” (ALMEIDA, 2012, p. 169).

Para os crimes fiscais, conforme o disposto na Lei 10.684/2003, ainda há a previsão de causa de extinção da punibilidade. Curiosamente, essa lei, cuja ementa se refere expressamente apenas à alteração da legislação tributária e sobre parcelamento de débitos junto à Receita Federal, entre outros órgãos, foi fruto de conversão de Medida Provisória (107/2003), e traz em seu bojo uma norma cujas consequências penais são bastante específicas.

Prevê a referida Lei, em seu artigo 9º, §2:

Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. [...] § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.

Com base nesse dispositivo é que o Superior Tribunal de Justiça extinguiu a punibilidade de réus acusados pela prática do crime tipificado no artigo 1º, I, II e IV, da Lei n. 8.137/90, “por ter havido o pagamento integral da dívida tributária relativa à empresa da qual eram representantes, que atingiu o valor aproximado de R\$ 1 milhão” (ALMEIDA, 2012, p. 9)¹⁷⁸.

Observe-se que a causa de extinção de punibilidade ainda é estendida aos delitos de apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A do Código Penal) e de sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A do Código Penal), sem que os crimes contra o patrimônio privado fossem alcançados por esse benefício (a exemplo do delito de apropriação indébita).

A minoria dos delitos patrimoniais é praticável somente por sujeitos ativos específicos (crimes próprios), como nas hipóteses do furto de coisa comum (somente o sócio, o herdeiro ou o condômino podem cometer o delito) e da fraude no comércio (somente o comerciante habitual pode ser sujeito ativo da infração)¹⁷⁹. Em regra, qualquer pessoa pode cometer tais delitos.

Almeida (2012) dá conta de que, enquanto a devolução da *res furtiva* e o ressarcimento do dano não constituem causa de extinção da punibilidade nos crimes patrimoniais, nos crimes contra a ordem tributária o pagamento do tributo opera esse efeito: enquanto um furtador que subtrai, por exemplo, R\$ 2.500,00 de um estabelecimento comercial é condenado, o sonegador fiscal fica imune à persecução penal de débitos tributários que chegam a R\$ 10.000,00, com base no princípio da insignificância (ALMEIDA, 2012, p. 219).

Do ponto de vista do sujeito passivo, e por força da lógica, o proprietário de bens é a vítima *par excellence*. Poder-se-ia dizer assim, que os crimes contra o patrimônio realizam uma função essencial à sociedade, visto que são vocacionados à proteção generalizada dos bens e interesses materiais da população brasileira, já que, mesmo em proporções diferentes, as pessoas são proprietárias de bens materiais.

¹⁷⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 50.157-SC. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 06 nov. 2006. DJ 18 dez. 2006.

¹⁷⁹ Ao conjunto dos crimes contra o patrimônio qualificados como crimes próprios, Juntam-se ao furto de coisa comum (artigo 156) e à fraude no comércio (artigo 175), os delitos de duplicata simulada (artigo 172), fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações (artigo 177), emissão irregular de conhecimento de depósito ou "warrant" (artigo 178) e fraude à execução.

Contudo, algumas elementares presentes em determinados tipos penais fazem presumir uma vocação para a defesa de interesses bem específicos de vítimas bastante pontuais, suficientemente identificáveis em um universo de vítimas possíveis. É o caso, por exemplo, dos bancos, vítimas de furtos por meio de explosão de caixas eletrônicos, protegidos pelas normas dos §§ 4º e 7º do artigo 155, que preveem penas mais duras para este tipo de delito; das seguradoras ou dos proprietários que têm seus veículos automotores subtraídos, protegidos pelas normas do §5º do mesmo artigo 155 (que qualifica o delito imputando pena de 3 a 8 anos de reclusão) ou que tem esses mesmos veículos receptados (nos termos do artigo 180, caput e §1º); o dono de gado, protegido tanto da subtração e receptação de seus animais destinados à produção, pelas normas do §6º do artigo 155 e artigo 180-A, quanto da supressão de marca indicativa de seu rebanho pelo artigo 162.

Pode-se ainda mencionar as pessoas jurídicas ou naturais, que movimentam grande volume de dinheiro, se valendo do serviço de transportadoras de valores, protegidas pela majorante do inciso III do artigo 157; o proprietário de terra protegido pela figura do esbulho possessório do artigo 161, II, ou da introdução indevida de animais em sua propriedade (artigo 164). O Estado, nos casos de dano qualificado (artigo 163, III) e estelionato (artigo 171, §3º), os donos de hotéis, restaurantes e os empresários dos meios de transporte (artigo 176) também recebem proteção especial.

Nos últimos dois anos, o Código Penal recebeu alterações que enrijeceram diretamente o tratamento dado aos agentes de furto, roubo, dano e receptação. Indiretamente, a pena para o delito de extorsão também foi afetada.

A Lei 13.330/2016 criou uma nova hipótese de furto qualificado ao acrescentar um §6º ao artigo 155¹⁸⁰. O novo tipo prevê atualmente pena mais rigorosa (de dois a cinco anos de reclusão) se o objeto do furto for semovente domesticável de produção. Essa mesma lei também criou um novo tipo de receptação ao incluir, no Capítulo VII do Título II da Parte Especial, o artigo 180-A (“receptação de animal”). O dispositivo prevê pena também mais severa (de dois a cinco anos de reclusão e multa) para aquele que adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com o fim de produzir ou

¹⁸⁰ Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa. [...] § 6º A pena é de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos se a subtração for de semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes no local da subtração

comercializar, semovente domesticável de produção que tenha sido produto de crime.¹⁸¹ O projeto que deu azo à referida Lei 13.330/2016, tramitou em regime de urgência e visou reprimir com mais força o delito de *abigeato* (subtração de gado). Segundo o idealizador da norma, essa conduta “representa a perda de ativos para o produtor rural, que já tem que lidar com uma realidade difícil, em termos econômicos e ambientais, em nosso país”¹⁸².

Em 2017 entrou em vigor a Lei 13.531. A norma alargou o raio de alcance do sistema penal quando incluiu o Distrito Federal, a autarquia, a fundação pública, a empresa pública e a sociedade de economia mista como possíveis vítimas dos crimes de dano qualificado (artigo 163, III) e de receptação majorada (artigo 180, §6º)¹⁸³.

Mais recentemente, a Lei 13.654/2018, seguindo a mesma tendência de exasperação das penas, direcionou seu foco para os furtos e roubos cometidos contra caixas eletrônicos de bancos¹⁸⁴, sobretudo. Criou o §4º-A do artigo 155 do Código Penal, cuja pena de 4 a 10 anos e multa agora é aplicada a quem subtrai coisa alheia móvel, destruindo ou rompendo obstáculo com emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum. Criou também o §7º do mesmo artigo, que pune o agente, com a pena aumentada em seus limites mínimo e máximo, quando a subtração é de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

Por conta das mudanças legislativas, a pena aplicável ao furto, quando o delito é cometido nas circunstâncias apontadas acima, se torna mais elevada que as dos delitos de

¹⁸¹ Art. 180-A. Adquirir, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito ou vender, com a finalidade de produção ou de comercialização, semovente domesticável de produção, ainda que abatido ou dividido em partes, que deve saber ser produto de crime: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

¹⁸² Projeto Lei 6999/2013, de autoria de Afonso Hamm – PP/RS. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=093D6B37FA149B13C711E14115B9D876.proposicoesWebExterno2?codteor=1214743&filename=PL+6999/2013> Acesso em: 13 jul 2018.

¹⁸³ Art. 163 - Destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa. Parágrafo único - Se o crime é cometido: [...] III - contra o patrimônio da União, de Estado, do Distrito Federal, de Município ou de autarquia, fundação pública, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviços públicos; [...].

¹⁸⁴ A lei 13.654/2018 foi resultado da reunião de vários projetos de lei (5989-A/16, 6737/16, 7669/17 e 7974/17) que tramitaram em regime de urgência. Na justificativa do projeto final (9160/2017), de autoria do Senador Otto Alencar, PSD/BA, consta que: “os crimes violentos realizados em ataques de tipos variados a caixas eletrônicos estão entre os mais comuns atualmente. Toda semana os jornais de todo o país noticiam, quer furtos, quer roubos relacionados aos caixas eletrônicos e é preciso que o Estado garanta a segurança das pessoas quando utilizam essa tecnologia [...]”. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2163149>>. Acesso em: 13 jul 2018. Destaque-se ainda que a proposta de um dos projetos paralelos ao PL 9160/2017 (PL 8018/2014), de autoria do Deputado José Carlos Araújo, do PSD/BA, era a de qualificar como hediondos os crimes de roubo e furto quando do emprego de explosivos. Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=51BD31E6C7C3D958C4063A1B4BD12128.proposicoesWebExterno2?codteor=1282355&filename=Avulso+-PL+8018/2014>. Acesso em: 13 jul 2018.

aborto cometido por terceiro sem consentimento da vítima (art. 124), de lesão corporal grave (art. 128), de redução à condição análoga a de escravo (art. 149) e de tráfico de pessoas (art. 149-A), por exemplo.

Quanto ao delito do artigo 157 do Código, a Lei 13.654/2018 inseriu mais uma hipótese de roubo majorado punível com pena aumentada de um terço à metade (inciso VI, §2º do artigo 157¹⁸⁵). Revogou expressamente a hipótese de causa de aumento de pena do §2º, I (se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma), para logo em seguida, no novo §2º-A, elevar o patamar de aumento (de um terço a metade para dois terços) quando o roubo é cometido com emprego de arma de fogo, especificamente, ou com destruição ou rompimento de obstáculo através de emprego de explosivo¹⁸⁶.

Ainda em relação ao roubo, aumentou a pena máxima, de 15 para 18 anos de reclusão, se da violência cometida resultar lesão corporal grave para a vítima (artigo 157, §3º, I do Código Penal). Por conta dessa alteração em particular, indiretamente a pena para a extorsão praticada mediante violência, prevista no artigo 158, §2º, também recrudescceu, visto que esse dispositivo faz menção expressa a pena prevista no §3º do artigo 157¹⁸⁷.

Paralelamente ao âmbito da norma penal, os crimes contra o patrimônio se destacam no campo da estatística carcerária. Segundo o último levantamento divulgado pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública¹⁸⁸, 44% dos registros de prisões definitivas ou provisórias em unidades prisionais estaduais do Brasil, correspondem a crimes contra o patrimônio. Nas prisões federais o índice se mostra um pouco menor: 27%, superado pelos 30% de registros relativos ao tráfico de drogas.

Conforme os dados divulgados em estudos anteriores, esse percentual segue uma tendência nos últimos seis anos. Em 2012, 49% dos registros correspondiam aos delitos

¹⁸⁵ Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...] § 2º A pena aumenta-se de 1/3 (um terço) até metade: [...] VI – se a subtração for de substâncias explosivas ou de acessórios que, conjunta ou isoladamente, possibilitem sua fabricação, montagem ou emprego.

¹⁸⁶ Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...] § 2º-A. A pena aumenta-se de 2/3 (dois terços): I – se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma de fogo; II – se há destruição ou rompimento de obstáculo mediante o emprego de explosivo ou de artefato análogo que cause perigo comum.

¹⁸⁷ Art. 158 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, e com o intuito de obter para si ou para outrem indevida vantagem econômica, a fazer, tolerar que se faça ou deixar de fazer alguma coisa: Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa. [...] § 2º - Aplica-se à extorsão praticada mediante violência o disposto no § 3º do artigo anterior.

¹⁸⁸ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), junho de 2016, p. 43.

contra o patrimônio¹⁸⁹. Em junho de 2014, 38% dos registros de prisões eram motivados por crimes dessa natureza, acompanhados pelos registros de prisões em razão do tráfico de drogas (27%)¹⁹⁰. Em dezembro do mesmo ano, 46% dos registros se deram por conta da violação ao patrimônio, enquanto 28% se deveram ao tráfico¹⁹¹.

Os dados acima expostos são bastante sintomáticos e podem levar seu intérprete menos avisado a erro: o fato da maioria dos registros de prisões no Brasil ser motivada por crimes contra o patrimônio não reflete, necessariamente, uma tendência criminal. Pelo contrário, expressam as “preferências e práticas” do sistema de justiça penal. Segundo levantamento de dezembro de 2014 realizado pelo Ministério da Justiça, “pesquisas de crimes auto reportados (*Self Reported Crimes*) revelam um perfil de criminoso menos enviesado e sugerem a participação maior de mulheres, brancos, mais ricos e escolarizados no universo do crime”¹⁹²

Quando as informações sobre registros de prisão são postas lado a lado com outros dados como os que indicam que a maioria dos presos no país são “não brancos, do sexo masculino, mais pobres, menos escolarizados, com pior acesso a defesa e reincidentes”¹⁹³, a hipótese de que pode haver uma relação importante entre um modo específico de atuação dos órgãos do sistema de justiça penal e as razões porque vão presos determinados indivíduos, se torna bastante plausível. Do mesmo modo, esta comparação pode sugerir a existência de uma relação entre as desigualdades sociais, sobretudo a econômica, e uma eventual supervalorização da propriedade, atrelada à maneira especial com que o Estado procura protegê-la.

Essas suposições levam a outras questões: se existe, de fato, uma relação entre a desigualdade econômica e a forma como o sistema penal defende o patrimônio, como ela se dá? Essa relação é meramente casual? Quais as razões que justificam essa valorização da propriedade e sua proteção?

Embora já tenhamos dado algumas respostas no subcapítulo anterior, pensamos que o estudo realizado por Ferreira (2010) possa corroborá-las com dados consistentes.

¹⁸⁹ Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), dezembro de 2012.

¹⁹⁰ Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), junho de 2014, p. 69.

¹⁹¹ Levantamento nacional de informações penitenciárias (INFOPEN), dezembro de 2014, p. 33.

¹⁹² Conforme levantamento de dezembro de 2014 realizado pelo Ministério da Justiça, (INFOPEN, p. 32). Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2017.

¹⁹³ Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN), 2014, p. 32

Com base no exame de 564 casos julgados pelos Tribunais Regionais Federais, entre os anos de 2006 e 2008, Ferreira (2010) comparou o tratamento penal dispensado aos casos relativos aos crimes contra o patrimônio e aos crimes contra a Administração Pública, mormente aqueles relativos a desfalques patrimoniais, a exemplo do peculato-furto (artigo 312, §1º do Código Penal). Por meio de análises quantitativa e qualitativa, a autora chegou a resultados que indicam o uso de artifícios e práticas discursivas que reafirmam a seletividade do sistema penal.

Segundo o estudo, entre os processos julgados, 65,4% eram casos de crimes patrimoniais, em comparação com os 27,8% de casos relativos a crimes contra a Administração Pública. Dentre os crimes patrimoniais, o maior número dos julgados dizia respeito ao crime de furto qualificado. Quanto aos crimes contra a Administração Pública, sua maioria era relativa ao peculato-furto (FERREIRA, 2010, p. 64).

Ainda que aproximados pela identidade dos núcleos do tipo (subtrair), e mesmo considerando que a pena para o delito contra a Administração Pública, na modalidade simples, seja mais rigorosa em comparação ao crime patrimonial (reclusão, de dois a doze anos, e multa; reclusão, de um a quatro anos, e multa), os delitos de furto e de peculato-furto receberam respostas diversas do Judiciário, podendo-se sustentar a existência de uma espécie de compensação seletiva (consciente ou não) do texto da lei, operada através da atividade jurisdicional.

De acordo com a pesquisa, 61,7% das sentenças condenatórias em primeiro grau, relativas a crimes contra a Administração Pública, foram modificadas em segunda instância para absolver, reduzir a pena ou modificar o regime inicial de cumprimento. Nos casos de crimes patrimoniais, 58,4% das decisões foram mantidas, mantendo-se também a condenação. Dos casos de crimes contra a Administração, 31,2% foram absolvidos, enquanto que menos de 9% dos casos de crimes patrimoniais tiveram o mesmo resultado (FERREIRA, 2010, p. 73).

Entre os *Habeas Corpus* (HCs) impetrados, 96,4% eram relativos a crimes patrimoniais, sendo 67,9% destes atinentes ao delito de furto qualificado. Em sua maioria, os HCs impetrados tinham por objetivo libertar presos provisórios, nos casos dos crimes contra o patrimônio, e trancar a ação penal, no caso dos crimes contra a Administração (FERREIRA, 2010, p. 68). Em menos de 10% dessas ações, a liberdade foi concedida (FERREIRA, 2010, p. 115).

A maioria dos processos com pena-base aplicada no máximo ou acima dele eram casos que versavam sobre crimes patrimoniais, enquanto que os crimes contra a Administração Pública apresentaram o maior percentual de aplicação da pena-base no mínimo (FERREIRA, 2010, p. 79).

No caso dos crimes patrimoniais, aplicara-se mais o regime fechado (51,6% dos casos), enquanto que nos casos de crimes contra a Administração Pública, o regime aberto foi o mais aplicado (74,8%). A substituição da pena privativa de liberdade foi mais incidente no caso dos crimes contra a Administração Pública (64%), enquanto no caso dos crimes patrimoniais não chegou a 30% (FERREIRA, 2010, p. 76-83).

Examinando minuciosamente os discursos empregados na fundamentação das sentenças, a autora verificou que as decisões, em verdade, refletiram em grande parte as próprias identidades dos juízes, “seus preconceitos, seus julgamentos pessoais e morais” que se pautavam por um efeito de reconhecimento sociocultural com seus réus.

Argumentos como “intranquilidade social”, “perigo”, “risco”, “desrespeito” e “repercussão social” se mostraram presentes em 15% das decisões de crimes patrimoniais e apenas 1,27% nos casos de crimes contra a Administração (FERREIRA, 2010, p. 90). Em meio ao discurso de combate à corrupção e à imoralidade pública, “termos-pivô” tais como os elencados acima, se endereçavam contraditoriamente aos “ladrões”: “quanto aos funcionários públicos, não há ‘repercussão social’ em suas condutas” (FERREIRA, 2010, p. 91).

Escreve a autora:

No desenvolvimento do discurso que expõe as ideologias de defesa social, apresenta-se claramente a dicotomia “bem x mal”: as “pessoas honestas”, vítimas de furtos e roubos, em oposição aos “agentes interessados em seu patrimônio”. O resultado deste conflito – multidimensional – gera a temida “intranquilidade social”. (FERREIRA, 2010, p. 93).

Elementos discursivos sempre ligados à personalidade do agente, como as expressões “frio e calculista”, “personalidade inquestionavelmente voltada para o crime”, “ganância pessoal por bens materiais”, reiterados nas fundamentações das sentenças de crimes patrimoniais, somados a instruções probatórias frágeis, ao relevo dado às confissões em sede de interrogatório, ao baixo índice de incidência do princípio da insignificância e à aplicação do princípio do livre convencimento do juiz como curinga para condenação (FERREIRA,

2010, p. 100-109) põem em evidência a seletividade penal no âmbito da atividade jurisdicional.

Se a ineficiência do sistema penal retributivo é verificada no campo da superestrutura, ou seja, do Direito, da criação da norma jurídica e de sua aplicação enviesada nos tribunais, esta se manifesta, de acordo com a ótica materialista histórica, como uma expressão de fenômenos ocorridos no campo da infraestrutura.

É justamente a partir do exame das transformações ocorridas nesse nível da estrutura social que se pretende demonstrar como o sistema penal chegou a esse estado de coisas, no cenário do capitalismo recente, e de que maneira se pode compreendê-lo como um sistema penal de irresponsabilidades.

4.3 IRRESPONSABILIDADE NO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL RETRIBUTIVA

Até aqui verificamos como se define e se caracteriza o paradigma de justiça penal retributiva. Detectamos todos os atributos fundamentais desse modelo na estrutura que conforma o sistema penal brasileiro.

Examinamos de que maneira a responsabilidade penal, consequência da etapa de verificação retrospectiva de verdade formal dentro do processo, é espécie de conceito meramente dogmático, fechado: a responsabilidade penal, a partir do marco do processo penal, não passa de responsabilidade passiva. Ao sujeito capturado pelas instâncias penais cabe submeter-se ao poder de punir do Estado. Essa mesma responsabilidade passiva, enquanto autorização para o Estado, ou seja, enquanto potência, só se converte em realidade quando ele se põe a intervir sobre a esfera de direitos do condenado, e contra ele aplica a pena.

Paralelamente, retrocedemos na história e pudemos observar como o projeto de sociedade disciplinar do século XIX pretendeu, através do cárcere, impingir ao réu uma responsabilidade também substancial. O cárcere funcionou, desde ali, como laboratório de transformação do criminoso, no sentido de vinculá-lo, sobretudo por meio da lógica do trabalho, mas também da moral religiosa e da educação, às normas e valores capitalistas.

Vimos como a etiologia criminal serviu de base científica justificadora da intervenção no sujeito criminoso. Destacamos como a proteção da propriedade privada se relacionou diretamente com a formação do próprio paradigma retributivo e de que maneira a reestruturação do capital, na segunda metade do século XX, expôs com mais evidência a seletividade com que desde sempre atuou os sistemas penais no Ocidente.

No Brasil, especificamente, a seletividade penal, enquanto fenômeno próprio da atuação estatal no combate aos crimes contra o patrimônio, compõe um quadro mais amplo e complexo de desigualdade econômica, perda da força protetiva, de generalidade, abstração e imparcialidade da lei. Como consequência, qualquer interpretação dogmática, que desconsidera o substrato sociológico e econômico existente ao seu redor, sofre um *déficit* quando o objetivo da decisão judicial é a justiça material.

A par de tudo isso, as transformações ocorridas no final do século XX, nos campos das forças produtivas e da política econômica, além de evidenciarem a seletividade com que atua o Estado no combate aos crimes contra o patrimônio, e de levar ao extremo, no campo penal, o enfraquecimento da norma jurídica e da legitimidade da atuação judicial, fizeram surtir outros efeitos, dessa vez, mais ligados à estrutura tecnológica do sistema penal retributivo.

O cárcere, a partir dessas mesmas transformações, ou seja, a partir da reestruturação do capital no final do século XX – e de sua passagem de capitalismo liberal para um capitalismo regulado, e de capitalismo regulado para o capitalismo neoliberal – também sofreu profundas transformações que alteraram radicalmente a sua funcionalidade e a sua capacidade de sustentação do projeto disciplinar iniciado no século XIX.

Com efeito, a responsabilidade substancial perseguida pelo Estado através do modelo penal retributivo e a partir daquele projeto disciplinar, sempre se ligou intimamente ao modo de produção capitalista e a sua política econômica. Aliás, o produto essencial, resultante do processo de vinculação às normas e valores dominantes encetado no cárcere, foi, acima de tudo, a ortopedia do criminoso e sua redenção na figura do operário (MELOSSI; PAVARINI, 2006). O egresso do presídio era o sujeito preparado pelo rigor da disciplina, para suportar as inconstâncias e revezes do mercado de trabalho, a normalidade de escassez da vida assalariada e os baixos níveis de qualidade de vida nas vilas fabris.

Subjacente ao objetivo de modificação antropológica do réu, vigia na época da origem do cárcere, uma noção de política criminal que se justificava e buscava amparo em uma noção

correspondente de política econômica. Tal noção de política criminal sustentava-se sob a perspectiva de que as condições materiais, ou seja, as condições econômicas do capitalismo industrial, com sua alta demanda por mão-de-obra, absorveriam a população reformada no presídio, tornando-o útil o esforço de transformação penal institucionalizado. Essa noção manteve-se incólume do liberalismo econômico do século XIX e ganhou reforço a partir do século XX, com a política de regulação estatal e pleno emprego de John Maynard Keynes.

Fato é que, como dissemos, as transformações ocorridas justamente nesse campo das forças produtivas, que impulsionaram alterações na política econômica a partir do ocaso do Estado de Bem-estar social, já no século XX, impactaram o projeto disciplinar operado no cárcere, invalidando assim o esforço de responsabilização penal substancial.

Na extremidade final do arco crime–punição, independente da questão da decisão judicial condenatória nos crimes contra o patrimônio e de seu *déficit* de legitimidade, constata-se, ao nível da infraestrutura, que, não só ao réu foi negada a possibilidade de responsabilizar-se materialmente, como a própria estrutura do sistema penal passou a atuar de maneira irresponsável em relação a ele.

Melossi e Pavarini (2006) ao escrever sobre as características essenciais da “fenomenologia sancionatória burguesa”, ou seja, sobre a forma com que se revelava a pena privativa de liberdade no século XIX, informam de que maneira, através do cárcere, o projeto disciplinar, de modificação dos sujeitos, se desenvolvia.

A partir da leitura desses autores italianos pode-se perceber como os mecanismos de submissão atuantes no cárcere eram dispostos de modo a vincular os internos aos valores dominantes capitalistas, fazendo do cárcere uma espécie de ensaio social, ou melhor, espécie de “micro-sociedade” (RAUTER, 2003, p. 63). As técnicas de sujeição arranjavam-se, dentro dos presídios, de forma a preencher as relações interpessoais, travadas entre os presos ou entre estes e a administração carcerária, com os mesmos conteúdos das relações de hierarquia e desigualdade da sociedade extramuros.

Nesse contexto, Melossi e Pavarini (2006) demonstram de que maneira o cárcere fez significar, no campo da penalidade, ou mais precisamente, na intimidade das relações intramuros, as mesmas valências das relações sociais gerais. Todo esse esforço de significação, de materialização das relações sociais da sociedade livre, com suas hierarquias e valores, transpostas para dentro dos presídios, se dava com o fim de vincular os sujeitos, de

criar neles, de construir neles, um senso de responsabilidade substancial. Esse processo se desenvolvia através de um conjunto de técnicas de controle, como já demonstrado, de submissão total do corpo e da mente.

O projeto benthatiano de criar um modelo disciplinar ubíquo, que se adequasse a qualquer rotina institucional, ao ser apropriado pelo Estado, no século XIX, permitiu que se observasse, rapidamente, um fenômeno de fungibilidade entre a disciplina do cárcere e da fábrica: em verdade, o esquema lógico do cárcere era o mesmo da fábrica, e vice-versa. Do ângulo da penalidade, o cárcere e a fábrica passam, desde aí, a se retroalimentar, na medida em que o primeiro passa a fornecer o sujeito adequado a incluir-se na segunda.

De um ponto de vista mais geral, independente da absorção real do trabalhador assalariado pelas fábricas, o indivíduo construído a partir da disciplina carcerária, virtualmente absorvível pelo mercado de trabalho industrial, se tornava, de qualquer sorte, útil socialmente, na medida em que se revelava corpo dócil (FOUCAULT, 1993).

Melossi e Pavarini (2006), através da construção de binômios conceituais, sublinham a relação de conexão e, ao mesmo tempo, de contradição entre cárcere e fábrica. Para os autores, a relação entre ambos os modelos ideais, resume as próprias contradições das relações sociais capitalistas.

A penalidade do cárcere, quando desempenha suas finalidades de “retribuição” (de imposição de um sofrimento proporcional ao crime e ao criminoso) e de “reformação” (ou renovação, transformação do sujeito) acaba por refletir as relações sociais gerais. Nesse sentido, o cárcere, enquanto laboratório, tende a representar uma continuidade (não uma ruptura) do quadro social mais amplo do século XIX, um microcosmos burguês, com seus valores e normas específicas.

O esforço, o sofrimento físico produzido durante a atividade laboral é “pena” para o proletário e sua sujeição, regulada pelo contrato, lhe confere uma perda da autonomia e da independência: “a fábrica é para o operário como um cárcere”. Na prisão, a pena se desenvolve por meio da atividade laboral (a pena é trabalho para o preso) e ali a submissão, ou melhor, a perda de autonomia e independência, atinge o ponto mais alto: “o cárcere é para o interno como uma fábrica” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 266).

Embora se possam visualizar traços da racionalidade iluminista (com as ideias de homem-livre e de contrato) na fundamentação benthaniana sobre o cárcere, a imagem que se

forma a partir dessas noções revela apenas o caráter “instrumental”, ou “ideológico” do discurso, como destacam Melossi e Pavarini (2006, p. 261).

Em verdade, o discurso que mistura as noções de retribuição e reforma esconde a faceta transformativa do sujeito criminoso, através da submissão. O discurso, cuja contradição é evidenciada, expressa “uma vontade puramente racionalizadora do sistema jurídico penal” (MELOSSI, PAVARINI, p. 261). O poder do discurso racionalizador, com traços do Iluminismo do século XVIII mesclados a elementos do XIX, serve apenas para naturalizar a transposição das relações assimétricas do mundo social para o interior do cárcere e justificar, ali, a necessidade de sujeição dos presos: “daí deriva a função ideológica principal da penitenciária: a hipótese emergente do cárcere como universo onde a situação material do submetido (internado) é sempre ‘inferior’ à do último dos proletários” (MELOSSI; PAVARINI, 2006, p. 265).

Em que pese a confusão e contradição aparente entre os objetivos iluminista (de retribuição) e positivista (de reforma), a finalidade atípica do cárcere, que se destaca no século XIX, é de fato, a mudança moral, a transformação do criminoso em proletário, por meio da sujeição (MELOSSI; PAVARINI, p. 211).

Porém, é justamente esse modelo de controle e adestramento dos sujeitos, baseado na submissão e vinculação aos valores adjacentes ao mercado, e na expectativa virtual de aproveitamento e reinserção social por meio dele, que para De Giorgi (2006), se tornou obsoleto.

A partir das alterações ao nível das forças produtivas e da política econômica no final da segunda metade do século XX, ou seja, a partir do pós-fordismo e do neoliberalismo, toda e qualquer tentativa de responsabilização substancial através do cárcere restou fracassada.

De Giorgi (2006) explica de que maneira, no final do século XX, o projeto disciplinar da modernidade capitalista foi abandonado.

Tomando como referência a obra de Foucault, a tese de De Giorgi (2006) reflete dois momentos distintos das estratégias de poder adotadas no campo da penalidade. Em um primeiro momento, entre os séculos XVIII e XIX, a função dessas estratégias altera sua valência, de negativa para positiva: das estratégias de controle suportadas pelo poder soberano, no século XVIII, centradas na destruição teatral dos corpos, passa-se a uma política

de emprego de mecanismos de disciplinamento, recuperação, normalização dos indivíduos desviantes (ao que ele chama de biopolítica) (DE GIORGI, 2006, p. 27).

Em termos de responsabilidade, à verificação da verdade processual se agrega a tarefa administrativa estatal, de vinculação substancial dos indivíduos ao quadro de valores e normas da sociedade capitalista.

Em um segundo estágio, De Giorgi (2006) aponta para o movimento gradual de transição entre o modelo de controle social disciplinar para um modelo de controle biopolítico apartado das técnicas de adestramento individualizado, cujo objetivo não corresponde mais à forja, plasmação, transformação dos sujeitos em força de trabalho (DE GIORGI, 2006, p. 27).

Para o autor, o modelo de controle disciplinar, por imbricar-se perfeitamente com o quadro geral da sociedade industrial, atingiu seu auge na primeira metade do século XX. A partir de então, a parábola de desenvolvimento do modelo de controle acompanhou a tendência do próprio modo de produção: as crises do capitalismo liberal e de Estado; na sequência, o desemprego estrutural, a precarização contínua do trabalho, a flexibilização da produção, tornando os rumos do mercado incertos, redundaram no surgimento paulatino de novas estratégias de controle, centradas não na transformação do sujeito, mas na neutralização de sua periculosidade e na prevenção do risco gerado.

A partir daqui, ao sistema penal retributivo não interessa mais disciplinar: em relação ao condenado, tende à irresponsabilidade, e entrega ao mercado, de maneira geral, e as estratégias informais das metrópoles e das instâncias privadas, o controle difuso de populações inteiras.

Irresponsabilidade, nesse contexto, significa a perda do horizonte de vinculação moral dos sujeitos através de mecanismos de disciplinamento. A irresponsabilidade do sistema penal, assim, se expressa pelo abandono ao nível meramente ideológico das técnicas de controle dos corpos e de transformação moral dos sujeitos.

Do controle do corpo, anatomicamente e singularmente considerado, as estratégias penais passam a se importar com o controle dos fluxos da força de trabalho. Ao invés de empregar “tecnologias de *sujeitificação* que perseguiram o objetivo de transformar os indivíduos por meio de um controle individualizado” (DE GIORGI, 2006, p. 29) as novas tecnologias procuram limitar as expectativas subjetivas, expropriar as possibilidades, negar o direito de circular livremente. Busca-se governar as multidões, o excesso populacional das

metrópoles pós-industriais, diminuindo o horizonte de vida, fazendo-o coincidir com a fronteira dos guetos (DE GIORGI, 2006, p. 29).

Para cada forma de produzir, uma forma de punir: para cada nova articulação entre as relações de produção, surge uma nova forma de controle penal.

Adequada aos ditames do capitalismo liberal do século XIX e, uma vez adaptada ao quadro econômico do século XX, e ao seu capitalismo de Estado (Estado de bem-estar), a estratégia de controle disciplinar fixava-se sobre uma infraestrutura fabril: “a penitenciária nasce e se consolida como instituição subalterna à fábrica, e como mecanismo pronto a atender as exigências do nascente sistema de produção industrial” (DE GIORGI, 2006, p. 44). Nesse contexto, como identificado por Melossi e Pavarini (2006), cárcere e fábrica compartilham a mesma lógica disciplinar e se retroalimentam.

A rotina prisional é orientada à reprodução de uma subjetividade proletária, à construção detalhada de indivíduos dispostos a obedecer e interiorizar valores capitalistas (o tempo como medida do valor, por exemplo) (DE GIORGI, 2006, p. 44). Nesse processo de mutação antropológica, de “desconstrução e reconstrução” da subjetividade, a partir do modelo ideal de sociedade capitalista industrial, a instituição penitenciária atua sobre o indivíduo de tal forma que “o pobre se torna criminoso, o criminoso se torna prisioneiro e, enfim, o prisioneiro se transforma em proletário” (DE GIORGI, 2006, p. 45).

O objetivo do modelo disciplinar implantado no cárcere e afeto a sociedade e ao modo de produção capitalista industrial, entre os séculos XIX e primeira metade do século XX é “reproduzir um proletariado que considere o salário como justa retribuição do próprio trabalho e a pena como justa medida dos seus próprios crimes” (DE GIORGI, 2006, p. 47).

Transformações tanto na base material do capitalismo industrial (na organização fordista de produção), quanto ao nível superestrutural (alteração da política econômica keynesiana para a neoliberal e transição do Estado Social para o Estado Penal) forçaram profundas mudanças na estrutura do sistema penal e de suas técnicas de controle.

No século XX, a base material do capitalismo industrial e, conseqüentemente, da política de controle penal disciplinar, foi o fordismo:

Inaugura-se, assim, o modelo de controle social *disciplinar* que caracterizará toda a fase de expansão da sociedade industrial, até o seu apogeu, durante o período do capitalismo fordista. Será, de fato, no decorrer da primeira metade do século XX que o projeto de uma perfeita articulação entre

disciplina dos corpos e governo das populações se completará, materializando-se no regime econômico da fábrica, no modelo social do *Welfare State* e no paradigma penal do cárcere “correicional” (DE GIORGI, 2006, p. 27).

O fordismo, por sua vez, abraçou os princípios organizacionais de Taylor.

O taylorismo, enquanto conjunto de medidas de natureza disciplinar (não à toa tenham florescido) objetivava o controle total sobre o corpo dos proletários, de cada movimento, de cada instante do trabalho, a fim de eliminar de sua rotina diária todo tipo de desperdício (de materiais, de energia, de tempo, etc) (MORAES NETO, 1991).

A ideia central do taylorismo consistia na extração do corpo do operário o máximo de produtividade, no menor tempo possível: traduzindo em termos da teoria marxista, o objetivo era incrementar de uma forma inédita, a extração intensiva de mais-valia no processo produtivo.

Moraes Neto (1991) traz exemplo elucidativo sobre as vantagens do programa taylorista. Segundo o autor, Schimidt, empregado de uma empresa de carregamento de ferro gusa, foi posto a trabalhar de acordo com o modelo de Taylor, obtendo resultados expressivos. Observe-se:

Schimidt começou a trabalhar, e durante todo o dia, e a intervalos regulares, era dito pelo homem colocado acima dele para vigiar: Agora junte a sucata e ande. Agora sente e descanse. Agora ande – agora descanse, etc. Ele trabalhava quando lhe mandavam trabalhar, e descasava quando lhe mandavam descansar, e às cinco e meia da tarde tinha carregado 47,5 toneladas de carro (NETO, 1991, p. 33).

Henry Ford, ao aplicar os mesmos princípios acima ilustrados à indústria automobilística, massificou a disciplina taylorista entre os funcionários das fábricas, acrescentando o emprego de ferramentas especializadas, maquinário de grande escala e a esteira de produção. Ao ligar as máquinas aos trabalhadores e estes entre si (ANTUNES, 2005), elevou o nível de produtividade e a taxa de lucro em patamares nunca vistos nos países economicamente desenvolvidos.

Fato é que, ao mesmo tempo em que o fordismo-taylorismo tornou-se um modelo produtivo global, graças aos seus resultados econômicos, também contribuiu lentamente, pelo

avanço das forças produtivas que provocava, com a expulsão da própria força de trabalho do mercado produtivo (ANTUNES, 2005).

A partir dos anos 60 do século XX, põe-se em andamento um processo de transformação global da economia. O modo de produção capitalista, após a crise fiscal do Estado e o descrédito da política keynesiana do pós-guerra, foi marcado pela tendência de desaparecimento da grande fábrica e dos postos de emprego; pela globalização do capital e dos fluxos produtivos; pela deslocalização e flexibilização da produção e pela flexibilização e precarização das relações de trabalho.

O pós-fordismo, assim como se passou a chamar as mudanças operadas ao nível das relações de produção no capitalismo recente, e o novo regime de gestão da criminalidade que o acompanhou, expressaram, portanto, a crise estrutural do capitalismo.

Diferente do que pregava o taylorismo-fordismo, o esforço da organização do trabalho no pós-fordismo não se concentra na economia da força laboral para se atingir a maior margem de lucro possível. Pelo contrário, a lógica pós-fordista se trata justamente da eliminação sistemática da mão-de-obra:

O objetivo é estabelecer um fluxo contínuo, com a quantidade mínima de trabalhadores e insumos em processo. Assim, num período de baixa demanda, estabelecem-se metas de uso do tempo de tal modo que os trabalhadores fiquem ocupados durante toda a jornada, sem formatação de estoques de produtos. Elevando-se a demanda, esse mesmo efetivo é chamado a cumprir novas metas, e cada trabalhador assume a maior quantidade possível de postos. Essas metas de uso do tempo são recalculadas permanentemente pela gerência com o apoio das próprias células, até que se atinja um número fixo mínimo de trabalhadores, capazes de assumir todos os postos com suficiente produtividade em ocasiões as mais extremas (PINTO, 2007, p. 61)

No campo do desenvolvimento das forças produtivas, a matéria prima do trabalho pós-fordista se tornou imaterial: o conhecimento, o saber, a informação toma o lugar da energia física e do produto durável do início do século XX. A produção não se restringe ao perímetro fechado da fábrica. O tempo de trabalho também se separa do tempo despendido no local de trabalho: com as tecnologias da informação, todo o tempo pode ser tempo de trabalho.

Essa fragmentação do trabalho, fruto do avanço das tecnologias da informação e da automação e o desmoronamento paralelo, no campo superestrutural, dos dispositivos

institucionais de atribuição, reconhecimento e garantia da cidadania social, mediada pelo direito ao trabalho, passam a caracterizar o período (DE GIORGI, 2006).

Como resposta política à crise estrutural, o modo de produção reestruturou-se, ao nível da superestrutura, sob o formato do neoliberalismo. Sob a perspectiva neoliberal, o Estado garantidor de direitos sociais se reduz ao mínimo, e os instrumentos de proteção social contra os efeitos deletérios do mercado são desmontados em favor de uma suposta autonomia do trabalhador livre.

Nesse contexto, o mercado de trabalho perde sua função inclusiva: o desemprego estrutural torna a força de trabalho nômade, flexível, precária, transitória, e a converte em “multidão”, “excesso negativo” (DE GIORGI, 2006, p. 70). Uma vez fragmentado, o mundo do trabalho passa a ser também o mundo da precariedade dos direitos, da insegurança dos rendimentos, mesmo de relações neo-serviis (DE GIORGI, 2006, p. 67): encerra-se, assim, o “ciclo trabalho-salário-consumo-cidadania” (DE GIORGI, 2006, p. 69).

Em uma palavra, o excesso negativo é a parcela da população expulsa, excluída permanentemente do processo produtivo, e alvo de um novo regime de controle social. A partir desse novo quadro de organização da economia e da produção, toda forma de controle rígido, disciplinar, individualizado, no interior de instituições fechadas, uniformizador das ações e homogeneizador das subjetividades, perde o sentido e a razão de existir. Nada mais de útil há para se ensinar aos sujeitos que os façam ser transformados e aproveitados pelo arranjo produtivo atual. Nesse cenário, qualquer projeto de responsabilização substancial por via do trabalho é mau sucedido.

Aquilo que antes foi um modelo de “disciplina da carência” (carência de força de trabalho, de competências e subjetividades vinculadas moralmente aos ideais capitalistas), no pós-fordismo, converte-se numa política de “governo do excesso”: governo dos grandes fluxos populacionais de desempregados, de excluídos, da classe considerada perigosa. O controle passa a assumir uma característica securitária, de controle do risco, da limitação espacial de uma massa de sujeitos espalhada pelos territórios e sem perspectiva de ser assimilada de alguma forma pelo sistema produtivo (DE GIORGI, 2006, p. 66).

Com o encerramento do ciclo produtivo do capitalismo, esgota-se a necessidade de ativação do poder de punir a fim de suprimir toda improdutividade social difusa, a fim de

conter toda dispersão de recursos. Esgota-se a demanda por preparação de indivíduos des-sociaizados, carentes.

Do mesmo modo, uma tecnologia fundada na conexão entre saber e poder, apta a incidir sobre o corpo, sob a forma de disciplina, no interior de um cárcere-laboratório, perdem a razão de ser (DE GIORGI, 2006):

O conceito qualificante desta racionalidade é o do risco. As novas estratégias penais se caracterizam cada vez mais como dispositivos de gestão do 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. A racionalidade que estamos descrevendo não é disciplinar, e sim atuarial (DE GIORGI, 2006, p. 97).

As novas práticas de governabilidade, assim, passam a se constituir de tecnologias de controle orientadas para o internamento puro, para a vigilância e para a limitação do acesso.

Loic Wacquant (2007) demonstra como, no final dos anos 70 do século passado, os Estados Unidos - seguidos por diversos países europeus como a França e a Itália (DE GIORGI, 2006, p. 96), e pelo Brasil, na América Latina - gradualmente substituíram seus investimentos públicos da rede de proteção social (sobretudo previdenciária, constituída por benefícios em favor dos mais carentes), pelo reforço do aparato policial e carcerário. Nos Estados Unidos, especialmente, a “guerra contra a pobreza” foi desbancada pela “guerra contra os pobres” (WACQUANT, 2007, p. 96).

A transferência de uma política de Estado Social para a do Estado Penal coincide com a adoção da política econômica neoliberal, calcada, sobretudo, na responsabilidade individual: são os trabalhadores que devem arcar com o risco do trabalho; são os criminosos que devem sofrer as consequências de sua livre escolha delituosa.

Enquanto a política estatal de “criminalização das consequências da pobreza” (WACQUANT, 2007, p. 111) se desdobra, de um lado, através da reorganização dos serviços sociais como simples “instrumento de vigilância e controle das categorias indóceis à nova ordem econômica e moral” (WACQUANT, 2007, 111), por outro, apela maciçamente ao recurso da prisão:

O confinamento é a outra técnica a partir da qual o incômodo problema da marginalidade persistente, enraizada no desemprego, no subemprego e no

trabalho precário, tornou-se menos visível – se não desapareceu – da cena pública. Depois de ter diminuído em 12% durante a década de 1960, a população condenada à reclusão nas prisões estaduais e nas penitenciárias federais (excluindo-se os detentos das cadeias municipais e dos condados, à espera de julgamento ou condenados a penas curtas) literalmente explodiu em meados da década de 1970, passando de menos de 200.000 detentos em 1970 para perto de um milhão em 1995, um crescimento de 442% em um quarto de século, algo jamais visto numa sociedade democrática (WACQUANT, 2007, p. 113).

Contraditoriamente, a quadruplicação da população carcerária nos EUA, ocorrida em um intervalo de 20 anos (entre 1975 e 1995), não correspondeu a uma escalada da criminalidade: Wacquant (2007, p. 222-229) dá conta de que as taxas de criminalidade no país se mantiveram estáveis no período, o que denota, na verdade, uma alteração na política criminal. A mudança na estratégia de controle da população recalcitrante, de negros dos guetos, imigrantes latinos, jovens desempregados ou subempregados, consistiu no uso sistemático do aprisionamento em casos de cometimento de delitos de rua (em sua maioria crimes contra o patrimônio e relacionados à guerra contra as drogas).

Estranhamente, a dinâmica de alargamento do uso da prisão, nos EUA, seguiu concomitante à expansão do uso de medidas alternativas, descarcerizantes. A massa de pessoas sob a tutela da justiça penal cresceu na proporção em que medidas como a suspensão condicional do processo (*probation*) e a liberdade condicional (*parole*), entre outras (penas de prestação pecuniária ou restritivas de direito) foram difundidas e largamente aplicadas. O fenômeno ficou conhecido como *net widening* (expansão da rede), ou *net strengthening* (fortalecimento da rede). (WACQUANT, 2007, p. 232-233).

A composição da população dos presídios também é característica marcante da política de Estado Penal: pobres, negros, desempregados ou subempregados, toxicodependentes, pequenos traficantes, e no caso particular dos EUA e da Europa, os imigrantes, foram espécie de “categoria sacrificial”, um grupo de “párias sociais” excluídos da noção de cidadania, “despidos de honra étnica” (WACQUANT, 2007, 312).

Cada vez menos, a população empobrecida é gerida por instrumentos de regulação social e cada vez mais é alvo de intervenção estatal por meio de dispositivos de repressão penal. Na base dessa política, uma racionalidade de controle do risco, de prevenção, de contenção de parcela da população, de estocagem de indivíduos de classes marginalizadas passa a atuar nas instâncias punitivas.

Não há mais indivíduos específicos que se transformar. A funcionalidade do cárcere, longe de perder a centralidade na estrutura social, se subsume a tarefa de armazenamento. A atuação do sistema penal passa a atender a demandas de prevenção, e tende a ser ativada independente do agir concreto dos criminosos.

Longe de propor qualquer modelo de vinculação moral para o futuro, a função do cárcere é de estocar para incapacitar: reduzir ao mínimo as potencialidades de desvio, de recalitrância de determinadas populações, cujo controle assistencial o Estado não deseja mais realizar.

Constata-se a incapacidade ou a renúncia do poder estatal (do Estado Penal) de “exercitar qualquer função disciplinar de transformação dos sujeitos” (DE GIORGI, 2006, p. 100), para assumir uma política de controle puro.

Nos interstícios entre as instâncias penais, atua a racionalidade atuarial, de natureza mesmo econômica, gerencial e logística: a racionalidade pós-fordista de controle.

Rubens Casara (2017), nitidamente inspirado pelas ideias de Wacquant e escrevendo particularmente sobre o Brasil contemporâneo, identifica a mesma concepção gestonária a que se refere Wacquant e De Giorgi.

Para Casara (2017) a política, e toda a complexidade que a pressupõe, é substituída pela gestão, pelo *management*. Os conflitos sociais passam a ser geridos, não debatidos, por meio de fórmulas de conhecimento técnico-administrativo, científico e econômico. A democracia, nesse contexto “sem política” (ou de “demonização da política”), torna-se um simulacro: uma forma sem conteúdo (CASARA, 2017, p. 32).

A esse estado de coisas, Casara (2017) chama de Estado Pós-democrático: o modelo político atual, marcado pela ausência de limites rígidos ao exercício do poder. Segundo o autor, na pós-democracia impera a razão neoliberal: o Estado se torna omisso no campo da redução das desigualdades e forte na contenção dos “indesejáveis” (a camada da população incapaz de produzir ou consumir e os inimigos políticos de quem detém o poder político ou econômico) (CASARA, 2017, p. 184-185).

Os direitos fundamentais, assim, além de serem vistos como obstáculos à razão neoliberal, são tratados, no Brasil contemporâneo, como mercadorias. A substituição dos fatores de solidariedade social construídos durante a fase keynesiana da economia capitalista,

pela lógica da competição e eliminação dos concorrentes, lastreada pela noção de responsabilidade individual irrestrita, revela a função estatal de manter a ordem, ou seja, de viabilizar o mercado (CASARA, 2017, p. 188).

No Brasil, que em 2016 abrigava a terceira maior população carcerária do planeta, de acordo com dados do DEPEN¹⁹⁴,

A pornografia penal atinge índices altíssimos. Como é da essência do Estado Pós-Democrático, aposta-se na exclusão dos indivíduos indesejados. Com a redução dos direitos trabalhistas, o desmonte da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), as privatizações e a comercialização do cotidiano, resta ao poder político recorrer ao poder penal (CASARA, 2017, p. 190).

Ao nível mundial, o encarceramento puro, em massa, é legitimado por uma retórica de guerra, que atribui ao excesso negativo a fisionomia de classe perigosa. Trata-se de, no extremo oposto da estratégia disciplinar do século XIX, “de-socializar a multidão”, substituir os laços de cooperação por um “regime de desconfiança universal”, de impedir “o reconhecimento recíproco dos indivíduos como parte de uma mesma força de trabalho social” (DE GIORGI, 2006, p. 101).

Valores como a multiplicidade, a pluralidade, a diferença são vistos como elementos ideológicos a se suprimir, e distorcidos pela lente da incerteza, “da fobia do diferente e do pânico pelo imprevisível”. A cooperação social, sobretudo em momentos de crise econômica, é negada: os contatos entre as classes sociais são eventos de risco que, portanto, devem ser evitados (DE GIORGI, 2006, p. 101).

Se o cárcere continua, na modernidade pós-fordista, mesmo que com sua polaridade invertida, assumindo papel central na política de governança, a própria cidade lhe serve de subterfúgio.

A arquitetura urbana e as tecnologias informáticas funcionam com o objetivo de transformar a metrópole, ela mesma em um dispositivo de vigilância, prevenção, de antecipação das ações e isolamento.

¹⁹⁴Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária do Brasil em 2016 atingiu a marca de 726.712 pessoas privadas de liberdade. Com esse número, o Brasil fica atrás apenas de Estados Unidos e Rússia. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf>. Acesso em: 14 jan 2019.

Isso porque, diferente do modelo de controle singularizado da disciplina, a repressão pós-fordista, não atua mais sobre os indivíduos em particular, mas sobre classes inteiras. “E ainda mais, a cidade não parece funcionar como um mecanismo orientado para determinar, nos indivíduos, a interiorização de valores disciplinares, a aquisição de modelos de comportamentos regulados, a obediência a estilos de vida pré-constituídos” (DE GIORGI, 2006, p. 102). A cidade se organiza de maneira logística, através da arquitetura (dos muros dos condomínios fechados e *shopping centers* aos guetos marginalizados) e da tecnologia (câmeras de segurança, sistemas de identificação biométrica, detectores de metal), a fim de apresentar-se constantemente preparada e funcional à segregação e à contenção de classes de indivíduos definidos pelo *status* (DE GIORGI, 2006, p. 103).

Em uma espécie de simbiose com o cárcere, a metrópole atua na vigilância e na contenção das classes no próprio espaço público (não no privado das instituições totais). O espaço público é o terreno e o mecanismo de controle das populações, dos fluxos: ao tempo em que se prestigia a segurança, em nome da prevenção e sob o efeito do medo difuso, os laços de empatia e cooperação social são rompidos.

O controle passa a se dar através de uma “arquitetura que não regula o encontro, mas o impede, não governa a interação, mas cria obstáculos a ela, não disciplina as presenças, mas as torna invisíveis. Barreiras simbólicas e fronteiras materiais produzem assim exclusão e inclusão” (DE GIORGI, 2006, p. 104).

Sobretudo no cenário moderno do pós-fordismo e do neoliberalismo, a maneira como funciona o cárcere demonstra sua incapacidade de estimular responsabilidade substancial ou mesmo evidencia sua irresponsabilidade quanto ao destino daqueles que se submetem ao poder de punir.

À maneira como os presídios foram idealizados originalmente e como efetivamente estabelecem suas rotinas internas, qualquer tentativa de assunção de uma postura proativa dos detentos é impedida, mesmo considerada anti-funcional. A condição a que se submete o preso é de total dependência em relação à Administração.

Uma vez preso, o condenado passa a depender totalmente da administração interna para satisfazer suas necessidades mais básicas. Em troca da disponibilização de todos os recursos para viver, o detento oferece sua obediência - sem consentimento - à rotina interna

(BARATTA, 2002, p. 186). Assim, aprende tão-somente a viver conforme as regras específicas do cárcere, sua hierarquia e subcultura particular.

Como sublinha Zehr, (2008, p. 38), ao longo dos anos o preso não tem de pagar aluguel, gerenciar seu dinheiro ou manter uma família. Depende do Estado como um incapaz depende de seu representante. Uma vez egresso, terá, no máximo, desenvolvido as habilidades de sobrevivência típicas do presídio, em detrimento das que serviriam para viver na sociedade. Terá absorvido um padrão distorcido de relacionamentos interpessoais, oportunista, e por vezes violento.

Zaffaroni (1998) denomina “prisionização” o fenômeno de assimilação da cultura do presídio, contrária e inútil à vida na sociedade livre, pelo detento, e a aproximação da personalidade do preso adaptado à personalidade de um incapaz. Para o autor:

O preso ou prisioneiro é levado a condições de vida que nada tem a ver com as do adulto; priva-se de tudo o que o adulto normalmente faz ou deve fazer em condições e com limitações que não conhece (fumar, beber, assistir televisão, comunicar-se por telefone, receber ou enviar correspondência, manter relações sexuais, vestir-se, etc.). Por outro lado, sua autoestima é prejudicada de todas as maneiras imagináveis: perda de privacidade e de seu próprio espaço, submissão a exigências degradantes, etc. Somam-se a isto as condições deficientes de quase todas as prisões: superpopulação, má alimentação, falta de higiene e de cuidados médicos, etc., sem contar com as discriminações em razão da capacidade de pagamento de alojamento e comodidades¹⁹⁵ (ZAFFARONI, 1998, p. 139-140).

Através de todo o rito penal, mas principalmente no cárcere, o réu é estigmatizado e tende a assumir o rótulo definitivo de desviante (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 69). Mesmo na fase da instrução processual, muito antes da fase de execução, o sujeito contra quem se atribui a culpa é estimulado a assumir a autoria da ação típica do ponto de vista meramente formal, no mais das vezes como estratégia para diminuir sua pena¹⁹⁶.

Segundo Zehr (2008, p. 70), o mesmo processo penal da culpabilidade que tende a dispersar a responsabilidade do réu, tende também a dispersar a responsabilidade das

¹⁹⁵ “El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.). Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes, etc. A ello se agregan las deficientes condiciones de casi todas las prisiones: 'superpoblación, alimentación paupérrima, falta de higiene y asistencia sanitaria, etc., sin contar con las discriminaciones en razón de la capacidad de pago de alojamientos y comodidades”, no original.

¹⁹⁶ No Brasil, a confissão é hipótese atenuante genérica da pena, conforme se observa no artigo 65, III, d) do Código Penal.

autoridades judiciais quanto ao seu resultado. Os principais responsáveis pela decisão (advogados, promotores, juízes, oficiais de condicional) são estimulados a se enxergar como simples executores da lei e da vontade anônima e impessoal do “sistema”.

Zaffaroni (1998), escrevendo a respeito da burocracia no sistema penal latino-americano, chama a atenção para a impossibilidade de chamar, rigorosamente, o “conjunto heterogêneo de agências compartimentalizadas”, ou “a soma dos exercícios de poder que operam independentemente” (ZAFFARONI, 1998, p. 149) de “sistema” penal.

Para o autor, As agências funcionam “narcisisticamente”, de tal forma que o treinamento particular de seus membros, a simbologia das condecorações, das vestes, dos instrumentos de trabalho, as rotinas administrativas e os discursos oficiais de cada uma delas, ao mesmo tempo em que as distinguem, afastam e as tornam indiferentes (até ignorantes a respeito do funcionamento das demais), reforçam, reiteram e justificam suas atuações reciprocamente (ZAFFARONI, 1998).

Um complexo jogo de identidades artificiais é criado para que cada agência penal se autorreferencie e legitime o próprio exercício do poder, independente do cumprimento efetivo de suas missões institucionais. Nesse jogo, uma condição de latente antagonismo entre as agências perpetua a irresponsabilidade de todo o conjunto em face dos sujeitos capturados por elas: as agências, atuando por trás de seus muros e de suas regras singulares, desconsideram o resultado final da operatividade do conjunto. É dizer, o indivíduo que passa por todas as agências penais, assim o faz sem que note uma racionalidade única de tratamento. Tende a ser um “cliente” que perturba a normalidade da administração interna de cada instância. No percurso, cada instância, dentre suas tarefas particulares (administração de seus cargos e carreiras, atendimento a metas internas), tende a executar sua pasta institucional como se ela fosse secundária: captura o indivíduo, trata a seu modo, segundo suas diretrizes específicas, e o entrega à próxima, sem se importar com o que será feito depois. A agência seguinte também faz o mesmo.

Em uma espécie de divisão do trabalho penal, as agências atuam, em termos marxistas, sob o efeito da alienação: apertam seus parafusos próprios, separadamente, em fases distintas da linha de produção, comunicando-se de longe, sem se dar conta da natureza de seu produto final, construído em conjunto.

Sobre a atuação burocrática e desconectada das agências penais no Brasil, cujo resultado não raro é o descaso para com o sujeito submetido à tutela penal, Arruda Campos (1959) escreve o seguinte:

Entretanto, de nenhum magistrado se sabe que tenha organizado um prontuário para o fim de acompanhar o comportamento do recluso, habilitando-se a informar com precisão o respectivo Conselho Penitenciário, quando da formulação do requerimento de graça. De nenhum que haja determinado aos delegados que lhe prestem informes periódicos, úteis a esse esclarecimento. O preso não tem sequer oportunidade de mostrar que está desenvolvendo suas boas qualidades, para fazer jus ao livramento. Com ele, ninguém se incomoda. A justiça esvai-se quando o trancafia na pequena cela. Tal como se a sua missão fosse apenas a de impor condenações (CAMPOS, 1959, p. 93).

O sistema, destarte, se mostra irresponsável pela decisão sobre a vida do réu. Os procedimentos judiciais e prisionais são padronizados, mecânicos, e executados em fases tão estanques quanto as instituições que os executam.

Com efeito, o conceito de sistema penal, por este ângulo, merece ser relativizado: “cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervém no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter de se preocupar com o que passou antes dela ou com o que se passará depois” (CELIS; HULSMAN, 1993, p 59). Tais instituições não têm nada em comum além da referência genérica à lei penal (daí que se justificam reciprocamente os discursos)¹⁹⁷. Trabalham voltadas para seus próprios objetivos internos, suas metas administrativas, em atenção às cobranças dos órgãos de controle administrativo (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 59).

Arruda Campos (1959) denuncia a maneira com que uma meta interna acaba por definir as condições de tratamento dos presos em cadeias brasileiras no final dos anos 50. Segundo o autor, o medo que sente o funcionário, pela ameaça de ser responsabilizado

¹⁹⁷ Boaventura de Sousa Santos parece identificar o mesmo fenômeno nos contextos específicos dos sistemas de justiça português e brasileiro. Para o autor, de maneira geral, os juízes nesses países atuam de acordo com uma cultura normativista, técnico-burocrática, que se manifesta, dentre outras formas, pela “desresponsabilização sistêmica”. Os membros do judiciário, quando surge um “problema no sistema”, nunca se referem ao “nosso” problema. O problema é sempre dos outros, “do outro corpo, da outra instância”, de modo que toda a culpa é sempre transferida para fora do sistema ou do subsistema de que faz parte. Acrescente-se a essa desresponsabilização sistêmica a obsessão dos magistrados pelas soluções burocráticas, a preferência por “decisões processuais em detrimento de decisões substantivas”, a aversão por medidas alternativas (não formatadas burocraticamente), o distanciamento dos juízes da sociedade e a aversão ao trabalho em equipe e aos novos conhecimentos (confundindo-se independência com autossuficiência) (SANTOS, 2014, p. 55-58). Tudo a contribuir para o quadro de irresponsabilidade do sistema retributivo.

(administrativa ou penalmente) por uma eventual fuga do detento, é que serve como estímulo para a realização da missão institucional e como balança para um tratamento mais ou menos duro dos internos:

O que mais contribui para as desfigurações do sistema penal, impedindo o emprego de novas práticas, que visem o aperfeiçoamento e até a eliminação do regime carcerário, é o horror da responsabilidade. Há um sentimento difuso de medo que domina todos os setores. Medo sobretudo de que o recluso se evada. [...] Entre nós, esses pormenores não são levados em conta. O soldado tem medo do carcereiro. O carcereiro tem medo do delegado. O delegado tem medo do juiz. O juiz tem medo do tribunal. Quando ocorre uma fuga, o medo se canaliza e ganha força. (CAMPOS, 1959, p. 96-97).

Como numa linha de montagem (CELIS, HULSMAN, 1993, p. 61), o culpado é fabricado, pouco importando a compreensão do “sistema” sobre sua situação particular (CELIS, HULSMAN, 1993, p. 67) ou sua singularidade enquanto pessoa (CELIS, HULSMAN, 1993, p. 84). Ao final do processo, o produto – o prisioneiro, o criminoso que assume a imagem dada – é obtido sem que nenhum agente da burocracia estatal tenha se sentido pessoalmente responsabilizado por ele ou por sua condição. Com efeito, “as noções de pena e de responsabilidade individual [penal] resultam fictícias, infecundas, traumatizantes”. (CELIS; HULSMAN, 1993, p. 87).

Em última análise, pode-se concluir que o paradigma de justiça penal moderno, calcado na prisão, fracassou em realizar sua função de disciplinamento, de ortopedia do criminoso, de transformação do delinquente naturalmente perverso, em um indivíduo dócil, apto ao trabalho e, portanto, apto a servir à sociedade.

Segundo os autores e as obras de que nos valemos acima, essa constatação de fracasso é fruto de reflexões mais ou menos recentes, desde as décadas de 60 e 70 do século XX. Alterações recentes ao nível da infraestrutura do capitalismo serviram como motores de propulsão para a derrocada do cárcere e da sua missão jurídico-política de conversão de indivíduos nocivos e inúteis em sujeitos curados e moralmente responsáveis pelas regras e valores de um modo de ser do capitalismo que não existe mais.

Entretanto, Foucault (1993) sublinha o fato de que, desde seu nascedouro, o cárcere já apresentava os sintomas que nas últimas décadas insistem em chamar a atenção dos estudiosos.

Para Foucault, a crítica da prisão, cujos argumentos constituintes giram em torno de sua legitimidade e funcionalidade, existe desde sua origem, no século XIX, e a não ser pelos números, espantosamente aparece hoje sem variações importantes: 1) a prisão não diminui a taxa de criminalidade; 2) a prisão aumenta a taxa de reincidência; 3) a prisão é fábrica de delinquência: pela imposição de trabalho inútil, pelo recorrente abuso de poder, pela corrupção e despreparo dos guardas; 4) a prisão é escola do crime: favorece a organização de um meio delinquente e converte o pequeno infrator em criminoso habitual; 5) as condições dadas aos detentos libertos favorece a reincidência; 6) a prisão promove a miséria da família do detento; 7) as prisões são um custo econômico sem retorno (FOUCAULT, 1993, p. 223-225).

Diante das críticas e da afirmação de malogro que se seguiu, as políticas criminais, desde sempre, apresentaram o cárcere como resposta a sua própria crise:

[...] a essas críticas, a resposta invariavelmente a mesma: a recondução dos princípios invariáveis da técnica penitenciária. Há um século e meio que a prisão vem sempre sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como o único método para superar a impossibilidade de torna-lo realidade (FOUCAULT, 1993, p. 223).

As propostas de reforma também, desde o século XIX, reiteraram os mesmos discursos que hoje são ventilados por autoridades e especialistas, em diversas partes do globo: a) a prisão deve ter como função essencial a recuperação e a reclassificação social do condenado; b) a prisão deve separar os presos por suas qualidades particulares (idade, periculosidade, fase no processo de transformação); c) a pena cumpre seu papel quando reforma o culpado, regenera o condenado moralmente; d) o trabalho é peça chave na transformação e socialização do detento; e) o detento deve ser educado no presídio; f) a administração do presídio deve ser constituída de funcionários técnica e moralmente capazes; g) o preso deve dispor de alguma assistência durante e depois do cumprimento da pena (FOUCAULT, 1993, p. 223-225).

Para Foucault (1993), a prisão tem salvado a si mesma desde então; tem sido a alternativa para a sua própria ruína. Mas, como explicar o fato de que o cárcere tem se mantido de pé mesmo sob o diagnóstico precoce de sua falência?

Para responder a essa questão o autor faz uma inversão do raciocínio e passa a inquirir se, na verdade, a manutenção das técnicas prisionais, ao longo de mais de um século, e sua difusão e universalização a nível mundial, demonstram justamente o cumprimento eficaz de sua missão institucional.

Mas, então, outra dúvida é levantada: qual seria a verdadeira função do cárcere? Como o cárcere tem se sustentado à medida que fomenta o que deveria reprimir? De fato, “temos que nos admirar de que há 150 anos a proclamação do fracasso da prisão se acompanhe sempre de sua manutenção” (FOUCAULT, 1993, p. 226).

Foucault (1993) afirma que o sistema penal não tem por objetivo suprimir as infrações, mas separá-las, distingui-las e marca-las: serve para destacar algumas e apagar ou por na sombra outras, de acordo com uma lógica político-econômica utilitária.

Com efeito, o manejo das ilegalidades, ou seja, a gestão econômica das ilegalidades por meio da penalidade se desenvolve a partir do século XIX: “A penalidade seria então uma maneira de gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles” (FOUCAULT, 1993, p. 226).

Diferente do modo de controle do século XVIII, que partia da premissa de que o sistema detinha a função de bloquear toda e qualquer prática ilegal (FOUCAULT, 1993, p. 227), e que pressupunha um sistema penal igualitário e certo, o modo de controle do século XIX, desenvolvido já no terreno do positivismo criminológico, visava combater uma parcela bem definida das infrações:

[...] através da recusa da lei ou dos regulamentos, reconhecem-se facilmente as lutas contra aqueles que os estabelecem em conformidade com seus interesses: não se luta mais contra os arrendatários de impostos, o pessoal das finanças ou agentes do rei, os oficiais prevaricadores ou os maus ministros contra todos os agentes da injustiça; mas contra a própria lei e a justiça que é encarregada de aplicá-la, contra os proprietários próximos e que impõem os novos direitos; contra os empregadores que se entendem entre si, mas mandam proibir os conluios; contra os chefes de empresa que multiplicam as máquinas, baixam os salários, prolongam as horas de trabalho, tornam cada vez mais rigorosos os regulamentos das fábricas. Foi sem dúvida contra o novo regime de propriedade da terra – instaurado pela burguesia, que aproveitou a Revolução – que se desenvolveu a ilegalidade camponesa que sem dúvida conheceu suas formas mais violentas do Termidor ao consulado, mas não desapareceu então; foi contra o novo regime de exploração legal do trabalho que se desenvolveram as ilegalidades operárias no começo do século XIX: desde os mais violentos, como as quebras das máquinas, ou os mais duráveis como a constituição de

associações, até os mais cotidianos como o absenteísmo, o abandono do serviço, a vadiagem, as fraudes nas matérias-primas na quantidade e qualidade do trabalho terminado (FOUCAULT, 1993, p. 228).

Os criminosos, a partir do século XIX, em uma espécie de ensaio positivista, não são apenas e contingencialmente, os detratores do pacto social do Iluminismo penal. Agora existem destacados na natureza, como estranhos à normalidade social e recrutam-se de fileiras específicas da sociedade: as fileiras das ilegalidades populares, dos mendigos, desempregados, refratários, etc (FOUCAULT, 1993, p. 231).

Nas palavras de Enrico Ferri, em passagem de sua “Sociologia Criminal” de 1875:

Por esto precisamente podemos nosotros, en la sociologia criminal, dividir las capas sociales en tres categorias: la classe moralmente más elevada (que no es siempre la más elevada socialmente), que no comete delitos porque es honrada en razón de su constitución orgánica, por efecto del sentido moral, sin otra sanción que la de su propia conciencia o de la opinion publica [...]. Otra clase más baja esta compuesta de individuos refractarios a todo sentimiento de honradez porque, privados de toda educación, sujetos siempre por la miseria material y moral a la condición primitiva de una lucha feroz por la existencia, reciben de sus antepasados por herencia y transmiten a sus descendientes por el matrimonio con individuos de igual categoria, una organización anormal que une, como hemos visto, una constitución patológica y degenerada a un verdadero retroceso por atavismo al estado salvaje. En esta classe es donde se recluta en su mayor parte el contingente de los criminales natos, aquellos contra quienes las penas, como amenaza legislativa, tienen la menor eficacia [...] (FERRI, 1875, p. 274-275).

A clivagem no campo das ilegalidades faz emergir a delinquência como a ilegalidade mais visível, mais abominável e nefasta, e, portanto, o arquétipo ideal daquilo que se deve temer, perseguir, controlar e punir. São os delinquentes aqueles produzidos pela penalidade do século XIX, e que ao mesmo tempo são o objeto do controle e o alvo da instituição prisional. A delinquência, assim, é a ilegalidade que deve se combater especificamente com o cárcere.

Sendo assim:

O atestado de que a prisão fracassa em reduzir os crimes deve talvez ser substituído pela hipótese de que a prisão conseguiu muito bem produzir a delinquência, tipo especificado, forma política ou economicamente menos perigosa – talvez até utilizável – de ilegalidade; produzir os delinquentes, meio aparentemente marginalizado mas centralmente controlado; produzir o delinquente como sujeito patologizado (FOUCAULT, 1993, p. 230).

Assim, o cárcere não falha: o delinquente não é o subproduto, ou o efeito colateral da prisão, mas um de seus efeitos diretos. Enquanto resultado da intervenção penal, a delinquência cumpre papel político fundamental, em favor das classes dominantes. Desses grupos marginalizados, taxados permanentemente, se extraem diversas vantagens, diretas e indiretas, ao passo que a própria criminalidade se torna uma “engrenagem do poder” (FOUCAULT, 1993, p. 235).

Em simbiose com o cárcere, a aplicação de técnicas de vigilância propicia indiretamente o controle das classes perigosas em locais fixos no mapa da cidade (no próprio presídio ou em regiões pobres especialmente demarcadas). Isolam e mantêm-nas inócuas, sem contato com outras ilegalidades (mais preocupantes do ponto de vista do poder) e ainda restringem o espectro de vítimas, que se resume aos membros da própria classe pobre.

Some-se às vantagens indiretas a possibilidade de gerenciamento e franca exploração da prostituição, do tráfico de armas, de álcool e de drogas (contemporaneamente) e a extração de lucro, sem qualquer limite legal, dessas atividades ilícitas. A infiltração de espias em partidos políticos, sindicatos, movimentos de oposição, sugere ainda a utilidade política imediata da delinquência.

A aplicação permanente das técnicas de vigilância, além de viabilizar o controle, impede a interrupção do circuito “polícia-prisão-delinquência”. Assim, o controle por meio de um sistema de vigilância permanente das classes consideradas perigosas, implementado por um sistema de documentação, de fichamentos, não só permitem a localização e identificação dos egressos e dos membros das classes subalternas, como consolidam o processo de construção do perfil delinquente, reforçado, fora do sistema penal, pelo noticiário policial e pelo romance de crime (FOUCAULT, 1993, p. 233-237).

Paralelamente, o espaço iluminado da delinquência contrasta com a ausência de luz nos espaços da “criminalidade de cima”, pois “[...] essa delinquência própria à riqueza é tolerada pelas leis, e, quando lhe acontece cair em seus domínios, ela está segura da indulgência dos tribunais e da discricção da imprensa” (FOUCAULT, 1993, p. 239).

Entretanto, ao definir como função do cárcere a produção da delinquência, Foucault (1993) estaria negando o projeto disciplinar que havia desenhado em sua obra? Ou seria uma contradição em termos admitir, ao mesmo tempo uma função de transformação eminentemente econômica e “positiva” dos sujeitos, em sintonia com o capitalismo industrial

e outra de criação de um estereótipo “negativo”, susceptível apenas de controle puro e exploração política sub-reptícia?

Em verdade, as duas funções do cárcere, em Foucault (1993), parecem ser complementares: os mesmos mecanismos que fabricam a docilidade, constroem a delinquência: “O século XIX, com o jogo das diferenciações e das interligações disciplinares, construiu canais rigorosos que, na essência do sistema, adestram a docilidade e fabricam a delinquência com os mesmos mecanismos” (FOUCAULT, 1993, p. 248).

Nesta sociedade panoptica, cuja defesa onipresente é o encarceramento, o delinquente não está fora da lei; mas desde o início, dentro dela, na própria essência da lei ou pelo menos bem no meio desses mecanismos que fazem passar insensivelmente da disciplina à lei, do desvio à infração (FOUCAULT, 1993, p. 249).

A delinquência, enquanto produto do cárcere e de sua íntima ligação com as ciências que ao seu redor se fixam (medicina, psiquiatria, criminologia), justifica o exercício de poder do sistema de justiça penal. Isso porque a figura do delinquente funciona como um trunfo, uma superposição de criminosos ideais, e, portanto, possibilita atender a diferentes demandas de controle, tanto política quanto econômica.

O delinquente, por isso, une a figura do “monstro” (objeto de tratamento e do aproveitamento pelo mercado de trabalho industrial) com a do simples infrator do pacto social (que não regenerado, deverá ser controlado pela vigilância e utilizado pela ilegalidade de cima, ou simplesmente neutralizado) (FOUCAULT, 1993, p. 214).

Para nossa pesquisa importa assentar que, embora a função disciplinar não se sustente mais, a função de separação das ilegalidades permanece atual. Persiste nos dias atuais, e se traduz pelo conceito de seletividade penal denunciado sistematicamente pela criminologia crítica a partir dos anos 60 do século XX. Não só: a função de produção da delinquência e a aplicação das técnicas de controle baseadas na vigilância das populações consideradas perigosas se ajustam perfeitamente aos estudos de economia-política da pena, encetados, por exemplo por De Giorgi (2006). É justamente à disposição deste tipo de criminalidade que estão os mecanismos pós-fordistas (e neoliberais) de controle puro, de estocagem e neutralização das classes perigosas, que se revelam, na contemporaneidade, despidos de qualquer propósito disciplinar (irresponsáveis).

Nesse mesmo sentido parece mover-se o pensamento de Alessandro Baratta (2002), quando escreve sobre a “fase atual de contra-reforma do sistema punitivo e a crise do mecanismo de acumulação capitalista” (BARATTA, 2002, p. 195):

Nesta situação, o “desvio” deixa de ser uma ocasião – difusa em todo o tecido social – para recrutar uma restrita população criminosa, como indica Foucault, para transformar-se, ao contrário, no status habitual de pessoas não garantidas, ou seja, daqueles que não são sujeitos, mas somente objetos do novo “pacto social”. Talvez, em breve, para disciplinar tais estratos sociais, bastará a criação de grandes guetos controlados por computador (na medida em que a disciplina do trabalho e do consumo será suficiente para satisfazer a necessidade de ordem na população garantida). Em tal sociedade, a originária função do aparato penitenciário, no momento do surgimento da formação social capitalista – ou seja, a função de transformar e produzir o homem, adaptando-o à disciplina da fábrica, e de reproduzir a mesma disciplina como regime da sociedade em geral -, estará definitivamente superada (BARATTA, 2002, p. 196).

Nesse contexto, qualquer discurso atual que convirja para uma suposta função de disciplinamento típica do sistema de justiça penal, tende inevitavelmente a revestir-se de um caráter meramente ideológico. A noção positivista de delinquente patológico, suscetível mais ou menos à influência externa, que por força dessas circunstâncias, reforça ou não uma criminalidade que lhe é ínsita, não apresenta mais utilidade para a fundamentação teórica do cárcere. A busca das origens do crime, no campo da psicologia individual do criminoso, de seu perfil histórico e social e de suas inclinações naturais, perde sua utilidade justificadora da pena.

O discurso que se concentra na transformação (ressocialização ou reinserção) do sujeito anormal, perde sua função de legitimação do cárcere enquanto instituição político-econômica no mesmo instante em que, ao buscar na estrutura social qualquer referência real, não a encontra mais. Assume, assim, tal discurso, um caráter meramente ideológico¹⁹⁸.

A esse respeito, referindo às obras de Rusche e Kirchheimer e de Foucault, escreve Baratta (2002):

¹⁹⁸ Alessandro Baratta (2002) refere-se, em sua obra, a uma “ideologia da reinserção” (2002, p. 186). De acordo com ele, estudos sobre os efeitos psicológicos do encarceramento demonstram que “a possibilidade de transformar um delinquente anti-social e violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir”. Baratta sustenta que os fenômenos da “desculturação” (desadaptação às condições necessária para a vida em liberdade, perda do senso de autorresponsabilidade) e de “prisionalização” (educação para ser criminoso e bom preso, assimilação do culto da violência ilegal, do cinismo, da passividade conformista e do oportunismo), são características constantes da comunidade carcerária nas sociedades capitalistas contemporâneas (BARATTA, 2002, p. 183-185).

Tanto Rusche e Kirchheimer quanto Foucault, estão conscientes de que nos países capitalistas mais avançados, na fase final de desenvolvimento por eles descrito (a Europa dos anos 30, no caso de Rusche e Kirchheimer, a Europa dos anos 70, no caso de Foucault), o cárcere não tem mais aquela função real de reeducação e disciplina, que possuía em sua origem. Essa função educativa e disciplinar se reduz, portanto, agora, à pura ideologia (BARATTA, 2002, p. 193).

Fracassado ou bem sucedido, fato é que o paradigma de justiça penal retributivo, ainda de pé na contemporaneidade, não é capaz de construir as bases para a responsabilidade substancial. Abandona sua função disciplinar, e assume exclusivamente sua função de produção de delinquência, de seleção penal, neutralização do excesso negativo e gestão burocrática dos indesejáveis.

Seja ao nível do discurso penal e da perda de sua legitimidade, seja ao nível das agências concretas do sistema, com seu elevado grau de violência e irresponsabilidade com que atua (ZAFFARONI, 1998), a solução do conflito penal, por meio da responsabilização do criminoso, parece não encontrar arrimo no interior do paradigma retributivo.

Estabelecidas essas bases teóricas, cabe então investigarmos se a Justiça Restaurativa consegue superar, em termos teóricos, essa condição de ilegitimidade do sistema retributivo, apresentando uma nova resposta. Pode-se vislumbrar um paradigma de justiça alternativo, calcado no abolicionismo, e a partir do qual a assunção de responsabilidade substancial ainda possa ser instrumentalizada, mas com base em outra lógica que não o sobrecarregamento do indivíduo em face de uma estrutura social problemática? Caso algo assim exista, o discurso ideológico da etiologia criminal ainda encontra nesse paradigma alguma passagem ou alguma força de influência?

4.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA: ABERTURAS TEÓRICAS AO PARADIGMA ETIOLÓGICO?

No início desse trabalho, vimos que a Justiça Restaurativa pretende ser um novo modelo de justiça, que aplicado ao campo da justiça criminal, se contrapõe ao paradigma retributivo na medida em que encontra na reparação da vítima e na responsabilidade do ofensor suas finalidades específicas.

Verificamos também os elementos fundamentais que compõem o modelo de justiça penal retributiva e sublinhamos o fato de que a necessidade de punir é sua marca principal, e ponto de maior distância entre ela e a Justiça Restaurativa. Envolvendo essa característica fundamental, verificamos haver uma determinada racionalidade justificadora, composta por diversas ideias-chave (duas delas as ideias de crime como violação da norma e a de responsabilidade penal passiva) e um aparato Estatal que lhe serve de ferramenta, sobressaindo-se aí o cárcere.

Destacamos também como toda essa estrutura recebe legitimação das teorias criminológicas positivistas-etiológicas, originadas ainda no século XIX, e como diversas transformações no campo da infraestrutura e da política econômica (sobretudo com o neoliberalismo) a partir da segunda metade do século XX puseram em xeque essa legitimidade, fazendo revelar um funcionamento do sistema baseado em mera ideologia, ao nível da superestrutura, exclusão e violência, ao nível real.

As teorias da Justiça Restaurativa, assim, pretendem se contrapor a todo esse quadro. No que toca ao ofensor, promete ela uma “verdadeira responsabilidade” (ZEHR, 2008), posto que, como pudemos demonstrar, tanto a responsabilidade penal quanto o projeto disciplinar do século XIX não surtem mais efeito (se é que um dia surtiram), no contexto da justiça retributiva, quando o objetivo é uma responsabilização substancial.

Menos ainda é capaz, a justiça penal, de comportar no conceito de responsabilidade que lhe é próprio, a complexidade do fenômeno criminal, tal como ocorre com os crimes do tipo patrimonial. Evidenciamos nesse capítulo parte dessa complexidade, e o quão amplo é o espectro de variáveis que convergem para um cenário totalmente oposto: um cenário de irresponsabilidade das instituições penais, de estímulo à irresponsabilidade do infrator, de seletividade penal, seja ao nível da elaboração da norma (criminalização primária), seja ao nível da atuação das agências de persecução penal (criminalização secundária), seja ao nível da decisão judicial.

Um estudo geral, de caráter mais sociológico, e com o suporte da criminologia crítica, nos permitiu observar um déficit de legitimidade gritante em todas as esferas de funcionamento do sistema de justiça penal retributiva. Daí que nos cabe retornar a hipótese lançada por Alvino de Sá (2007), no sentido de se a Justiça Restaurativa é capaz de avançar sobre os problemas verificados no paradigma a que se opõe, e superá-los. A Justiça

Restaurativa é mesmo capaz de superar o paradigma da etiologia e da retribuição quando pretende responsabilizar verdadeiramente o ofensor?

Especificamente, Alvino de Sá (2007) afirma que a Justiça Restaurativa esbarra no campo da etiologia quando presume que: a) algo deve ser modificado no ofensor e b) a responsabilidade tende a ser unicamente deste. A etiologia a que Sá (2007) faz menção é justamente aquela etiologia positivista que, como observado por nós, com base em Foucault (2002) e em Melossi e Pavarini (2006), fundamentam, sobretudo, a criação do cárcere, no século XIX.

As ideias centrais que compõem o paradigma etiológico positivista dizem respeito à busca pela causa do crime e a consequente resposta dada a ele, por parte dos Estados Nacionais: o crime é uma anomalia e o criminoso é um anormal. As causas do crime, uma vez encontradas no perfil biopsicológico do delinquente, devem ser tratadas, na maior parte dos casos, e para isso cai como uma luva a invenção do presídio. No cárcere é onde se processa, por meio de uma disciplina minuciosa dos corpos, a ortopedia do criminoso, a neutralização de sua periculosidade inerente. É a partir da simbiose entre pena e tratamento que se busca fazer aderir ao indivíduo, ao nível moral, determinados valores e normas sociais que se desprendem da agenda burguês-capitalista: é nesse ambiente onde membros das classes subalternas são vinculados aos valores do trabalho industrial, do respeito absoluto à propriedade privada, do mérito e da justeza do salário, do aproveitamento útil do tempo, da conversão do tempo em dinheiro, da justiça das novas hierarquias sociais, e enfim, ao valor da conformidade com as normas que justificam essa estrutura particular de produção e de relação social.

Logicamente que para afastar-se do paradigma da etiologia positivista, a Justiça Restaurativa deveria rejeitar esse quadro de ideias. Contudo, se voltamos a examinar o pensamento dos autores que nomeamos como representativos das teorias restaurativas, podem-se encontrar nelas alguns traços (ou aberturas), sem que se verifique possível afirmar que haja uma exata correspondência entre o discurso etiológico-positivista e as teorias restaurativas.

Em “*Beyond restitution – Creative Restitution*”, Albert Eglash (1977) aplica toda uma linguagem ainda muito ligada à lógica causalista e cientificista do paradigma etiológico. Imersa numa gramática própria da medicina e da psicologia, preocupa-se o autor, sobretudo,

com a personalidade do ofensor, deixando transparecer o conceito de responsabilidade tal como responsabilidade ativa.

Com efeito, Eglash (1977) aborda a necessidade de transformação do ofensor por meio da metáfora médica da autocura. Sua Justiça Restaurativa atua, assim, contra a passividade do réu no modelo punitivo e de tratamento, e por meio da restituição criativa, exige do ofensor um esforço ativo, construtivo (*an active, constructive effort*) no sentido de reparar a vítima e de alterar sua conduta.

A Justiça Restaurativa, através da restituição criativa, reverte a má-conduta (*misbehavior*) do ofensor (que toma e fere) para conformar-se em uma conduta de dar e ajudar. Por meio dessa resposta especial, não objetiva dissuadir o réu pela ameaça da pena (EGLASH, 1977, p. 91), mas visa destruir padrões fixos de comportamento (como se assemelhados à obsessão, patologia psicológica).

Note-se que a conduta do ofensor, ainda que a partir de critérios inicialmente pouco definidos (se morais ou jurídicos), é qualificada como negativa. Em nenhum momento a teoria de Eglash (1977) deixa de pressupor a conduta do ofensor como desviante, socialmente negativa, má-comportamento. Assim, percebe-se em sua obra uma presunção de que, de fato deve haver um padrão de comportamento que seja considerado normal. Para o autor há algo a ser ensinado ao ofensor, e que deve ser estimulado pela Justiça Restaurativa. Da parte do ofensor cabe decidir se acata ou não esse conhecimento, e se muda ou não de proceder.

Apesar da presunção do delito como desvio natural (muito próximo de uma espécie de desvio moral), a teoria da Justiça Restaurativa exposta em “*Beyond restitution...*” tenta resolver uma celeuma travada entre a Escola Clássica do Direito e, justamente, a Escola Positivista da criminologia. Se para a primeira o delito é fruto do livre-arbítrio, para a segunda, é fruto do determinismo psicológico. Eglash (1977), valendo-se de uma síntese conceitual, combina determinismo psicológico e livre arbítrio ao afirmar que o ofensor é determinado no passado, quando cometeu a infração (logo sua responsabilidade moral é limitada), mas é livre para o futuro, no sentido de que é livre para fazer mudanças em si mesmo e na situação conflituosa decorrente de sua ação.

É no interior do conceito de responsabilidade que Eglash (1977) resolve e agrupa em uma mesma categoria teórica tanto o determinismo quanto o livre-arbítrio, diluindo as forças de contradição entre esses elementos. A responsabilidade, contudo, pende para a sua face

ativa (assim como fará Braithwaite mais tarde), pois é nela em que o ofensor deve concentrar-se, assim como é nela em que se concentra a própria teoria restaurativa.

A responsabilidade ativa de Eglash é direcionada para o futuro, é a vinculação do ofensor a um padrão ético-jurídico para o futuro (EGLASH, 1977, p. 92), e é também sobre o ofensor que recai a responsabilidade para consertar as coisas, ainda que guiado por terceiros. Interessante sublinhar que, ainda que seja uma autocura, o procedimento restaurativo de Eglash (1977) é um procedimento em que cabe a um juiz ou à vítima determinar a reparação e seus limites específicos. Recorde-se que no modelo de Eglash (1977) o ofensor é obrigado a reparar, embora ele tenha o direito de escolher como fazê-lo (não há espontaneidade na participação). Na justiça retributiva, ao contrário, o réu é submetido tanto à pena quanto ao seu conteúdo, que é fixado abstratamente pela lei e em concreto pela sentença (EGLASH, 1977, p. 93).

Sendo compulsória a participação na prática restaurativa, e para se evitar que o ofensor escolha uma forma completamente irrisória de reparação, Eglash sustenta a necessidade de haver proporcionalidade na medida, devendo esta ser orientada pela natureza da ofensa e limitada pelo tipo de dano.

A autocura, então, é uma oportunidade promovida durante a abordagem restaurativa, que atinge seu auge, dentro da teoria, com a apresentação do conceito de *second mile*. A partir dessa noção, o ofensor tem a chance de resgatar sua auto-estima não só ao fazer retornar a situação a sua condição anterior, mas tornando-a melhor do que estava. Aqui toda uma carga de normalidade e moralidade é descarregada na argumentação de Eglash (1977), no sentido de que antes havia um *status* normal, que pelo mau-comportamento do ofensor, foi desestabilizado, e que somente pela atuação efetiva de seu único responsável, pode ser resgatado. Veja-se o caso do encanador Steve, mencionado pelo autor:

Depois de uma longa história como um delinquente crônico, Steve se endireitou e, como encanador, ficou longe de problemas, casou-se e teve um filho. Então, um dia, a visão de uma tubulação de cobre foi uma tentação muito forte e ele a roubou. Depois, doente e confuso, ficou feliz em ser pego. Parte da exigência da condicional era a restituição obrigatória da tubulação roubada e usada ou vendida. Um dia, enquanto esperava para fazer seu pagamento regular, Steve ouviu isso: "Nosso clube está construindo um playground para crianças carentes, mas não podemos obter o tipo de tubo que precisamos". Por sua própria iniciativa, Steve sugeriu o melhor tipo de cano para aquilo que necessitavam e depois ajudou a construir o playground.

Ao fazer isso, ajudou a reconstruir seu autorrespeito¹⁹⁹ (EGLASH, 1977, p. 95, tradução nossa).

Aspectos morais como “endireitar-se”, “manter-se longe de problemas”, “casar-se”, “manter família”, “ter filhos”, “conseguir um emprego”, “uma profissão”, presumem na teoria de Eglash uma referência a uma determinada moral convencional, a um consenso social em torno de valores e relações sociais pré-determinadas. Ademais, sua visão de psicólogo parece não permitir escapar da admissão de conceitos muito ligados à etiologia positivista como o de cura (para ofensores patológicos) e o de delinquente crônico (ou delinquente habitual). É com base nesses critérios que o comportamento do ofensor é avaliado como comportamento conforme ou desviante na teoria de Eglash (1977).

Por mais que Eglash (1977) afirme que o núcleo do conceito de restituição e de sua Justiça Restaurativa seja o dano causado à vítima, o próprio autor admite ser sua teoria um modelo orientado para o ofensor, tanto quanto os modelos retributivos calcados na punição e no tratamento: “para mim, a justiça restaurativa e a restituição, como suas duas alternativas, punição e tratamento, estão preocupadas principalmente com os infratores²⁰⁰” (EGLASH, 1977, p. tradução nossa).

Pode-se afirmar que, como foi dito, embora não se possa verificar uma exata correspondência entre a etiologia positivista do século XIX e a teoria restaurativa de Eglash, é possível destacar alguns elementos que insistem em povoar seu pensamento. A abordagem psicologista e individualizante do conflito, a centralidade do ofensor seja como causa do delito seja principalmente como objeto de reforma e de intervenção, a inexistência de qualquer consideração da característica definitorial do crime, e ainda, a existência de uma pressuposição de um consenso ético ao qual, uma vez emendado, o ofensor deva se vincular, são traços da teoria restaurativa de Eglash que a aproxima do paradigma etiológico.

¹⁹⁹ “After a long history as a chronic delinquent, Steve straightened out, and as a plumber, stayed out of trouble, married, and had a child. Then one day the sight of some copper tubing was too strong a temptation, and he stole it. Afterwards, sick and confused, he was glad to be caught. Part of probationary requirement was mandatory restitution for tubing stolen and used or sold. One day while waiting to make his regular payment, Steve overheard this: ‘Our club’s constructing a playground for underprivileged kids, but we can’t get the kind of tubing we need’. On his own initiative Steve suggested the best source for the kind needed and then helped to construct the playground. In doing so, he helped to rebuild his own self-respect”, no original.

²⁰⁰ “For me, restorative justice and restitution, like its two alternatives, punishment and treatment, is concerned primarily with offenders”, no original.

Nesse particular (mas tão-somente nesse particular), a hipótese de Alvino de Sá (2007) se confirma verdadeira, ainda que na forma de um risco teórico, de uma brecha, mas não de uma etiologia-positivista totalmente consumada como base da teoria restaurativa.

Destaque-se que elementos cruciais do paradigma etiológico na sua fase positivista, como o determinismo psicológico, a consideração do criminoso como um delinquente nato, anormal ou demente moral (Lombroso, 2007), o tratamento estritamente médico-hospitalar ou manicomial como resposta padrão, são estranhos à teoria de Eglash.

Na teoria da “restituição pura” de Barnett (1977), a aderência vista em Eglash (1977) a um consenso social formado em torno de determinados valores e normas sociais próprias da sociedade capitalista se manifesta com cores mais vivas.

Barnett (1977) concebe um sistema de justiça mais voltado para a vítima, em comparação as ideias de Eglash (1977), capaz, inclusive, de dispensar a existência da justiça penal convencional. De acordo com sua teoria, esse sistema de justiça se concentraria na obtenção da “restituição pura”, em contraposição à restituição punitiva, eventualmente obtida no interior do processo penal convencional, por meio de prestações pecuniárias, *probation*, etc, e onde sempre pende a ameaça da pena de prisão como inflição de sofrimento.

Tal modelo de justiça funcionaria da seguinte maneira: cometido um delito, o ofensor seria apreendido e apresentado a um tribunal. Ali seria determinada sua culpa. Uma vez considerado culpado, seria sentenciado a restituir a vítima ou faria um acordo com ela, nesse sentido. Se o ofensor pudesse restituir a vítima imediatamente, ele assim o faria. Se não, o tribunal teria duas opções, ambas baseadas na personalidade do ofensor.

Explica-se: se o tribunal ficasse convencido de que o ofensor seria “confiável” (*trustworthy*), seria liberado para continuar no seu emprego ou arranjar um novo, até restituir integralmente a vítima. Se o ofensor não fosse classificado como confiável ou como incapaz de arranjar um emprego (*unable to gain employment*), seria encaminhado a um complexo industrial, onde ficaria confinado.

Perceba-se que até este ponto da teoria, Barnett aplica, tal como Eglash, elementos que dizem respeito à composição biopsicológica do ofensor. O próprio desenvolvimento do procedimento restitutivo depende de como sua personalidade é avaliada.

Uma vez encaminhado àquele complexo, de preferência organizado pela iniciativa privada, o ofensor produziria bens e serviços, receberia salários para pagar suas acomodações, e nada impediria que viesse a residir com sua família. Todavia, só seria liberado quando pagasse toda a dívida junto à vítima, assim como teria sido decidido pelo tribunal (BARNETT, 1977, p. 289-290).

O nível de segurança no complexo variaria conforme a confiabilidade do ofensor. A todo tempo deveria se perseguir a alta produtividade e o incentivo ao trabalho.

Expressamente, Barnett (1977) faz alusão aos crimes contra o patrimônio, e afirma categoricamente que seu sistema de restituição, baseado inclusive em mecanismos de direito civil, se aplica adequadamente a eles, sobretudo quando praticados sem violência. De fato, a violência seria um componente complicador (mas não inviabilizador), dada a ausência de um critério racional para determinar a proporcionalidade entre o dano (lesão corporal ou a morte) e a restituição em dinheiro (BARNETT, 1977, p. 292).

Barnett (1977) enxerga nesse sistema muitas vantagens, dentre elas duas, relacionadas ao ofensor:

O ofensor seria “o senhor de seu destino” (BARNETT, 1977, p. 294), ou seja, quem teria exclusivamente a responsabilidade pela duração de seu confinamento. Caso não consiga restituir a vítima imediatamente, quanto mais trabalha, mais ganha dinheiro; quanto mais ganha dinheiro, mais rápido consegue restituir a vítima e ver-se livre

Além disso, o sistema providenciaria para que o ofensor adquirisse “habilidades comercializáveis” (*marketable skills*) (BARNETT, 1977, p. 294), através da adoção de uma postura ativa durante o confinamento. É dizer, o ofensor seria novamente posto no mercado de trabalho, como mão de obra útil, apta a ser assimilada pela demanda industrial graças as habilidades aprendidas durante o procedimento de restituição em regime de confinamento.

Tal como em Eglash (1977), mas de forma mais clara, prática e estratégica, Barnett (1977) preenche sua teoria da restituição com uma densa carga moral, composta por elementos específicos de uma sociedade capitalista industrial, sendo essa a tônica da mudança individual: a noção moral de bom-comportamento (contrária à noção do crime como mau-comportamento) se liga estreitamente, na teoria, aos valores do “trabalho duro” (*hard work*), da meritocracia - ou da recompensa financeira (*reward for good behavior*), verdadeira

inversão de sinal (mas não a repulsa) da meritocracia retributiva (ao invés de merecer punição, o ofensor merece recompensa).

Com efeito, escreve o autor, sobre as duas vantagens de seu sistema de restituição pura:

Esta é uma sentença genuinamente "autodeterminativa". O trabalhador saberia que a duração de seu confinamento estaria em suas próprias mãos. Quanto mais ele trabalhasse, mais rápido ele faria a restituição. Ele seria o mestre de seu destino e teria que enfrentar essa responsabilidade. Isso incentivaria a atividade útil e produtiva e inculcaria uma concepção de recompensa pelo bom comportamento e pelo trabalho árduo. Compare isso com o atual sistema probatório e de "sentença indeterminada", em que a decisão de liberação é feita pela burocracia prisional, baseada apenas (se administrada de forma justa) em "bom comportamento"; isto é, aquiescência passiva à disciplina prisional. Além disso, o fato de o trabalhador estar adquirindo habilidades comercializáveis, em vez de métodos mais habilidosos de crime, deve ajudar a reduzir a taxa chocante de reincidência²⁰¹ (BARNETT, 1977, p. 294, tradução nossa).

Note-se como o sistema de restituição de Barnett é profundamente influenciado pelo pensamento político e econômico liberal, que pressupõe, nas entrelinhas, uma economia forte, capaz de fornecer a todo tempo uma condição de pleno emprego. Por esta razão, o sistema de Barnett, na origem, seria de difícil implementação em países subdesenvolvidos como o Brasil.

Interessante notar que o pensamento de Barnett (1977) toma forma justamente no período de decadência do Estado de Bem-estar Social nos EUA e das ideias keynesianas que o sustentava (inclusive a de pleno emprego). É também no momento da crise do petróleo e de seu sério impacto na economia mundial que Barnett escreve, período em que o desemprego estrutural e as ideias neoliberais já eram uma realidade (HARVEY, 2008, p. 31).

Mais uma vez as aproximações com a etiologia são múltiplas: a personalidade do ofensor é o critério para as soluções no interior do procedimento. O confinamento, próprio da racionalidade penal retributiva, ainda persiste como opção. A indeterminabilidade do tempo de confinamento não é questionado, embora o critério para essa indeterminação o seja. Destaque-se que segundo a proposta positivista, a proporcionalidade da pena era um entrave.

²⁰¹ “This is a genuinely ‘self-determinative’ sentence. The worker would know that the length of his confinement was in his own hands. The harder he worked, the faster he would make restitution. He would be the master of his fate and would have to face that responsibility. This would encourage useful, productive activity and instill a conception of reward for good behavior and hard work. Compare this with the current probationary system and ‘indeterminate sentencing’ where the decision for release is made by the prison bureaucracy, based only (if fairly administered) on ‘good behavior’; that is, passive acquiescence to prison discipline. Also, the fact that the worker would be acquiring marketable skills rather than more skillful methods of crime should help to reduce the shocking rate of recidivism”, no original.

A pena deveria durar indefinidamente, até que o criminoso, tal como um doente, desse evidência de estar curado (GAROFALO, 1893, p. 285).

Aqui, nitidamente a periculosidade do criminoso dá lugar, eufemisticamente, à confiabilidade do ofensor, ou ainda, ao potencial do ofensor de demonstrar vinculação aos valores da sociedade capitalista. Se na proposta positivista do tratamento, a recuperação do criminoso seria determinada pelo sistema de justiça penal, através da atuação de profissionais da psicologia e da medicina, na teoria restitutiva de Eglash (1977), é o corpo do empresariado que administra o complexo industrial que avalia o ofensor tomando por critério sua produtividade, o gosto pelo “trabalho duro”, ou seja, a utilidade econômica demonstrada.

Observem-se as semelhanças entre o sistema de Barnett (1977), pensado no final do século XX, segundo ele adequado ao tratamento dos crimes contra o patrimônio, e o que o escreve Garofalo (1893), no final do século XIX, sobre a “espécie dos ladrões”, tipo do gênero dos “delinquentes habituaes”:

Um grande numero de ladrões noviços caíram no crime por ociosidade e absoluta ignorancia, por abandono, por tendencia á vagabundagem. N’estes casos, qualquer que seja a natureza do furto, deveria sempre fazer-se uma experiencia, consistindo em colocar o réu em *companhias de trabalho*, em logares isolados onde houvesse estabelecimentos industriaes e obras publicas, com um salario não inferior ao dos operarios livres, mas do qual se deduziria o preciso para satisfazer a multa, ao Estado e a indemnidade do offendido. O condenado não teria direito à sustentação gratuita [...] mas seria forçado a ganha-la trabalhando. Além d’isso, não seria predeterminada a duração da pena, mas estabelecida pelo facto de ter o ocioso adquirido realmente o habito do trabalho (GAROFALO, 1893, p. 479).

Nesse ponto, o projeto de Barnett (1977) resgata o projeto disciplinar denunciado por Foucault (2002) de controle e produção de uma determinada subjetividade dócil, mas dessa vez, sem o uso da coerção do movimento, da disciplina minuciosa do corpo, mas de maneira mais sutil, como se pela inspiração do ofensor, pleiteia uma automudança guiada pelo tratamento respeitoso.

A mudança e a vinculação aos valores e normas se opera, na teoria de Barnett (1977) através da realização do conceito de responsabilidade ativa, um esforço por parte do ofensor para conformar-se com um conjunto normativo (moral e jurídico) compartilhado na sociedade geral e estimulado pelo procedimento restitutivo.

Na teoria da Justiça Restaurativa de Howard Zehr (2008; 2012), por sua vez, alguns elementos do paradigma etiológico aparecem dados, presumidos ou não controvertidos, tal como ocorre nas teorias anteriores de Eglash (1977) e Barnett (1977). Ideias fortes como a da natureza ontológica do desvio e a necessidade de transformação do ofensor aparecem subjacentes em seu pensamento. Por outro lado, ideias opostas à racionalidade etiológica também se fazem presentes em sua teoria, de tal maneira que uma suposta recondução definitiva da Justiça Restaurativa de Zehr ao paradigma etiológico não pode ser afirmada.

Devido a uma falta de sistematicidade característica da obra de Zehr, traços etiológicos, como os apontados por Sá (2007), convivem com argumentos distintos, de matrizes criminológicas pouco definidas. A despreocupação metodológica típica da obra desse autor impede que se façam afirmações categóricas ou generalizantes sobre a sua acomodação integral na base etiológica, mas autoriza apontar algumas aberturas pontuais da teoria para elementos desse paradigma.

Zehr (2008), embora desenhe uma história da justiça ocidental em “Trocando as lentes” (ZEHR, 2008, p. 93), não controverte, neste ponto, a noção de delito natural. Ao invés de contemplar nessa abordagem historicista as transformações do pensamento criminológico, limita-se a demonstrar como a posição de vítima do crime é reivindicada por diferentes titulares ao longo dos séculos: a ideia de conflito interpessoal que afeta um indivíduo determinado ou um grupo de pessoas (a família, a comunidade) aos poucos perde espaço para a ideia de violação da ordem divina. Entre os séculos XI e XII, com o Direito Canônico, o crime passa a ser a ofensa à ordem moral e à autoridade religiosa que a guardava (ZEHR, 2008, p. 107). Finalmente entre os XVIII e XIX, o Estado toma para si, em definitivo, o lugar da vítima originária. De todo modo, o delito, de acordo com a argumentação de Zehr, não perde sua essência de mal cometido, alterando-se o alvo contra o que ou contra quem ele recai (2008, p. 95).

Ao invés de negar a ontologia do delito, Zehr prefere mudar a forma como é definido: Se de acordo com a epistemologia retributiva, o crime compreende a violação da lei, segundo a lente do paradigma restaurativo, o crime (que ainda persiste, inclusive na linguagem) é definido “pelo dano à pessoa e ao relacionamento” (ZEHR, 2008, p. 174).

Zehr tem consciência da importância da limpeza gramatical proposta pela criminologia abolicionista de Hulsman. O autor chega a considerar o uso do termo “situações problemáticas”, para logo em seguida descartá-lo: “na linguagem corrente, é muito difícil

imaginar como substituiríamos a palavra crime por situações problemáticas! Seria bom ter um termo alternativo, mas por enquanto não encontrei um substituto aceitável” (ZEHR, 2008, p. 173).

Mais preocupado em dar atenção às necessidades reais das pessoas envolvidas no conflito, Zehr reduz o foco do delito, interpretando-o como um vínculo “geralmente hostil” entre ofensor e vítima, uma “violação de relacionamentos”, um “agravo à vítima”, mas também ao ofensor (ZEHR, 2008, p. 171).

Se por um lado, Zehr pressupõe o delito, do ponto de vista ético, como um mal em si, e do ponto de vista de seu alcance, como um vínculo interpessoal (hostil), o autor também o compreende como uma oportunidade de crescimento pessoal (do ponto de vista ético) e como um fenômeno holístico, que envolve um contexto social amplo (do ponto de vista do alcance): “sem dúvida, ele [o conflito] está ligado a outros prejuízos e conflitos sociais. Se abordadas adequadamente, muitas dessas situações conflituosas poderiam ser oportunidades de aprendizado e crescimento” (ZEHR, 2008, p. 172).

Zehr (1985; 2008; 2012) retorna ao contexto de criação do termo “Justiça Restaurativa” e de lá importa para sua teoria muitos aspectos religiosos cristãos²⁰² (DALY, 2013, p. 8). Essa adaptação de elementos religiosos por vezes implica na visão do ofensor como um sujeito que deve redimir-se e que tem a responsabilidade de alterar sua conduta, conformando-a a um conjunto de normas predefinidas. Ideias cristãs como as da salvação, que depende de uma aceitação da verdade bíblica e do comportamento conforme as normas divinas, estão claramente embutidas no conceito bíblico de *Shalom*.

Essa herança Zehr (2008) resgata do paradigma bíblico a que faz referência em “Trocando as Lentes”: a ação criminosa é uma escolha, mas reconhece-se o poder do mal como influência (ZEHR, 2008, p. 144). É dizer, o mal pode influenciar na má-escolha, mas esta existe por si só. O delito, para Zehr (2008), quando se vale de concepções ético-cristãs, tende a existir ontologicamente como um mal, embora essa concepção não determine a conduta do sujeito.

²⁰² A respeito da influência cristã e do reflexo dessa influência na obra de Zehr, escreve Daily: “Comparado a Barnett, que se baseia principalmente na autoridade legal, Zehr se baseia na história religiosa e nos ideais judaico-cristãos. Seu trabalho com o Projeto de Reconciliação entre Vítimas e Delinquentes, um programa baseado na religião Menonita que facilitou as reuniões entre vítimas e infratores presos, informa muito de seu pensamento sobre a justiça restaurativa” (DALY, 2013, p. 8) “*Compared to Barnett, who draws mainly from legal authority, Zehr draws from religious history and Judeo-Christian ideals. His work with the Victim-Offender Reconciliation Project, a Mennonite-based program that facilitated meetings between victims and imprisoned offenders, informs much of his thinking on restorative justice*”, no original.

Nesse ponto, mais uma vez a balança parece pesar para o lado do livre-arbítrio. Sem preocupar-se com o papel da responsabilidade passiva no interior da Justiça Restaurativa, o foco da teoria de Zehr, quando tem em mente o tema da responsabilidade, se dirige ao presente e ao futuro, naquilo que o ofensor pode fazer para consertar as coisas e naquilo que pode fazer para aprimorar seu modo de vida.

Inevitavelmente a adaptação e a fundamentação da Justiça Restaurativa, proposta a partir de temas religiosos-cristãos, implicam, mesmo que eventualmente, na aproximação da teoria restaurativa a teorias de tipo etiológico, centradas na personalidade do criminoso. Em particular, a noção de “verdadeira responsabilidade” abre a teoria para fundamentações do tipo causalista.

Por outro lado, Zehr (2008), mesmo sob a ótica do paradigma bíblico, faz o pêndulo de sua argumentação mover-se para uma direção oposta a do conflito meramente interpessoal e da responsabilidade única do ofensor pelo fato delitivo e por sua vítima. O autor admite que o contexto social do crime deve ser levado em consideração, afinal, “não se pode separar os atos criminosos ou seus atores da situação social por trás deles. As leis injustas de qualquer tipo devem ser questionadas” (ZEHR, 2008, p. 145).

Mesmo a presunção do crime como uma entidade ontológica perde força em outras passagens da obra de Zehr (2008):

O paradigma bíblico nos obriga a ver a injustiça de modo holístico, sem divisões artificiais entre crimes e outras injustiças. É preciso ter diante dos olhos todo o contínuo dos danos. Os crimes se mesclam com outros males e conflitos que em geral colocamos no âmbito do direito civil. Mas tais injustiças se juntam às injustiças do poder e da riqueza. Usando a linguagem do Antigo Testamento, os profetas nos lembram que a injustiça estrutural é um pecado, que por sua vez gera mais injustiças (ZEHR, 2008, p. 175)

Com efeito, a responsabilidade restaurativa significa, do ponto de vista do ofensor, compreender os custos humanos dos seus atos, participar da solução do problema e efetivamente corrigir a situação. Zehr (2012) é explícito quando afirma que “para endireitar as coisas é preciso cuidar dos danos, mas também é preciso abordar as causas do crime” (ZEHR, 2012, p. 41). Em termos práticos, o plano restaurativo, além de concentrar-se no atendimento das necessidades reais da vítima, “deve também contemplar medidas necessárias para modificar o comportamento do ofensor” (ZEHR, 2012, p. 41).

Utilizando-se de raciocínios do tipo causalista, Zehr (2012) chega a afirmar que as causas do comportamento delitivo seriam os traumas sofridos pelos ofensores. A partir de uma abordagem de viés médico-psicológico, também presente em Eglash (1977), para esses traumas caberia compreender que toda violência seria um “esforço para se conseguir justiça ou desfazer uma injustiça”. O ato criminoso, em verdade, se sublima como resposta a uma sensação de vitimização (ZEHR, 2012, p. 41-43).

Em “Trocando as lentes” esse mesmo raciocínio aparece, atrelado à exposição de características pessoais do agente que denunciam um estado de carência individual, uma inaptidão para a vida social, e que por consequência, demanda um aprimoramento também ao nível pessoal:

Muitos ofensores foram vítimas de abusos na infância e carecem das habilidades e formação que possibilitariam um emprego e uma vida significativa. Muitos buscam validação e empoderamento. Para eles o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa. Em parte, prejudicam os outros porque foram prejudicados (ZEHR, 2008, p. 171).

Longe de se reduzir a uma generalização etiológico-positivista, e muito distante de advogar uma resposta padrão baseada no tratamento médico-psiquiátrico para o comportamento desviante de delinquentes naturais, Zehr (2008) admite ser possível algum tratamento em situações excepcionais (como nos casos de estupro ou abuso de crianças e adolescentes) em que se verificasse, no caso concreto, essa necessidade tanto na vítima quanto no ofensor.

Se as causas de muitos delitos são traumas psicológicos, a punição oferecida pela Justiça Retributiva as multiplica. De qualquer sorte, Zehr não dispensa o conceito de responsabilidade pessoal, diante de eventual origem patológica da conduta ofensiva. Ao contrário, “embora a realidade traumática não possa ser usada como desculpa para o crime, ela deve ser compreendida e tratada” (2012, p. 43). Ainda que sejam vítimas de traumas, os ofensores devem ser estimulados a superar a sensação de vitimização e assumir responsabilidades.

As noções subjacentes de crime como um mal e a da necessidade de transformação do ofensor insistem em aparecer, ainda que assistematicamente, na teoria restaurativa de Zehr (2008; 2012). Com frequência supõem uma concepção de responsabilidade ativa, do mesmo

modo como em Eglash (1977) e em Barnett (1977). Em comum, as três teorias concebem o esforço ativo do ofensor como meio para à resolução do conflito, à reparação do dano e a sua conversão pessoal.

Como foi dito, a admissão teórica do conceito bíblico de *Shalom*, além de pender para a responsabilidade do ofensor perante a situação-problema e a vítima, tende a pressupor o crime como uma perturbação natural. *Shalom*, nesse sentido, é um princípio moral, de retas relações, que compreende viver sem lesar o outro ou de consertar os erros para viver em equilíbrio (ZEHR, 2012, p. 31-32). Como tal, *Shalom* pressupõe o crime como um ato que desequilibra a relação entre o ofensor e a vítima e entre ele e a ordem superior, aproximando, nesse particular, a Justiça Restaurativa da fundamentação etiológica.

Outras assertivas em Zehr reforçam essa aproximação, ao presumir a noção de delito natural, que existe como um mal por si só. Para o autor, por exemplo, o crime é uma “tentativa desastrosa de auto-afirmação” ou de “afirmação de poder” (ZEHR, 2008, p. 52); é um “mal cometido”, que deve ser reconhecido (ZEHR, 2012, p. 56, 78). A prática restaurativa assim, atua sobre o ofensor oferecendo-lhe uma “experiência de transformação pessoal” (ZEHR, 2012, p. 28), junto com a “cura dos males” que contribuíram para o comportamento, e a oportunidade de “aprimoramento de competências pessoais”. É inclusive papel do facilitador, promover esses resultados, na tarefa de resolver qualquer tipo de comportamento “socialmente nocivo” (ZEHR, 2012, p. 56); afinal, a Justiça Restaurativa tem potencial para ajudar o ofensor “a transformar sua vida” (ZEHR, 2012, p. 72).

Em outras passagens, destaca-se a necessidade de conversão do ofensor atrelada a ideia de vinculação do sujeito a um padrão de comportamento bastante definido, e socialmente aceito por estar conforme aos valores e normas do *status quo*. Aqui, subliminarmente as causas de um suposto mal intrínseco se situam ou se manifestam no ofensor. Este é presumido como alguém que é ou que age de forma desviante, e que por isso deve ser trazido ao caminho da retidão: a Justiça Restaurativa deve oferecer apoio para que o ofensor assuma a responsabilidade e “mude seu comportamento” (ZEHR, 2012, p. 58); deve tratar dos males que levaram os ofensores “a se tornar quem são” (ZEHR, 2012, p. 16). O ofensor deve “mudar padrões de comportamento” (ZEHR, 2012, p. 16); deve mudar de forma a “contribuir com a comunidade” (ZEHR, 2012, p. 27); o ofensor causou um mal e deve algo à vítima, portanto, deve assumir responsabilidades, corrigir os males e tratar as causas de seu comportamento (ZEHR, 2012, p. 72).

Entretanto, Zehr não perde de vista os valores da diversidade e do respeito, que de algum modo, mitigam o peso da vinculação moral do ofensor a um suposto consenso ético-cristão. Para o autor, o valor restaurativo da diversidade corresponde ao “apreço pela particularidade de cada um”. Ainda que as pessoas estejam socialmente interligadas, a individualidade e o valor de cada pessoa devem ser levados em conta, assim como seu contexto específico e sua cultura devem ser tratadas com consideração e seriedade (ZEHR, 2012, p. 47).

Ao mesmo tempo, a compreensão da responsabilidade compartilhada também é algo destacado na obra de Zehr (2012). Paralelamente à responsabilidade pessoal do ofensor, no sentido de consertar as coisas para o futuro, há na teoria restaurativa de Zehr uma preocupação quanto a consensualidade da decisão (que pressupõe o compartilhamento da responsabilidade sobre ela), bem como quanto à responsabilidade da comunidade. Para Zehr, a comunidade “é responsável pelo bem-estar de seus membros e pelas condições de relacionamentos sociais que levem ao crime ou à paz”, assim como tem a responsabilidade de “apoiar os esforços para reintegrar ofensores”, de “envolver-se ativamente na definição das obrigações do ofensor e de garantir que o ofensor tenha a oportunidade de corrigir seu erro” (ZEHR, 2012, p. 79).

Contudo, a aproximação do pensamento etiológico-positivista com a teoria de Zehr volta a sobressair quando o autor, revisando um entendimento seu, exposto nos escritos iniciais dos anos 80, sustenta que a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva não são exatamente paradigmas rivais, ou melhor, não se situam em posições completamente contraditórias. Pelo contrário, dividem a “intuição ética básica” de que existe um comportamento nocivo que “desequilibra a balança”. A diferença entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva não repousa sobre a natureza ontológica do crime, mas sobre a resposta dada a ele, “a moeda” com que se paga o delito, a maneira como a balança é reequilibrada (ZEHR, 2012, p. 71-72).

Zehr (2012) não nega a utilidade da prisão. Muito embora assuma uma postura idêntica a de Christie, com seu abolicionismo moderado, ao admitir excepcionalmente a prisão de ofensores cuja periculosidade é patente e em caso de ofensas hediondas que requeiram “respostas especiais” (ZEHR, 2008, p. 170), Zehr abre a porta da Justiça Restaurativa para contradições no campo de sua base criminológica.

Mesmo afirmando que a ofensa é compreendida em um contexto total, ético, social, econômico e político, Zehr (2008) foca sua teoria na dimensão interpessoal do delito. É dizer, o crime se expressa e deve ser compreendido, sobretudo, como uma relação conflituosa entre pessoas (ZEHR, 2008, p. 175).

De maneira geral, a admissão das noções subjacentes de delito natural e da busca das causas do delito no comportamento do ofensor, nas teorias restaurativas de Eglash (1977), Barnett (1977) e com menos força na de Zehr (2008; 2012), ainda que assistemática e eventual, põe em risco, ao menos no nível da teoria, o acesso de temas mais amplos como os que envolvem os delitos do tipo patrimonial, na discussão sobre a solução do conflito, condição essa dramatizada pelo esforço na demonstração de que o delito é, antes de tudo, um “vínculo hostil” entre vítima e ofensor.

O problema da possível aproximação das teorias restaurativas de elementos do paradigma etiológico positivista do século XIX repousa no fato de que estes se revelam improváveis quando confrontadas com as perspectivas interacionista e da criminológica crítica do final dos anos 60 do século XX. Em comum, demonstram essas teorias como o crime é resultado de uma definição político-jurídica, incompatível com qualquer qualificativo moral. Sobre o tema, escreve Alessandro Baratta:

A reivindicação da criminologia tradicional de elaborar uma teoria das condições (ou causas) da criminalidade não é justificada do ponto de vista epistemológico. Uma busca pelas causas não é possível em relação a objetos que são definidos através de padrões, convenções ou avaliações sociais ou institucionais. Aplicando-se a objetos desse tipo, o método do conhecimento causal-naturalista produz uma "reificação" dos resultados dessas definições normativas: tais objetos são considerados "coisas" existentes independentemente das definições. A "criminalidade", os "criminosos", são indubitavelmente objetos desse tipo. Não são possíveis sem a intervenção de processos institucionais e sociais, sem a aplicação de leis penais pelos órgãos oficiais e, finalmente, sem definições e reações não institucionais²⁰³ (BARATTA, 1989, p. 16).

²⁰³ “La pretensión de la criminología tradicional de elaborar una teoría de las condiciones (o causas) de la criminalidad no está justificada desde el punto de vista epistemológico. Una búsqueda de las causas no es posible con respecto a objetos que son definidos a través de normas, convenciones o valoraciones sociales o institucionales. Aplicar a objetos de este tipo el método de conocimiento causal-naturalista produce una ‘cosificación’ de los resultados de estas definiciones normativas: tales objetos son considerados como ‘cosas’ existentes independientemente de las definiciones. La ‘criminalidad’, los ‘criminales’, son sin duda alguna objetos de este tipo. Ellos no son posibles sin la intervención de procesos institucionales y sociales, sin la aplicación de las leyes penales por parte de las instancias oficiales y, en fin, sin las definiciones y las reacciones institucionales”, no original.

Ao descer à escala micrológica do conflito intersubjetivo, e ao tender a responsabilizar ativamente o ofensor (com todas as suas pressuposições causalistas), a teoria restaurativa passa a correr o risco de cortar as ligações contextuais entre o fato definido como crime e a estrutura real de onde deriva. A abordagem restaurativa, ao tender à limitação do delito à esfera do conflito individual, arranjado sob o formato vítima/ofensor, se permite operar uma espécie de despolitização da matéria criminal, tendência essa que é observada contemporaneamente no campo da Justiça Retributiva.

A crítica comum que tem recaído sobre os efeitos despolitizantes²⁰⁴ do processo penal converge justamente para a atomização de determinados fenômenos cujas raízes remontam ao contexto sociológico geral. Se o conceito de responsabilidade penal atua nesse sentido, na órbita da Justiça Retributiva, o de responsabilidade ativa parece funcionar nesse mesmo sentido, uma vez que escamoteia a face macrológica do delito.

Note-se o que escreve a professora Vera Regina Andrade sobre o tema, no campo do processo penal, mas que poderia enquadrar-se como uma crítica ao conceito de responsabilidade das teorias restaurativas examinadas, quando estas abrem espaço para elementos da etiologia positivista:

Pois bem, os conceitos de sujeito e responsabilidade são conceitos-chaves para a compreensão de como o sistema penal constrói (legal, dogmática e ideologicamente) o conceito e o universo da criminalidade. Considerando os indivíduos numa visão atomizada, isto é, como variáveis independentes e não dependentes das situações, e a responsabilidade penal, por via de consequência, como responsabilidade individual, baseada no livre-arbítrio, o sistema penal constrói um conceito de criminalidade ou violência criminal essencialmente vinculado à violência individual (esta concebida com potencialidade para delinquir). Desta forma, a violência de grupo e institucional são consideradas apenas em relação a ações de pessoas individuais, e não no contexto do conflito social que elas expressam. A violência estrutural e, em sua maior parte, a violência internacional, é excluída do horizonte do conceito de crime, ficando assim imunizada a relação entre a criminalidade e estas formas de violência. Daí resulta que os sujeitos e os comportamentos a controlar são "os criminosos" e os "crimes"; as técnicas de respostas são a "pena" e a "política criminal". Caracteristicamente, portanto, o controle penal: a) intervém sobre os efeitos e não sobre os condicionamentos da violência criminal; ou seja, sobre os comportamentos expressivos dos conflitos, e não sobre os próprios conflitos; b) intervém sobre pessoas, e não sobre situações e c) intervém reativa, e não preventivamente; ou seja, reprime os conflitos ao invés de preveni-los e

²⁰⁴ Sobre o fenômeno da despolitização das questões sociais no Brasil, ver o artigo de Mônica Santos Barison, "A judicialização e a despolitização da questão social: duas faces de uma mesma moeda". Neste, a autora demonstra de que maneira a judicialização tem significado, no Brasil, a captura do Estado dos movimentos sociais, o esvaziamento do viés de classe e a conversão da questão social, por meio do processo, em problemas de ordem privada (BARISON, 2014, p. 29).

interferindo após a sua consumação não pode impedi-los, muito menos solucioná-los. Daí resulta a descontextualização e despolitização dos conflitos nesta ótica construídos (ANDRADE, 2003, p. 128).

Note-se como o efeito despolitizante do processo penal parece repercutir também na esfera da Justiça Restaurativa. No âmbito do processo penal, a limitação da decisão judicial às provas dos autos e sua condição de obrigatória referência à lei, impede que questões sociais amplas, externas às ditas fontes do Direito, sejam consideradas. A categoria da “responsabilidade penal” direciona a racionalidade do processo para a busca da causa do crime na figura do criminoso. Pelo processo, em que pese seja provida uma resposta jurídica de alcance meramente individual, no nível sociológico os conflitos permanecem efetivamente não resolvidos²⁰⁵.

Essa tendência, em tese, se replica no âmbito da Justiça Restaurativa, principalmente em seus primeiros escritos, onde elementos etiológicos convergem o foco dessas teorias sobre a busca das causas do conflito na figura do ofensor e dentro das fronteiras limitadas do caso interpessoal.

A propósito, Juliana Benedetti é categórica ao afirmar que a Justiça Restaurativa, atuando como uma terceira via entre posições liberais e conservadoras, pode revelar-se como um mecanismo de despolitização (BENEDETTI, 2006, p. 512-513). Em verdade, assim como se observou em Eglash (1977) e em Barnett (1977), e frise-se, com menos evidência em Zehr, faz-se presumir a existência de uma ordem de normalidade, abalada pelo crime, uma espécie de consenso social geral em torno de valores e normas, que serve como critério para a avaliação das condutas individuais.

É essa presunção de consenso que faz Benedetti sustentar a incompatibilidade entre o paradigma da reação social e a teoria da Justiça Restaurativa, na medida em que esta renega a estrutura social como um elemento de sua composição para “lograr atingir o indivíduo” como causa do desvio: se o problema não se situa ao nível das estruturas sociais, em suas regras e valores, então só pode situar-se na pessoa do ofensor (BENEDETTI, 2006, p. 510-511).

²⁰⁵ Escreve Mônica Barison: “[...] transferir para o âmbito do Judiciário o enfrentamento da questão social é acionar mecanismos conservadores na medida em que desconsidera os conflitos de classes que elas expressam, visto que passam a ser compreendidas como problemas individuais e não como manifestações das relações sociais inscritas na coletividade” (BARISON, 2014, p. 27).

Se assim se pode afirmar, com base em todos os argumentos levantados, a hipótese de Alvino de Sá (2007) se encontra confirmada, mas, só e somente só, se contextualizada dentro de limites bastante restritos. Explica-se: não há como sustentar-se a acomodação precisa das bases conceituais da Justiça Restaurativa no interior do paradigma etiológico. Primeiro, porque não existe uma teoria geral da Justiça Restaurativa - o que há são diversas teorias que se constituem de premissas e conceitos não necessariamente correspondentes. Segundo, porque em algumas teorias, como a de Zehr (2008; 2012), embora se vislumbrem alguns traços causalistas, uma análise geral da obra não autoriza uma definição exata de sua base criminológica.

De fato, as teorias de Justiça Restaurativa de Eglsah (1977) e de Barnett (1977), com mais clareza, e eventualmente a teoria de Zehr (2008; 2012), apresentam em suas camadas subjacentes, elementos essenciais ao paradigma etiológico, em sua face positivista. Essa hipótese, dizemos nós, se confirma através do exame do conceito de responsabilidade e da verificação de que essas teorias, em alguma medida, se concentram na figura do ofensor, e ao buscar transformá-lo para o futuro, buscam também nele as causas do conflito.

Ademais, apenas nesse particular é que se pode conceber uma ligação entre o positivismo criminológico e as teorias restaurativas. Essa aproximação, assim, se dá muito mais pelas consequências de uma abordagem que tende à atomização do conflito, ou seja, a sua consideração ao nível do contexto dos indivíduos envolvidos (suas atitudes pessoais, seu histórico familiar, seu entorno comunitário), do que pela assunção de premissas conceituais como as do cientificismo médico-psicológico, da figura do delinquente nato, do demente moral, das causas ambientais como gatilhos de características patológicas imanes e da assunção de uma resposta institucional baseada no tratamento manicomial ou na pena de prisão.

Através da investigação das bases criminológicas dessas teorias restaurativas, se pode sustentar ainda que estas tendem a contradizer-se em parte, quando se abrem aqui e ali à influência de um paradigma criminológico conservador e, portanto, epistemologicamente oposto. Somente a partir desse espectro epistemológico estreito é que se pode validar a hipótese de Alvino de Sá (2007).

Contudo, verticalizando ainda mais nossa investigação, podemos chegar a resultados mais sólidos quanto à relação entre a Justiça Restaurativa e o paradigma etiológico: além de traços da etiologia positivista (a busca no ofensor da causa do crime e a sua necessidade de

transformação), encontrados com mais evidência em Eglash (1977) e Barnett (1977) e com menos clareza em Zehr (2008; 2012), se podem ainda encontrar elementos muito claros da etiologia própria das Escolas Sociológicas, conforme ensina Shecaira (2018). A comprovação dessa hipótese, caso venha a ocorrer, nos colocará para além da hipótese de Alvino de Sá (2007) e, em parte, em contraposição ao que entende Benedetti (2006), quando a autora afirma, sem exceções, que a Justiça Restaurativa, ao presumir o consenso, busca tão-somente no indivíduo a causa do delito.

Sem a intenção de explanar com detalhes sobre as Escolas Sociológicas da criminologia, pode-se dizer que a Escola de Chicago (de Clifford Shaw e sua obra “*Jack Roller*”, de 1930), a teoria da associação diferencial (de Edwin Sutherland, “*El delito del cuello blanco*”, de 1949), a teoria da anomia (de Durkheim e Merton, “*Social Theory and social structure*”, de 1968), e a teoria das subculturas delinquentes (de Albert Cohen, “*Delinquent boys*”, de 1955) compõem esse quadro. Em comum, essas teorias compartilham diversas premissas: toda sociedade é uma estrutura de elementos bem integrada, relativamente persistente e estável; todo elemento em uma sociedade tem uma função que contribui para sua manutenção como sistema; toda estrutura social funciona a partir de um consenso, entre seus membros, sobre valores (SHECAIRA, 2018, p. 133).

De acordo com a perspectiva consensual, de índole conservadora (BARATTA, 2002, p. 120), a finalidade da sociedade é alcançada quando há um “perfeito funcionamento das instituições de forma que os indivíduos compartilham os objetivos comuns a todos os cidadãos, aceitando as regras vigentes e compartilhando as regras sociais dominantes” (SHECAIRA, 2018, p. 132). Sendo assim, o delito tem sua causa em um momento de disfunção social, ou seja, no momento em que por uma falha no sistema, este deixa de integrar as pessoas em suas finalidades e valores (SHECAIRA, 2018, p. 134). Aqui, a causa do crime deixa de repousar exclusivamente nos fatores biopsicológicos do indivíduo para recair sobre a organização social defeituosa. É nesse sentido que ambas as correntes, positivista e das Escolas Sociológicas, fazem parte do grande paradigma etiológico, centrado na investigação das causas do crime.

Também em linhas bastante gerais, muito distante de esgotar a complexidade do tema, afirmamos que as teorias do consenso se contrapõem ao que se costuma chamar em criminologia de paradigma da reação social. Segundo Juliana Benedetti (2006), esse paradigma, do qual faz parte a criminologia crítica e o abolicionismo penal, concentra um

feixe de ideias em comum, das quais as principais são: a ideia de definição do crime, da estigmatização, de conflito, da seletividade e da transformação social.

Para o paradigma da reação social, o crime não tem natureza ontológica; é uma criação humana, uma definição jurídica. O crime é um significado atribuído a determinados fatos sociais a partir da interação desigual entre aqueles que podem elaborar o conjunto de regras e aqueles a quem a elas se submetem. O crime não é uma qualidade do fato, mas uma definição social, política e jurídica que legitima, no nível superestrutural, uma infraestrutura específica, e por consequência, um determinado arranjo hierárquico político.

A estigmatização é um rótulo negativo que adere a alguém, um processo de etiquetamento sobre determinados indivíduos de classes sociais subalternas, veiculado por meio de cerimônias de degradação e rebaixamento social.

O conflito radica nas relações de produção, nos processos econômicos, ou seja, nas condições infraestruturais da sociedade (BARATTA, 2002, 139-140), para além da mera disputa política no nível da superestrutura. Qualquer consenso obtido na sociedade se dá em meio a relações hierarquizadas na origem, e não raro é consequência da imposição.

As características consideradas patológicas pela etiologia positivista ou aquelas apontadas como condição social do sujeito criminalizável, em verdade, são critérios de seletividade penal. A partir da hierarquização social dada ao nível da infraestrutura, sujeitos de classe sociais distintas são tratados desigualmente. Assim, a seletividade se manifesta pela criminalização primária (no nível da elaboração da norma), pela criminalização secundária (pela atuação das agências de repressão), e ao nível do processo (desvantagens dos réus sem recursos).

Teorias reformistas ou conservadoras são aquelas que buscam fundamentar a promoção de ajustes nas instituições sociais sem questionar a estrutura social. As teorias que compõem o paradigma da reação social, tais como a criminologia crítica, visam à transformação estrutural da sociedade.

Baratta (2002) denuncia o caráter político conservador das teorias do consenso. Para o autor, seu caráter ideológico reacionário tem conexão com o momento histórico dos Estados Unidos dos anos 50. Após a Segunda Grande Guerra, as teorias estruturais-funcionalistas tentaram afirmar no plano superestrutural um consenso a que se contrapunha a realidade de conflitualidade social, ainda reflexo do período da Grande Depressão. Introduzindo elementos

morais e emocionais de integração, em detrimento dos elementos econômicos, as Escolas Sociológicas “negavam a objetividade dos contrastes de classe e, portanto, a função do conflito e da mudança social, e exaltava o modelo teórico do equilíbrio e da integração, contribuindo, assim, para a estratégia da estabilização conservadora do sistema” (BARATTA, 2002, p. 121).

Mesmo na obra de Zehr, alguns argumentos soltos, esparsos, caminham na direção de uma ótica etiológica própria das Escolas Sociológicas: de fato, o autor afirma ser o crime um comportamento socialmente nocivo, ao mesmo tempo causa e efeito do desfazimento dos vínculos sociais (ZEHR, 2012, p. 32). Após defender a interconexão social como pressuposto da responsabilidade, sustenta que o crime é também uma “perturbação do sentido de inteireza da comunidade” (ZEHR, 2008, p. 184).

Mas é na obra de Braithwaite que a relação entre a teoria da Justiça Restaurativa e o paradigma etiológico das Escolas Sociológicas se mostra mais evidente.

Em “*Crime, shame and reintegration*”, Braithwaite, pisando com os dois pés no paradigma etiológico, sustenta a existência de um consenso social a respeito de um gênero de condutas, que, independente do tipo de sociedade, é considerado como criminoso. Para o autor, nas sociedades modernas, os crimes predatórios (*predatory crimes*) se configuram como as condutas ofensivas que se põem contra a pessoa e o patrimônio. Essas condutas são um mal em si mesmo, e por isso são motivos que autorizam o envergonhamento (*shaming*) (BRAITHWAITE, 1989, p. 15). Ao introduzir sua teoria da vergonha reintegrativa justamente pela via do consenso, Braithwaite escreve:

aqui estamos construindo uma teoria do crime predatório, no entanto, nas sociedades mais culturalmente fragmentadas, os diferentes fragmentos culturais podem geralmente concordar com isso - que quase todas as leis penais para proteger as pessoas e a propriedade dos cidadãos são justificadas, e ofensas contra elas merecem desaprovação.²⁰⁶ (BRAITHWAITE, 1989, p. 95, tradução nossa).

O crime, nesse contexto, é algo para se envergonhar. É um comportamento culpável, moralmente reprovável, atribuível ao ofensor e negativo por essência. O criminoso deve ser envergonhado a fim de que seja dissuadido a não continuar com sua carreira criminosa. A

²⁰⁶ “Here we are building a theory of predatory crime, however in the most culturally fragmented societies, the different cultural fragments can generally agree on this -that almost all criminal laws to protect the persons and property of citizens are justified, and offenses against them worthy of disapproval”, no original.

vergonha, assim, tem um papel a desempenhar na tarefa de limitação das taxas de criminalidade: quanto mais envergonhamento uma sociedade puder promover, menos crime ela terá: “as sociedades têm menores taxas de criminalidade se comunicam a vergonha sobre o crime de forma eficaz. Terão muita violência se o comportamento violento não for vergonhoso, altas taxas de estupro se o estupro for algo que os homens podem se gabar (BRAITHWAITE, 2000, p. 1, tradução nossa)”.

Cerimônias de envergonhamento são mais presentes e eficazes em sociedades com características comunitárias fortes, como as pequenas tribos na África ou a sociedade japonesa contemporânea. Sociedades capazes de gerar a vergonha reintegrativa (repreensão seguida de atos de respeito e perdão) são sociedades com baixas taxas de criminalidade e reincidência.

Para Braithwaite, o crime também é a expressão de uma má-conduta assim como Eglash (1977), Barnett (1977) e Zehr (2008; 2012). A melhor maneira de se responder ao crime então, é intervindo sobre o ofensor de forma a produzir cidadãos obedientes à lei (*law-abiding citizens*) (BRAITHWAITE, 2000, p. 4). Mais uma vez, a intenção de transformação dos sujeitos se encontra manifesta na teoria restaurativa, tal como supunha Alvino de Sá (2007).

Nesse ponto, recai diretamente a crítica de Juliana Benedetti quanto à ligação entre a etiologia e a Justiça Restaurativa. Para a autora, Braithwaite nega que o consenso seja fruto de imposição, e quando o faz, admite a ideia etiológica segundo a qual, se o problema não reside na sociedade, “na qual reina um consenso inquebrantável”, só pode ser encontrado no indivíduo. Tanto as teorias de Braithwaite quanto a de Zehr, para Benedetti, têm como “mote a construção de um modelo que consiga fazer florescer no indivíduo o ânimo espontâneo de conformidade com a lei” (BENEDETTI, 2006, p. 510).

A disciplina punitiva, típica da Justiça Retributiva, gera um envergonhamento estigmatizante. Uma vez estigmatizado, o ofensor passa a seguir uma carreira criminoso. A estigmatização, logo, gera um comportamento desafiante e de rejeição por parte do criminoso. O estigmatizado tende a rejeitar quem o rejeita, bem como os valores de quem rejeita.

Há aí um “problema de status”: se o indivíduo não encontra aceitação na sociedade geral, no seio da “moral convencional”, talvez consiga encontrá-la nas subculturas criminais. É a estigmatização que incrementa a atratividade das subculturas criminais. Se não se

encontra respeito na sociedade geral, encontra-se entre os pares da subcultura. Dessa forma, a subcultura atua neutralizando o envergonhamento (reintegrativo). O que deveria ser vergonhoso é, agora, valoroso (BRAITHWAITE, 2000, p. 6).

Como dissemos, Braithwaite também presume que o ofensor deva ser transformado, mas não em um sentido positivista manifesto, patente, nítido logo à primeira vista. Para o autor, o ofensor é naturalmente bom, embora tenha agido mal por ter sido estigmatizado. A causa do crime não está necessariamente (como dissemos, no primeiro plano) localizada em uma carência ou defeito da personalidade do indivíduo, mas na sociedade que exerce seu controle através de uma vergonha estigmatizante.

Em um nível mais profundo, a causa do crime está na desorganização social, motivo pelo qual, tanto a sociedade quanto o ofensor devem transformar-se, tomando como critério da mudança uma certa moral convencional, em larga medida influenciada por temas religiosos cristãos, assim como em Zehr.

Para a maior parte dos cidadãos respeitáveis, explica o autor, se deixa de cometer um crime não porque a pena recrudesce e a população, através de um cálculo de interesses, sente dissuadida, mas porque cometer o crime é desde cedo ensinado – transmitido com base em um consenso moral coletivo - como algo vergonhoso.

Você se absteve de assassinar aquela pessoa difícil não porque você considerou essa opção e então concluiu que os riscos superavam os benefícios de tirar a pessoa do caminho. É mais provável que você tenha se abtido de assassiná-la porque era simplesmente impensável para você; foi bem fora da sua agenda deliberativa. Minha teoria é que é a exposição no início de nossas vidas à ideia da vergonha do assassinato que o coloca fora da agenda deliberativa dos cidadãos responsáveis. É por isso que não faz diferença para a maioria das pessoas se a punição por assassinato é a cadeira elétrica ou a prisão²⁰⁷ (BRAITHWAITE, 2000, p. 5)

Para Benedetti, neste ponto da teoria, extrai-se a pressuposição da ontologia do delito e do delinquente, marcas registradas do paradigma etiológico. Segundo a autora, quando Braithwaite faz retroceder o crime a um ato bruto, vergonhoso, inevitavelmente o faz também retroceder ao indivíduo: “o comum em todos os atos definidos como desviados é o fato de que

²⁰⁷ “You refrained from murdering that difficult person not because you considered that option and then concluded that the risks outweighed the benefits from getting the person out of the way. More likely you refrained from murder because it was simply unthinkable to you; it was right off your deliberative agenda. My theory is that it is exposure early in our lives to the idea of the shamefulness of murder that puts it off the deliberative agenda of responsible citizens. This is why it makes no difference to most people whether the punishment for murder is the electric chair or prison”, no original.

os desviantes sabem de que se cuida de um desvio – independentemente da reação social concreta, o criminoso sabe que o ato que pratica é definido como crime e, uma vez exposto a público, será tratado como tal” (BENEDETTI, 2006, p. 510).

Diferente das teorias de Eglash (1977), Barnett (1977) e Zehr (2008; 2012), que passam ao lado de enfrentar abertamente qualquer tema da criminologia, mesmo no caso desse último, que ainda traça uma história dos sistemas de justiça, mas não uma história do pensamento criminológico, a teoria restaurativa de Braithwaite ocupa uma posição definida no campo da criminologia.

Enquanto o aporte etiológico positivista aparece nas teorias de Eglash, Barnett e Zehr - quiçá de modo inconsciente, muito mais como reflexo da incoerência no pensamento ou da despreocupação com o método científico – na teoria de Braithwaite há uma escolha e uma atenção consciente sobre a fundamentação criminológica da Justiça Restaurativa. Braithwaite fixa sua Justiça Restaurativa no terreno do paradigma etiológico das Escolas Sociológicas quando integra sua teoria às teorias do consenso: ao lado das teorias da subcultura criminal, da anomia, da associação diferencial, perfilha a teoria interacionista do *labeling approach*.

Quanto a um possível estranhamento dessa combinação entre as teorias das Escolas Sociológicas e a teoria da rotulação, Baratta explica sobre a relação de complementaridade entre ambas. Para esse autor, o *labeling*, de fato, põe em dúvida os fins do sistema penal, sobretudo a prevenção e a ressocialização quando revela que o sistema penal, na verdade estigmatiza, rotula o indivíduo como criminoso. Porém, não constitui uma negação do paradigma etiológico, mas um complemento seu, posto que a causa do crime, ou do comportamento mau, nocivo, desviado, é a estigmatização, ou no nível mais amplo, a desorganização social (BARATTA, 2002, p. 90).

Quanto à teoria da subcultura, a teoria da Justiça Restaurativa importa a ideia de moral convencional como um consenso de valores: quando as pessoas possuem vínculos fortes com os agentes dessa moral (como os pais, por exemplo), as chances delas negarem as regras sociais são reduzidas (BRAITHWAITE, 2000, p. 7). Essa moral convencional é cultivada em comunidades fortes, onde existem redes de prevenção que bloqueiam o processo de formação de subculturas (BRAITHWAITE, 2000, p. 10).

De uma interpretação bastante *sui generis* da teoria do *labeling*, Braithwaite extrai a noção de rotulação positiva, ou de rotulação respeitosa. Tal tipo de etiquetamento é capaz de

reduzir as taxas de crime. Focando-se na maldade do ato e não na pessoa (que é boa por natureza), a Justiça Restaurativa opera a “*reintegrative shaming*”, com a desaprovação do ato seguida de cerimônias de perdão e desculpa (BRAITHWAITE, 2000, p. 7). A rotulação respeitosa é justamente o resultado da vergonha reintegrativa.

O conceito de vergonha reintegrativa se liga com a teoria da associação diferencial na medida em que aquela promove um processo chave de comunicação de definições desfavoráveis ao crime, impedindo de surgir uma subcultura desviada (BRAITHWAITE, 2000, p. 7). A intenção de Braithwaite, em particular, é a de criar uma teoria que se aplique a qualquer tipo de crime predatório, tanto cometido por pobres quanto por ricos. Escreve o autor: “Tanto para os crimes dos poderosos como para os crimes dos impotentes, a estigmatização é relevante para a formação e atração de subculturas criminosas. E a reintegração da vergonha é vital para o controle de ambos os tipos de crime²⁰⁸” (BRAITHWAITE, 2000, p. 9, tradução nossa).

A Justiça Restaurativa se liga à teoria da anomia quando seu autor concebe situações como o desemprego, a pobreza ou a falta de educação como obstáculos para as oportunidades legítimas de sobrevivência. Tais fenômenos disfuncionais cortam os laços de interdependência social. Pessoas sem vínculos (totalmente independentes do ponto de vista moral) não podem ser alcançados pela rede informal de envergonhamento. Famílias destruídas pelo desemprego perdem seu potencial de moralização. Sem os pais para atribuir vergonha reintegrativa, os filhos tendem a “cair nas garras” das subculturas (BRAITHWAITE, 2000, p. 8):

Condições de estigmatização generalizada e desemprego são criadouros para subculturas criminosas que oferecem soluções para aqueles que têm problemas de status como resultado dessas aflições. Eles também oferecem oportunidades ilegítimas práticas - formas de ganhar a vida vendendo drogas, por exemplo²⁰⁹. (BRAITHWAITE, 2000, p. 8).

Sem margem para dúvida, a teoria da Justiça Restaurativa, na perspectiva de Braithwaite, não só se constitui de elementos essenciais do paradigma etiológico como

²⁰⁸ “For both the crimes of the powerful and the crimes of the powerless, stigmatization is relevant to formation of and attraction to criminal subcultures. And reintegrative shaming is vital to the control of both types of crime”, no original.

²⁰⁹ “Conditions of widespread stigmatization and unemployment are breeding grounds for criminal subcultures that offer solutions to those who have status problems as a result of these afflictions. They also offer practical illegitimate opportunities—ways of making a living by selling drugs, for example”, no original.

explicitamente pressupõe a integração de suas teorias mais recentes. Muito embora a hipótese de Alvino de Sá (2007) tenha já se confirmado, com todas as ressalvas feitas, o exame dessa teoria restaurativa dá conta de que a influência etiológica se dá com força suficiente para ir além daquela hipótese, limitada aos termos da responsabilização do ofensor e da estratégia de sua transformação.

Longe de dispensar a transformação do sujeito, a teoria restaurativa de Braithwaite assume um caráter reformista, de índole liberal, que apesar de contemplar a necessidade de reorganização social, está muito distante de incorporar discussões mais amplas, que digam respeito ao modo como a sociedade se estrutura. Para Braithwaite, o problema da criminalidade se resolve dentro dos parâmetros sociais existentes, através do ajuste das redes de interdependência, do fortalecimento da família, dos laços de mútua ajuda e por meio da religião, como veremos.

Elementos como perdão, remorso, misericórdia e graça fazem parte da gramática restaurativa de Braithwaite, encobrando inclusive a importância que Zehr atribui a esses elementos: sublinhe-se que na teoria de Zehr, o perdão e a reconciliação não são considerados como finalidades da Justiça Restaurativa, embora sejam consequências possíveis. Para Braithwaite, por outro lado, “crimes sérios são uma oportunidade para confrontar o mal com uma graça que transforma vidas humanas em caminhos de amor e cuidado”²¹⁰(BRAITHWAITE, 2001, p. 71).

Com efeito, há uma influência religiosa nítida nessa teoria restaurativa, que incorpora um projeto moral específico, mesmo cristão, de expiação pessoal. Nisso o discurso de Braithwaite se aproxima do de Zehr, na mesma medida em que ambos se distanciam da visão materialista da criminologia crítica e de seu projeto de modificação estrutural da sociedade.

Ainda sobre o influxo das teorias do consenso, Braithwaite argumenta que existem tipos de pessoas específicas em condições de cometer mais crimes que outras: não por características naturais, mas por conta do *status* de exposição social.

A desorganização social vulnerabiliza os sujeitos, pois implica a quebra da rede de interdependência entre os indivíduos (indivíduos conectados por laços de mútua ajuda, confiança e compartilhamento de valores). Onde há interdependência há comunitarianismo.

²¹⁰ “*Serious crimes is an opportunity to confront evil with a grace that transforms human lives to paths of love and care*”, no original.

O comunitarianismo, por sua vez, é uma condição das sociedades. Sociedades comunitárias promovem interdependência entre seus indivíduos. Sociedades assim possuem redes de envergonhamento, ou seja, de mecanismos de controle informal dos indivíduos capazes de comunicar desaprovação de determinados atos. “Envergonhar, ao contrário da punição puramente dissuasiva, se estabelece para moralizar o ofensor comunicando-lhe as razões para o mal de suas ações”²¹¹ (BRAITHWAITE, 1989, p. 100).

Nessas comunidades busca-se trazer de volta o ofensor para dentro da comunidade de cidadãos respeitáveis ou obedientes à lei (*community of law-abiding or respectable citizens*). A ideia central do comunitarianismo é a de fornecer meios sempre disponíveis para a rotulação do ato como mal, e afastar o estigma do ofensor. Nesse particular, entra em cena a máxima cristã de “odiar o pecado e amar o pecador” (BRAITHWAITE, 1989, p. 101).

O problema da estigmatização é o de que o delincente, ao ingressar em uma subcultura, corta os laços com a família, os vizinhos, a igreja, ou seja, todas as instituições agentes da moral convencional e do consenso.

Subculturas, assim, são conjuntos de normas de conduta e racionalizações que dão suporte ao comportamento criminoso (que existe ontologicamente):

As subculturas criminosas são conjuntos de racionalizações e normas de conduta que se agrupam para apoiar o comportamento criminoso. O agrupamento geralmente é facilitado por grupos subculturais que fornecem apoio social sistemático ao crime de várias maneiras - fornecendo aos membros oportunidades criminosas, valores criminosos, atitudes que enfraquecem os valores convencionais de obediência à lei ou técnicas de neutralização dos valores convencionais²¹² (BRAITHWAITE, 1989, p. 101).

Fenômenos anômicos como o desemprego, a pobreza, a facilidade de acesso aos meios ilegítimos (no caso dos crimes de colarinho branco), mas principalmente a urbanização e a mobilidade social, minam o comunitarianismo e a interdependência. Logo, as redes de controle informal se enfraquecem e a estigmatização faz surgir as subculturas delinquentes.

²¹¹ “Shaming, unlike purely deterrent punishment, set out to moralize with the offender to communicate reasons for the evil of his or her actions”, no original.

²¹² “Criminal subcultures are sets of rationalizations and conduct norms that cluster together to support criminal behavior. The clustering is usually facilitated by subcultural groups that provide systematic social support for crime in any one of a number of ways - supplying members with criminal opportunities, criminal values, attitudes that weaken conventional values of law-abidingness, or techniques of neutralizing conventional values”, no original.

Em que pese a teoria restaurativa de Braithwaite expressamente se situar no campo das causas sociais, facilmente se encontram no seu desenvolvimento, traços que invocam as causas individuais do positivismo criminológico. Braithwaite, ainda em *Crime, shame and reintegration* elabora um quadro de características pessoais associadas a um baixo nível de interdependência que facilmente pode ser reduzido a um perfil ontológico do criminoso: homens, jovens, não-casados, desempregados, com baixa escolaridade e baixa aspiração profissional forma em conjunto o retrato mais comum do delinquente, ou do tipo de indivíduos que mais está ligado a um alto índice de envolvimento em crimes.

Mesmo seguido da explicação de que as causas do crime estão relacionadas à urbanização acelerada e as altas taxas de mobilidade, é inevitável associar-se esse quadro a um senso comum típico do positivismo, ainda mais que a elaboração do perfil antípoda do criminoso corresponderia a um indivíduo totalmente normal, ou melhor, conformado aos valores das classes dominantes capitalistas.

Sem ater-se a essas preocupações, Braithwaite apresenta a solução para o problema do quadro acima: aproximar, sobretudo os jovens, aos pais, à escola e a igreja. Nesse sentido,

A teoria do controle tem gerado evidências impressionantes de que os jovens "apegados" aos pais e à escola são menos propensos a se envolver na delinquência. [...] Tittle e Welch (1983) sugerem a possibilidade, ao contrário de alguns conhecimentos convencionais em criminologia, de que a interdependência através da afiliação à igreja pode reduzir o crime. Tittle e Welch (1983: 654) concluíram que “as evidências parecem notavelmente consistentes ao sugerir que a religião está relacionada ao comportamento desviante”²¹³ (BRAITHWAITE, 1989, p. 106, tradução nossa).

Tal como verificamos nas teorias restaurativas anteriores, também em Braithwaite o conceito de responsabilidade se apresenta como uma porta aberta para a etiologia (embora sua teoria dispense mais aberturas).

A responsabilidade restaurativa em Braithwaite implica um balanceamento entre a responsabilidade passiva (um olhar para o passado para verificar a culpa) e a ativa (um olhar para a necessidade de reparação da vítima e de mudança para o futuro). Nesse particular, a responsabilidade restaurativa não implica uma negação total da lógica retributiva. A

²¹³ “Control theory has spawned impressive evidence that young people who are 'attached' to their parents and to the school are less likely to engage in delinquency. [...] Tittle and Welch (1983) suggests the possibility, contrary to some conventional wisdom in criminology, that interdependency via church affiliation may reduce crime. Tittle and Welch (1983: 654) concluded that 'the evidence seems remarkably consistent in suggesting that religion is related to deviant behavior'”, no original.

responsabilidade passiva subsiste como elemento integrante da Justiça Restaurativa e sua importância, em termos práticos, reside na necessidade de se evitar a injustiça (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 72), ou seja, reside na necessidade de se evitar que se atribua vergonha a quem não precisa ser envergonhado.

No estágio inicial da prática restaurativa, onexo causal entre a conduta ofensiva e a ação do ofensor deve ser verificado (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 64). Logo, a diferença entre a responsabilidade do sistema de justiça penal e a da Justiça Restaurativa reside na limitação da primeira à responsabilidade passiva. Na Justiça Restaurativa a responsabilidade abarca as duas valências, sendo que todo o foco de sua abordagem atua para materializar a responsabilidade ativa. O papel da responsabilidade passiva resume, como dito, ao primeiro estágio da prática restaurativa, e nele se esgota.

A responsabilidade restaurativa, para Braithwaite, é uma virtude, uma capacidade moral do ofensor que é nutrida, estimulada, cultivada no ambiente da Justiça Restaurativa. Como uma virtude, não pode ser imposta, mas somente incitada. A responsabilidade restaurativa é um “proferimento espontâneo que se provoca” (*elicit spontaneous proffering of active responsibility*).

Em termos práticos, a conduta de reparar o dano, no quadro combinatório entre Justiça Restaurativa e *responsive regulation*, é semi-coercitiva, na medida em que a ameaça indireta, silenciosa do sistema penal recai a todo instante sobre o ofensor, ao nível do *background*, onde funciona latente a ameaça do processo. Porém, a assunção moral, ou a vinculação moral a valores e normas é algo interno e voluntário.

Essa responsabilidade é viabilizada na rede de interdependência do ofensor. É aqui onde o ofensor pode ser envergonhado reintegrativamente. É aqui onde o autor é estimulado a mudar de conduta, com vistas para o futuro, mas não só isso: é no interior das redes de interdependência onde seus iguais são também estimulados a guardar os valores convencionais, por meio da dissuasão ativa, da reabilitação ativa e da incapacitação ativa, todos efeitos ou dimensões da responsabilidade restaurativa: quando os pares do ofensor lhes atribuem vergonha, vinculam-se em dobro ao conteúdo da repreensão; considerando que não cabe ao Estado em primeiro lugar dar suporte ao ofensor, mas sim à sociedade civil e a comunidade de cuidado, são essas instâncias que devem preocupar-se em convertê-lo, e para isso, também atuar ativamente.

A responsabilidade restaurativa, desequilibrando a balança em favor da responsabilidade ativa, garante que todos os nichos sociais (primeiro comunidade de cuidado, família, amigos, colegas de trabalho, membros de organizações de apoio, sociedade em geral e por fim o Estado) procurem ativamente contribuir com a mudança do ofensor, mantendo-o vinculado ao consenso social.

O alcance do conceito de responsabilidade restaurativa em Braithwaite é bastante amplo, envolvendo inclusive efeitos positivos sobre o desenvolvimento da comunidade. Nesse contexto, o conceito de responsabilidade faz a Justiça Restaurativa aproximar mais da etiologia das Escolas Sociológicas do que da positivista, diferente do que afirmava Benedetti (2006). Aqui a finalidade última da aplicação do conceito de responsabilidade restaurativa é a reforma da sociedade, a sua reintegração, o fortalecimento das redes de interdependência, mais do que transformar o sujeito.

Para que a cultura dominante não se esvaneça, para que não se dê margem ao surgimento de subculturas concorrentes, conflitantes, há esse conceito amplo de responsabilidade restaurativa, no interior do qual sua face ativa é preponderante. Se por um lado a proposta de Justiça Restaurativa não abdica da transformação dos ofensores, por outro, e em última análise, ela concentra suas energias na reorganização da sociedade, considerando que são fatores anômicos, fatores de desintegração social, que causam a criminalidade, ou seja, que empurram o ofensor para a rota da estigmatização e das subculturas.

Ao abrir-se para uma perspectiva etiológica, seja positivista, seja das Escolas Sociológicas, a Justiça Restaurativa, como sustenta Benedetti (2006), tende a funcionar, contrariando seus próprios princípios, como uma instância de renovação de legitimidade punitiva. Zaffaroni, ao refletir sobre o pensamento de Mathiesen, chama de “retrocessos parciais do poder” (*retrocesos parciales del poder*) as contra-estratégias elaboradas dentro do sistema penal, a fim de resgatar sua legitimidade. Seriam espécies dessas estratégias as descriminalizações, as penas alternativas a prisão, etc. Segundo o autor, “o poder trata sempre de estabelecer o que está ‘dentro e o que está fora’, procurando enredar o que está ‘fora’ e trancá-lo para colocá-lo ‘dentro’²¹⁴” (ZAFFARONI, 1998, p. 104, tradução nossa).

²¹⁴ “[...] *el poder trata siempre de establecer lo que está ‘dentro’ y lo que está ‘fuera’, procurando enredar lo que está ‘dentro’ y trancarlo para ponerlo ‘dentro’, usando para ello tácticas de ‘retrocesos parciales’*”, no original.

Pensamos ser útil questionar até que ponto a teoria da Justiça Restaurativa poderia significar também ela mesma um retrocesso parcial do poder, na medida em que se vale de uma fundamentação constituída por pressuposições sociológicas consensuais, politicamente conservadoras. Até que ponto a Justiça Restaurativa não estaria resgatando, na essência, o projeto político amplo de controle social do século XIX, denunciado por Foucault (2002), quando procura vincular de algum modo os sujeitos a valores e normas típicos de um suposto consenso burguês-capitalista.

Chama a atenção o fato de que, mesmo em relação às teses abolicionistas, a Justiça Restaurativa não escapa de contradições. Ainda que afinado com o comunitarismo de Christie, quando aquele sustenta a fragmentação social como causa de problemas, a Justiça Restaurativa, em alguns aspectos, não parece reconhecer o próprio sistema penal como disfuncional e dessocializante. Recorde-se que Zehr (2012) chega a admitir um paralelismo entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva quanto à ética do crime como mal em si mesmo. Nesse ponto, parece conformar-se a Justiça Restaurativa em conviver em larga escala com o sistema penal, não só reservando ao processo penal aos casos excepcionalíssimos, opondo-se assim aos princípios abolicionistas.

Mas é através do confronto com as teses de Hulsman que as contradições do discurso restaurativo com relação à base criminológica abolicionista se mostram mais salientes. O conceito de crime e sua ontologia não são abandonados, mas presumidos, e a maldade ainda é considerada seu elemento integrante, resultado de uma falta de limpeza radical na linguagem restaurativa, vez que se preocupa em redefinir o crime, ao invés de negá-lo. Abstrações e ficções ainda permeiam a fundamentação teórica, ainda que recaindo mais sobre concepções religiosas do que jurídicas. Não se controverte a ausência de integridade dos sistemas sociais (a começar pelo sistema penal), mas pelo contrário, presume-se (em Eglash, Barnett e Zehr) ou defende-se explicitamente o consenso. Recorde-se que pela teoria de Hulsman, uma moral convencional só poderia se formar por meio de imposição, considerando que os indivíduos, através da visão anascópica, se reportam a valores e normas de suas tribos. Por fim, uma gradação valorativa dos crimes é concebida (com mais evidência em Braithwaite e seus crimes predatórios) presumindo-se mais uma vez a existência ontológica do delito.

Tais contradições indicam uma tendência adaptativa da Justiça Restaurativa com relação às estruturas de poder, em particular com relação às estruturas lógica e tecnológica (burocrática) da justiça penal. Para Benedetti (2006), “se a justiça restaurativa não bebe

diretamente da fonte da criminologia da reação social, embora apele de forma mediata a seus argumentos, será obrigada a construir sua legitimidade sobre outros fundamentos. Esses fundamentos são o consenso e o procedimento” (BENEDETTI, 2006, p. 506).

Quanto ao procedimento restaurativo e o efeito de reativação da legitimidade penal, escreve Benedetti (2006):

[...] a legitimidade da justiça restaurativa é extraída do fato de seu procedimento ser um meio mais eficaz em promover o respeito à lei (*compliance*). Daí da importância do “*how*” (Zehr, 2002, p. 25). Cuida-se de um raciocínio silogístico segundo o qual: (i) se a solução é obtida de modo dialógico, ela é encarada como mais justa que uma reação imposta; e (ii) vendo-a como mais justa, o indivíduo tende a aceitá-la como legítima e, assim, respeitá-la. A conclusão decorrente da união das premissas maior e menor é a tendência de maior observância da solução obtida pelo processo restaurativo. Trata-se, então, de uma legitimação derivada das peculiaridades do procedimento. (BENEDETTI, 2006, p. 507)

Diante de todo o quadro apresentado acima, de abertura etiológica e de contradição interna quanto a sua base criminológica original, pode-se indagar se a Justiça Restaurativa se resume a uma teoria de relegitimação do sistema penal. A Justiça Restaurativa deve, pelas razões aqui apresentadas, ser descartada enquanto saída viável para os problemas estruturais do capitalismo neoliberal projetados no campo da justiça? Ou há elementos que uma vez enfatizados podem fazer sobressair seu caráter crítico e sua vocação para superar a culpa e a exclusão?

4.5 RESPONSABILIDADE REFLEXIVA: PARA ALÉM DA CULPA E DA EXCLUSÃO

A responsabilidade do ofensor, como vimos, é uma das finalidades específicas da Justiça Restaurativa, vindo logo atrás da reparação da vítima em uma ordem de importância. Para autores como Brancher (2006), pelo contrário, “a responsabilização deveria ser o valor restaurativo de maior relevância enquanto resultado almejado pelo procedimento” (BRANCHER, 2006, 673). De qualquer sorte, fato é que a responsabilidade restaurativa, confundível em grande parte com a responsabilidade ativa - dada a importância dessa dimensão - é um conceito-chave para todas as teorias da Justiça Restaurativa até aqui examinadas.

Em nossa pesquisa verificamos como esse conceito-chave serve de base de acomodação para pressuposições de origem etiológica e de que maneira ele atrai uma série de contradições para dentro do campo da teoria restaurativa.

A consideração de que vivemos em uma modernidade líquida (BAUMAN, 2008), ou em uma “sociedade do risco”, como afirma Ulrich Beck, pode fazer-nos reconhecer que tende a precipitar sobre o indivíduo contemporâneo uma espécie de sobrecarga moral (BENEDETTI, 2005, p. 216), em detrimento de suas condições materiais de sobrevivência.

Há uma tendência, no Ocidente, de se atribuir ao indivíduo todos os riscos de sua existência. O indivíduo é abandonado a uma “luta solitária” para a qual ele não conta com os recursos necessários para vencer (BAUMAN, 2008, p. 13). Em tempos de enfraquecimento das organizações sociais e do Direito, de perda de legitimidade das instituições políticas, de desmonte dos mecanismos de proteção aos menos favorecidos, sustenta-se ideologicamente que respostas atomizadas são aptas a resolver problemas estruturais.

A responsabilidade em resolver os dilemas gerados por circunstâncias voláteis e constantemente instáveis é jogada sobre os ombros dos indivíduos – dos quais se espera que sejam “*free-choosers*” e suportem plenamente as consequências de suas escolhas. Os riscos envolvidos em cada escolha podem ser produzidos por forças que transcendem a compreensão e a capacidade de ação do indivíduo, mas é destino e dever deste pagar o seu preço, pois não há receitas endossadas que, caso fossem adequadamente aprendidas e diligentemente seguidas, poderiam permitir que erros fossem evitados, ou que pudessem ser, em caso de fracasso, consideradas responsáveis (BAUMAN, 2007, p. 10).

Nesse contexto, do ponto de vista de quem assiste a responsabilização de um terceiro, ou seja, de quem é mero espectador da atribuição da culpa, surge um efeito catártico: a culpa é do outro, logo “me livro da responsabilidade (porque a culpa não é coletiva), me livro de pensar sobre a solução (porque ao outro cabe a solução sobre ele mesmo) e deixo de pensar nas instituições (porque o erro não está nelas)” (BAUMAN, 2007, p. 12).

Por outro lado, aqueles contra quem se imputa a responsabilidade devem se reportar à “sociedade de cidadãos responsáveis”, como sustenta Braithwaite, ou a uma “moral convencional”, ao consenso dos “cidadãos respeitáveis”.

Responsabilidade, assim, não é apenas um elemento fundamental para a teoria da Justiça Restaurativa, mas, mais do que isso, é um conceito-chave que expressa o estado de espírito das sociedades modernas, seu “espírito objetivo” (GUNTHER, 2002, p. 105).

Fenômenos como os da sociedade do risco, caracterizada pela imprevisibilidade decorrente do avanço técnico, do dinamismo econômico e da intervenção intensiva e extensiva na natureza e os da privatização dos serviços públicos e da desregulação da economia, são mostras de que a sociedade civil global é, de fato, uma “sociedade da responsabilidade” (GUNTHER, 2002, p. 106):

Trata-se em especial da transformação do Estado social sob a pressão da "competitividade" econômica mundial e das crises financeiras dos Estados tributários. Em vez de depender de medidas burocrático-estatais para assegurar sua subsistência, cada um deve cuidar de seu próprio futuro, ou seja, assumir responsabilidade própria pela garantia de suas condições de vida (GUNTHER, 2002, p. 106)

No campo penal, igualmente, quem cada vez mais deve se responsabilizar pelo ato ilícito e por sua vítima é o criminoso, enquanto único responsável (GUNTHER, 2002, p. 107).

Ainda que mais ou menos de forma arbitrária, a sociedade moderna cria regras e instituições para distribuir a responsabilidade entre seus membros. O conteúdo dessas regras pode variar, assim como varia o tipo de mensagem social que elas expressam, uma vez que dependem do modo como os códigos temporal, objetivo e social da imputação são interpretados (GUNTHER, 2002, p. 108).

Na sociedade da responsabilidade, tende-se a compreender um fato como resultado de características internas e constantes do indivíduo que o comete; como resultado de sua ação (escolha) direta, e por isso é a ele que deve imputar-se, com exclusividade. São descartadas desse cálculo de imputação as circunstâncias externas ao indivíduo, as situações ou a ação de outras pessoas ou da sociedade (GUNTHER, 2002, p. 108-109).

Esse modo de interpretar a responsabilidade gera um tipo específico de comunicação social: os problemas sociais, os conflitos, os riscos, perigos e danos são atribuídos a pessoas singulares e “não a estruturas e processos supra-individuais” (GUNTHER, 2002, p. 109):

Desvantagens sociais e pobreza não se explicam mais por uma posição de classe ou uma distribuição desigual de chances e bens, mas apenas por decisões erradas do indivíduo que cai abaixo da linha de pobreza. O comportamento criminoso não mais é atribuído a déficits na socialização ou na estrutura social, mas apenas ao criminoso individual (GUNTHER, 2002, p. 109)

Em termos mais gerais, se não é a sociedade, mas os indivíduos que devem responsabilizar-se por sua condição material de existência, logo, políticas públicas baseadas na solidariedade, como principalmente as de previdência (GUNTHER, 2002, p. 109), mas também as de segurança pública, saúde, educação, moradia, trabalho e meio ambiente, são relegadas à iniciativa privada: os cidadãos ficam assim, como que liberados de qualquer corresponsabilidade solidária.

A responsabilidade exclusiva do indivíduo, entretanto, frequentemente encontra justificativa na vantagem de se haver mais liberdade: mais liberdade, sobretudo, contra um Estado interventor, controlador.

Mas o que se observa é que essa liberdade tem se limitado à liberdade de “autocontrolar-se”, “autodisciplinar-se” (GUNTHER, 2002, p. 110). Na sociedade de indivíduos responsáveis, assim, não pode sustentar-se uma noção de unidade social, de consenso, como queria Braithwaite (1989). Contra a ideia de uma sociedade civil para onde o indivíduo em risco possa ir buscar socorro, ergue-se uma “exigência ativista” (GUNTHER, 2002), que recai sobre o indivíduo, pois:

São os próprios indivíduos que precisam responder a essa questão incessantemente — uns aos outros, nas disputas de uns contra os outros e apenas provisoriamente. Uma sociedade que se cria a si mesma a partir de seus indivíduos pressupõe, no entanto, pessoas "autônomas e capazes de agir". A esse pressuposto dirige-se a "exigência ativista" a que os cidadãos se expõem mutuamente para, de modo ativo, a partir de seus conflitos, produzir e constantemente renovar e rever os princípios elementares de sua vida em comum (GUNTHER, 2002, p. 110-111).

Esse tipo de responsabilidade, dirigida por essa “exigência ativista” - que aqui poderíamos compreender sem maiores problemas como expressão da “responsabilidade ativa” - é ampliada pela globalização. Com a globalização as tradições e culturas perdem sua “força formadora” de identidades, na medida em que são os indivíduos que devem escolher (como “*free-choosers*”, dizia Bauman) seus “vínculos sociais e filiações” (GUNTHER, 2002, p. 111).

Sem dar importância à rede de dependências, às circunstâncias, ao meio ou ao destino, o indivíduo é sobrecarregado - como destacava Benedetti (2005) - por essa exigência – ou por essa responsabilidade ativa – que trata de atribuir o modo como se estrutura a história de vida do indivíduo a um projeto de escolha pessoal (GUNTHER, 2002, p. 111).

O conceito de “exigência ativista” de Klaus Gunther (2002) parece se refletir com perfeição na ideia de “razão neoliberal” de Rubens Casara (2017), encontrando sentido em sua obra na ausência de limites para a responsabilização pessoal. As ligações entre a racionalidade neoliberal e a sobrecarga de responsabilidade que recai sobre os ombros do indivíduo parecem ser evidentes.

Segundo David Harvey (2008), Margareth Thatcher, ao passar a implementar na Inglaterra dos anos 70 uma política de enfrentamento sindical, de reversão dos compromissos do Estado de Bem-estar Social, de privatização de empresas públicas, redução de impostos e favorecimento do fluxo de investimento externo, teria dito que “a sociedade não existe, apenas homens e mulheres individuais”. Segundo o autor, a partir daquele momento da história inglesa e mundial, “todas as formas de solidariedade social tinham de ser dissolvidas em favor do individualismo, da propriedade privada, da responsabilidade individual e dos valores familiares” (HARVEY, 2008, p. 32), e acrescenta, “o ataque ideológico nessas linhas advindo da retórica de Thatcher era implacável; como ela mesma disse, ‘a economia é o método, mas o objetivo é transformar o espírito’”.

Algumas ligações também poderiam ser feitas entre a teoria da Justiça Restaurativa e a política econômica neoliberal, fato este que nos autorizaria a questionar se aquela não seria uma projeção desta, no campo específico da justiça criminal. É dizer, o fato de ambas defenderem alguma forma de afastamento do Estado da tarefa de resolução dos conflitos (econômicos ou interpessoais) e de atuarem por meio de métodos flexibilizados (de produção de bens e serviços ou de produção de respostas mais adequadas ao conflito), de buscarem produzir respostas personalizadas (produtos e serviços *on demand* e soluções conflituais ajustadas sob medida), opondo-se à fabricação em larga escala de produtos e soluções padronizadas (de automóveis às sentenças), significaria, na verdade, uma projeção da racionalidade neoliberal sobre o campo da justiça?²¹⁵

Estaria a Justiça Restaurativa, por meio da responsabilidade ativa, procurando (conscientemente ou não) impor um controle sutil sobre os sujeitos – replicando o projeto do

²¹⁵ Outros pontos de aproximação podem emergir do confronto entre ambas as teorias, neoliberal e restaurativa, cabendo-se afirmar, por hipótese, que as duas poderiam ter dividido o mesmo berço de racionalidade: ambas, em alguma medida, definem o sujeito como responsável principal por sua história de vida, e como carentes de uma espécie de transformação adaptativa para o futuro; ambas nascem na mesma época, nos mesmos países e em resposta a algum tipo de crise (o neoliberalismo se consolida como teoria nos Estados Unidos e na Inglaterra, no ano de 1979, como crítica à economia keynesiana (HARVEY, 2008, p. 31); a Justiça Restaurativa surge como teoria no final dos anos 70, em países de língua inglesa, como Estados Unidos e Canadá, em resposta à “crise” da justiça penal retributiva).

século XIX, mas com novas feições – e buscando vincular os indivíduos aos valores da sociedade capitalista neoliberal?

Tal relação de sobreposição, se confirmada, poderia revelar um quadro dramático no horizonte de países como o Brasil, onde a desigualdade econômica e a ausência do Estado Social são fatores marcantes em sua história. A par da necessidade de um maior aprofundamento sobre a questão da projeção da racionalidade neoliberal sob a forma da Justiça Restaurativa, intuímos que essa relação é apenas aparente.

Pelo contrário, o neoliberalismo não pressupõe o afastamento total e irrestrito do Estado das relações sociais, mas, ao invés, presume a sua intervenção estratégica em determinados setores. O próprio afastamento do Estado da economia não é materializado por uma postura omissiva: normas jurídicas são editadas para garantir a liberdade do livre mercado, ao passo em que as forças militares são mobilizadas para garantir a ordem. Nesse sentido, o campo da justiça penal se mostra como um setor estratégico, de ocupação obrigatória e a título de monopólio do Estado - a não ser pela política tendencial de privatização dos presídios e da segurança patrimonial, denunciada por Christie (1998), mas que só vem em apoio ao próprio Estado, legitimando ainda mais a necessidade de garantia da ordem e ampliando seu braço armado.

A Justiça Restaurativa, em verdade, mesmo sob o risco de contradições teóricas e de incoerências no campo de sua fundamentação, representa muito mais uma resistência ao poder monopolizado do Estado, no campo da justiça penal, do que uma extensão de sua lógica.

A Justiça Restaurativa, nesse aspecto e precisamente quando ela se sobrepõe à atuação estatal no âmbito da justiça criminal, representa muito mais uma ameaça do que uma aliada obediente. O Estado, diante da pressão oferecida pela simples existência da Justiça Restaurativa, vê suas funções não declaradas ou ocultas (BATISTA, 2007, p. 113-114) - de cobertura ideológica, de reprodução da criminalidade, de controle coadjuvante do mercado de trabalho, de reforço protetivo da propriedade privada e da manutenção do *status quo* sobre as classes subalternas e sobre os opositores políticos – seriamente expostas e fora de controle.

É justamente por trazer consigo um potencial transformador e por significar uma ameaça real às instâncias de poder que o Estado tem se esforçado em cercar a Justiça Restaurativa e trazê-la para dentro da Justiça Retributiva, tal como diria Mathiesen. Ou ainda,

à maneira de Bourdieu, são por esses motivos que o Estado tem se dedicado a incorporar a Justiça Restaurativa no campo judicial, revestindo sua razão e sua prática da sacralidade inerente ao conhecimento jurídico, a fim de validá-la e controlá-la (BOURDIEU, 1989).

É a essa conclusão a que chega a pesquisa de campo divulgada recentemente pelo Conselho Nacional de Justiça e coordenada pela professora Vera Andrade, “Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do Poder Judiciário”, e que definitivamente comprova nossa hipótese de abertura da Justiça Restaurativa para o risco etiológico pela via da responsabilidade.

Segundo os resultados desse estudo, há indícios de que, em vez de a Justiça Restaurativa estar impactando a justiça estatal, é a justiça punitiva quem está colonizando a Justiça Restaurativa no Brasil (ANDRADE, 2018, p. 145). A razão do fenômeno se deve ao fato de que as práticas restaurativas no país têm recaído sobre a responsabilização dos ofensores, havendo aí uma inversão principiológica.

Há na Justiça Restaurativa brasileira uma tendência de significá-la como um “paradigma da responsabilização-prevenção-pacificação social” (ANDRADE, 2018, p. 166), em detrimento de um paradigma relacional, focado na bilateralidade e na simetria das partes.

A ideia forte de oposição entre a Justiça Retributiva e a Justiça Restaurativa, presente na argumentação de Eglash a Braithwaite, que a partir de Barnett e com o aporte de Zehr, ganha um profundo valor simbólico porque posta em um contexto de crise e superação de paradigmas epistemológicos, parece não se confirmar no desenvolver de suas fundamentações teóricas.

Eglash (1977) pensa sua Justiça Restaurativa atrelada à justiça comum. Se o crime fosse de pequena monta, a abordagem restaurativa caberia antes da acusação; para crimes mais graves, a Justiça Restaurativa apareceria para atuar na fase de execução penal. Sequer o autor previa efeitos jurídicos do acordo restaurativo com relação ao processo (EGLASH, 1977, p. 96).

Zehr, como vimos, não vê mais a Justiça Restaurativa como oposta a Justiça Retributiva (ZEHR, 2012, p. 23). Práticas restaurativas podem ser aplicadas na execução, ou consideradas na sentença. Do ponto de vista filosófico, e a par da ausência de sistematicidade do pensamento de Zehr, parece não haver antagonismo entre as duas justiças: ambas dividem o mesmo objetivo primário de “acertar as contas através da reciprocidade”.

Braithwaite, com sua “*responsive regulation*”, vislumbra um sistema integrado, onde Justiça Restaurativa e Retributiva atuam simbioticamente. Se por um lado a presença da pena, derivável do sistema retributivo, pende sobre o indivíduo “estimulando-o” de maneira sub-reptícia a “envergonhar-se reintegrativamente” no interior das salas de práticas restaurativas, por outro, a Justiça Restaurativa “higieniza”, “pasteuriza” a resposta do sistema retributivo, mitigando sobremaneira o *déficit* de legitimidade do processo penal: é nesse sentido que Benedetti (2006) afirma a existência do fenômeno da relegitimação do sistema penal por meio da apropriação do procedimento restaurativo.

Efetivamente, nenhuma das teorias examinadas busca diretamente a autonomização da Justiça Restaurativa, indo contra a própria base de princípios abolicionistas que as sustenta, calcada na justiça comunitária, informal, emancipada da intervenção dos profissionais e especialistas, como queria Christie e Hulsman.

Por outro lado, a absorção das práticas restaurativas pela estrutura da justiça convencional parece resultar no sério efeito, e na vantagem, do ponto de vista das estruturas de poder consolidadas, da reativação de sua funcionalidade.

Nas palavras de Braithwaite:

[...] minha hipótese é de que a justiça restaurativa funciona melhor com um espectro de punição no fundo, ameaçando ao fundo, mas nunca em primeiro plano. Onde a punição é colocada no primeiro plano, mesmo por ameaças implícitas, a deliberação é dificultada porque o infrator é convidado a deliberar de maneira a se preocupar em proteger-se da punição. Esta não é a maneira de gerar empatia com a vítima, a internalização dos valores da lei e os valores da justiça restaurativa, as sequências de remorso, desculpas e perdão que argumentarei podem transformar vidas de modo permanente²¹⁶ (BRAITHWAITE, 2002, p. 35-36, tradução nossa).

Em termos estritamente teóricos, a existência de um sistema integrado, como o da regulação responsiva, presume a anormalidade intrínseca do ato criminoso. Se a abordagem restaurativa não é bem sucedida, o caso é remetido à Justiça Retributiva, revertendo-se o termo eufêmico “situação-problemática”, ou fato “socialmente nocivo” a sua filologia original

²¹⁶ “[...] my hypothesis is that restorative justice works best with a specter of punishment in the background, threatening in the background but never threatened in the foreground. Where punishment is thrust into the foreground even by implied threats, other-regarding deliberation is made difficult because the offender is invited to deliberate in a self-regarding way-out of concern to protect the self from punishment. This is not the way to engender empathy with the victim, internalization of the values of the law and the values of restorative justice, the sequences of remorse, apology, and forgiveness that I will argue can transform lives in permanent ways”, no original.

de “crime”, “delito”. A estratégia da regulação responsiva, em tese, bloqueia a eliminação do *status* “diferenciado” do fato (BENEDETTI, 2006, p. 511).

Ademais, efeito ainda da incompatibilidade entre as visões restaurativa e da criminologia crítica, a Justiça Restaurativa, funcionando como um paradigma centrado na responsabilidade do ofensor - tal como denuncia Vera Andrade (2018) - desconsidera a existência dos fenômenos da seletividade penal e dos processos de criminalização primária, abdicando de atuar sobre eles.

Quando a Justiça Restaurativa, limitando-se a atuar dentro dos interstícios do processo penal, relega sua influência somente às fases que seguem à irritação do ordenamento jurídico e da ativação dos órgãos de persecução penal, ou seja, quando deixa para pressionar a lógica punitiva só depois da realização da conduta tipificada como crime e do tratamento do caso pela agência de controle penal, abre uma grande margem de probabilidade de que sua ação se dê tão-somente depois de já operados os efeitos da seletividade e da criminalização primária. Sua clientela passa ser a mesma da justiça penal, quando não interfere nos estágios iniciais da intervenção estatal. Desse modo, só é capaz de influir, parcialmente, sobre o processo de criminalização secundária.

Sobre o assunto, ainda escreve Andréa Depieri Reginato (2014):

O que podemos observar é que, curiosamente, está sendo construída uma lógica de coexistência entre essas racionalidades, caracterizada por uma articulação simultânea de mecanismos situados na perspectiva da justiça restaurativa com outros que retomam o tradicional funcionamento do processo penal. Em determinadas situações, medidas restaurativas como, por exemplo, o perdão da vítima, não tem o condão de desarmar o processo-crime e colocam-se como medidas puramente cosméticas, mantendo-se a obrigação de punir e as penas aflitivas, reafirmando-se a RPM [racionalidade penal moderna] (REGINATO, 2014, p. 124).

Nessa relação de acoplamento (SCURO NETO, 2008, p. 15) entre os dois sistemas, o papel da Justiça Restaurativa tende a compreender, em grande medida, uma tarefa de reversão, de desfazimento dos efeitos deletérios já operados sobre o sujeito capturado pela malha penal, uma vez que herda da justiça retributiva o rol de comportamentos definidos como crimes, bem como sua clientela de membros especialmente selecionados (BENEDETTI, 2006, p. 511).

Mas seria o caso de descartar completamente a Justiça Restaurativa enquanto resposta alternativa à condição de ilegitimidade e irresponsabilidade do sistema de Justiça Retributiva? Ante todas as críticas expostas acima e, sobretudo diante das fissuras que se encontram no interior do conceito de responsabilidade, seria a Justiça Restaurativa uma teoria inválida para atingir seus propósitos? Seria a Justiça Restaurativa uma teoria incapaz de superar o paradigma etiológico e toda a racionalidade reducionista que este traz a reboque? Pensamos que não: temos fortes razões para pensar que na própria teoria da Justiça Restaurativa podem ser encontrados conteúdos capazes de realizar suas metas, principalmente aquelas relacionadas à superação do paradigma retributivo.

Aqui se sustenta, ao nível teórico ao menos, a necessidade de se buscar, através de uma fundamentação mais coerente, a emancipação²¹⁷ da Justiça Restaurativa dos elementos estruturais retributivos, ou seja, a necessidade de se elaborar um discurso que efetivamente se afaste da racionalidade penal moderna, mas também que apoie, ao nível da prática, a construção de espaços comunitários próprios, apartados dos espaços formais, já destinados ao funcionamento da estrutura tecnológica retributiva.

Talvez o que se esteja aqui sustentando, no fundo (e de maneira bastante curiosa), é a necessidade de que a Justiça Restaurativa seja, para afastar-se do paradigma etiológico e para funcionar como um *bunker* de resistência à razão neoliberal, “um pouco mais abolicionista”, ou seja, um pouco mais coerente com suas próprias raízes criminológicas: nos parece que o estímulo à construção de grupos comunitários restaurativos, situados em locais distantes dos fóruns de justiça convencional e de suas salas de audiência, talvez seja um bom começo, principalmente porque o desenvolvimento das práticas restaurativas (no Brasil ao menos) tem demonstrado correr na direção contrária.

De fato, um passo importante (mas nem um pouco fácil) rumo à emancipação poderia ser a assunção da posição de *outsider* da Justiça Restaurativa em face do sistema judicial. Como obstáculo para essa tarefa, vislumbramos uma eventual falta de recursos para se levantar uma estrutura física adequada e para a capacitação de facilitadores. Talvez esse seja o preço a se pagar.

²¹⁷ Escreve Scuro Neto sobre a tendência de autonomização da Justiça Restaurativa e a necessidade de se evitar a “reproduzibilidade do sistema”: “[...] por conta da inevitável tendência de justapor o novo e mais eficaz ao que é consagrado e ineficaz – resolver os problemas gerados por práticas ‘meio cegas’ exige descartar em definitivo a visão da justiça restaurativa como ‘meio complementar ou auxiliar’ (Scuro, 2000; Gomes Pinto, 2006; Sousa, 2006). A mais importante conclusão acerca da fase brasileira de projetos-piloto, portanto, foi acentuar a necessidade de autonomia da Justiça Restaurativa, dando adeus a ilusões quanto a servir-se dela como procedimento paralelo e/ou corretivo dos métodos da Justiça convencional” (SCURO NETO, 2008, p. 15).

Além disso, a busca pela dissociação entre os crimes menores (sempre considerados através de critérios puramente legislativos) e a prática restaurativa seja outro degrau a se vencer:

Para que a justiça restaurativa imponha-se como verdadeira alternativa, figurando, nos termos de Mathiesen (1974), como uma reforma negativa, é preciso que não se reduza a um exemplo, com o risco de absorção; é necessário que ela se aproxime da estratégia de efetivação, atuando por fora do sistema, para a sua deposição. Para tanto, deve ensaiar, tanto quanto possível, uma desvinculação dos mecanismos seletivos de criminalização primária e secundária, vindo acompanhada de um programa maciço de descriminalização e da participação efetiva da comunidade, além de ser liberada da circunscrição *ratione materiae* aos crimes considerados menores, com a pretensão de figurar como algo além que um simples anexo do sistema penal. Do contrário, assumindo-se como reforma positiva, não será nada mais do que um método mais eficaz e mais legítimo de controle social (BENEDETTI, 2006, p. 513).

Entretanto, pensamos que uma proposta de reconfiguração do conceito de responsabilidade restaurativa seja a consequência mais lógica da presente pesquisa. Pensamos que seja útil, sempre do ponto de vista teórico, imaginar um conceito de responsabilidade restaurativa que seja livre dessa “exigência ativista” contemporânea e, assim, desembaraçado de qualquer ranço neoliberal que venha a resultar na sobrecarga moral do ofensor.

Não defendemos a ideia de que a responsabilidade deva recair exclusivamente sobre o Estado, por exemplo, eximindo o ofensor de qualquer obrigação. Uma proposta assim significaria desconsiderar por completo a realidade humana, na medida em que negaria ao indivíduo a possibilidade de exercer poder sobre seu destino. Não defendemos que se caia no extremo oposto da responsabilidade individual, mesmo porque, o extremo oposto, em termos políticos, implicaria em um Estado com características fortemente paternalistas.

Em países como o Brasil, propostas paternalistas podem surtir um efeito perverso sobre a população, quando apropriadas por grupos políticos cujo interesse em manter-se no poder e de viabilizar sua agenda particular de classe vejam-nas como possíveis promessas de campanha.

A elaboração de um conceito acabado de responsabilidade restaurativa, imune à influência etiológica, compreende uma tarefa bastante complexa, e não é o foco dessa dissertação, cuja meta se limitou precisamente à verificação daquela influência. Aqui resumimo-nos então, a desenhar “o como” da responsabilidade restaurativa, ou seja, nos

limitamos a lançar apenas os pressupostos teóricos que sirvam para uma futura elaboração mais completa de um conceito possível de responsabilidade restaurativa.

Nesse sentido, parece inspiradora a ideia de “responsabilidade reflexiva”, de Klaus Gunther (2002), a qual não tomamos emprestada integralmente por ter sido concebida em outro contexto.

Gunther (2002), quando concebe a ideia de responsabilidade reflexiva tem em mente um processo amplo, ao nível institucional, de produção de normas de responsabilidade. Tal processo se desenvolveria validamente somente em um Estado Democrático de Direito, onde a condição de pessoas deliberativas seria reconhecida mutuamente e de onde o sistema penal pudesse derivar alguma legitimidade. Seu resultado seria o de que o próprio ato de imputação pública de responsabilidade, pressuposto por um procedimento legítimo de criação da norma, seria em si um ato performativo, uma ação social que dispensaria a aplicação da pena. Gunther (2002), implicitamente, parte da premissa integralmente compatível com o pensamento da criminologia crítica, de que a punição, na sociedade moderna contemporânea, não alcança na prática os fins preventivos especiais e a eficácia da prevenção geral, resumindo-se à inflicção de um mal sem qualquer significado (GUNTHER, 2002, p. 117).

Ousamos então adaptar a teoria de Gunther (2002) a uma escala menor, restrita ao da Justiça Restaurativa, enquanto teoria e enquanto prática, a fim de obter um esboço de responsabilidade reflexiva útil a ela. Do que podemos extrair da ideia de Gunther (2002) sem maiores riscos de haver uma incompatibilidade absoluta com a teoria da Justiça Restaurativa, destacamos: a) a concepção de pessoa responsável pela responsabilização e b) o contexto comunicativo em que se decide sobre a responsabilidade.

Ademais, tentamos ajustar algumas noções já contidas nas teorias da Justiça Restaurativas examinadas nessa dissertação ao conceito adaptado de responsabilidade reflexiva, a fim de demonstrar que o conhecimento restaurativo está longe de ser descartável, mesmo diante das fissuras já denunciadas aqui.

Concluimos ao final que a responsabilidade reflexiva, primeiro, deve ser reflexiva para o teórico da Justiça Restaurativa, que deve preocupar-se em se dedicar ao tema e expô-lo de maneira enfática e coerente; segundo, deve destacar-se por ser uma responsabilidade compartilhada (tanto no conteúdo quanto na forma), livrando o ofensor de carregar toda a culpa e da consequente sobrecarga de ter de transformar-se sob pena de ser excluído; terceiro,

deve se dar em um ambiente efetivamente de comunicação, onde a fala das partes envolvidas espelhe em, miniatura, um processo verdadeiramente democrático. Com essa construção teórica preliminar, esperamos também demonstrar o potencial político da Justiça Restaurativa.

Nas condições atuais da sociedade, só haveria razão para dispensar-se a discussão sobre uma responsabilidade reflexiva em três casos: 1) se o Direito Penal fosse completamente legítimo (por suas finalidades e efeitos reais); 2) se suas regras fossem completamente democráticas (e não haveria assim qualquer processo de criminalização primária) ou 3) se o conceito de responsabilidade restaurativa, pendente para o lado da responsabilidade ativa, fosse limpo de qualquer ranço etiológico ou neoliberal.

Nesses casos, e pressupondo-se ainda uma sociedade estruturada de maneira horizontal em termos econômicos, materiais e políticos, a assunção de responsabilidade individual seria algo justificadamente exigível. Mas esse não é o caso do mundo contemporâneo, onde nenhuma dessas premissas é verdadeira e onde a responsabilidade tende a recair sobre os ombros das pessoas individualmente.

A fim de evitar, então, que a responsabilidade seja interpretada a partir de critérios estritamente binários e excludentes, e com o objetivo de afastar um movimento pendular que tenda a cair em extremos – ou o indivíduo é exclusivamente responsável ou totalmente irresponsável – sustentamos a necessidade, dentro da teoria restaurativa, de uma reflexão e de uma argumentação mais coerente sobre o próprio conceito de responsabilidade.

Pensamos que a teoria restaurativa deveria reservar um espaço autônomo e de destaque, dentro do qual uma discussão integrada a respeito do tema da responsabilidade pudesse ser levada a cabo. Nossa sugestão vai na trilha de algo como o que ocorre com o Direito Civil no Brasil, em que “Responsabilidade Civil” materializa um capítulo importante e relativamente autônomo dentro de sua teoria.

Parece-nos que do modo como se tem apresentado a discussão sobre o tema da responsabilidade restaurativa, graças a uma dispersão metodológica recorrente, redundando em uma compartimentalização assistemática e prejudicial: ora a imputação é feita implícita ou explicitamente ao ofensor - como nos casos de Eglash (1977) e Barnett (1977) - ora aborda-se o tema sobre a ótica de uma necessidade de compartilhamento, ainda que eventual ou condicional, entre, por exemplo, o ofensor e a comunidade - no caso de Zehr (2012, p. 28).

Mesmo nesse último caso, quando a responsabilidade é dividida de alguma forma, devido à compartimentalização e assistemática na forma de apresentar as ideias, a falta de uma abordagem “por inteiro” abre espaço a contradições - como é exemplo o caso da abertura etiológica.

As abordagens, em geral se desenvolvem primeiro com a definição clara de que ao ofensor cabe reconhecer alguma responsabilidade (passiva) a fim de participar da prática restaurativa; depois se estabelece que é ele quem deve transformar-se para o futuro, vinculando-se a um determinado consenso sobre valores e normas; para somente depois de firmadas essas bases (e pavimentado o caminho para a etiologia) se tratar de maneira lateral do compartilhamento da responsabilidade²¹⁸.

Note-se que o problema, logicamente, não está na contradição da existência simultânea de responsabilidade individual e compartilhada na Justiça Restaurativa. Sustentamos que o problema está no fato de como essas duas dimensões “não se casam” na forma como são expostas. Em Zehr (2008; 2012), por exemplo, o tema da responsabilidade é abordado explicitamente, embora com essa característica de assistemática. Mesmo assim reputamos que a discussão feita em suas obras é bastante útil, inclusive para a construção do conceito de responsabilidade reflexiva.

Isso porque também sustentamos a ideia de que, em termos práticos, a responsabilidade reflexiva, ou seja, a responsabilidade pensada de forma conjunta, em meio à prática restaurativa, deve ser de fato, compartilhada. E essa característica da responsabilidade restaurativa, como dissemos, já existe presente na teoria da Justiça Restaurativa. Advogamos então que esse atributo da responsabilidade restaurativa seja destacado e enfatizado apropriadamente, a fim de que qualquer compreensão de responsabilidade exclusiva do ofensor, tanto sobre o passado (responsabilidade passiva) quanto para o futuro (responsabilidade ativa), seja invalidada.

Observe-se como a ideia de compartilhamento da responsabilidade já existe e se manifesta, por exemplo, dentro do círculo restaurativo, modalidade prática de Justiça Restaurativa.

²¹⁸ Em “Justiça Restaurativa” (2012, p. 28), por exemplo, Zehr trata da responsabilidade da comunidade: “os membros da comunidade também têm importantes papéis a desempenhar e talvez, ainda, responsabilidades em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos”.

Diferente da visão maniqueísta do processo penal retributivo, o processo circular restaurativo é dotado de potencial suficiente para oportunizar a discussão profunda do problema, em todos os seus aspectos (humanos, psicológicos, econômicos, comunitários). Essa discussão, por vezes, pode revelar que a relação entre vítima e ofensor é complexa, variante, e que por essa razão, escapa dos limites da verdade formal buscada nos autos de um inquérito ou de um processo judicial.

Os papéis, durante o conflito, podem ter se cambiado várias vezes entre as partes envolvidas, e por conta da necessidade de um registro formal perante a Autoridade Policial, por exemplo, o fato tenha sido congelado, como numa foto, com um ofensor fixo e uma vítima fixa, em papéis estanques, e portanto, irreais, fictícios.

A dualidade do processo penal (réu x vítima) por vezes é uma redução grosseira, muito simplificada e ingênua da realidade que compõe o substrato dos autos. Uma vez iluminada pela discussão vertical dos fatos, a relação entre os envolvidos pode se direcionar para a responsabilização de todos eles, inclusive da vítima, que pode assumir obrigações, juntamente com o ofensor, em busca da solução do conflito.

Por outro lado, no modelo restaurativo há a presunção de que a comunidade seja afetada substancialmente pelo delito, e não apenas abstratamente como se entende no modelo retributivo. Assim, também deva ser substancial a participação da comunidade no círculo restaurativo, seja nas fases de construção do relacionamento, de criação do senso comunitário, no momento decisório ou na fase de acompanhamento do acordo restaurativo.

Durante o processo circular, pode-se perceber que as necessidades das partes envolvidas no conflito não são exclusivamente individuais, mas que derivam da estrutura social de onde vivem. A comunidade, portanto, é chamada a tomar providências, a responsabilizar-se por essas necessidades (ZEHR, 2008, p. 190).

A responsabilização reflexiva, do ponto de vista da comunidade, pressupõe a compreensão de que os problemas de insegurança, a par do sentimento generalizante provocado pelas mídias de massa, são sempre locais: são problemas de uma dada cidade, de um bairro específico. Para Celis e Huslman (1993, p. 112),

se circunscrevêssemos o risco, recolocando-o em seus limites reais, as pessoas envolvidas poderiam discutir como evitá-lo. Um grupo de autoridades locais (funcionários de diferentes repartições oficiais, pessoal de diferentes serviços sociais, políticos locais), ou um Comitê de bairro, por

exemplo, poderia refletir sobre uma verdadeira insegurança vivida pelos habitantes de determinadas ruas.

Não só o conteúdo da responsabilidade sobre o que deve ser feito sobre o caso conflitivo deve ser compartilhado, mas os próprios pressupostos da responsabilização também. A responsabilidade reflexiva envolve, nesse ponto, a necessidade de desvelamento tanto da complexidade do processo de atribuição de responsabilidade, quanto da arbitrariedade dos critérios de sua determinação.

Esse desvelamento, supomos, deve advir da atenção reflexiva dos envolvidos no conflito, sobre o próprio conceito de responsabilidade, ou seja, deve advir da oportunidade das partes de “responsabilizar-se pela responsabilização” (GUNTHER, 2002, p. 112) uns dos outros, por meio da discussão das premissas que definem o conflito no caso concreto.

Interessa sublinhar como a ideia de responsabilidade reflexiva vai ao encontro do que propõe Alvino de Sá (2007) sobre uma Justiça Restaurativa capaz de superar o paradigma etiológico. Para o autor, com o fim de buscar transformar diretamente não os ofensores em si, mas as concepções sobre eles e sobre o crime, a Justiça Restaurativa necessita estender tanto suas bases conceituais quanto suas práticas, no sentido de buscar reparar as “relações historicamente deterioradas” entre o ofensor e a sociedade: levando os ofensores a ser ouvidos, a descobrir neles seus valores, a entender e compreender suas crenças e suas verdades (SÁ, 2007, p. 34).

A responsabilidade reflexiva amplia as possibilidades de se exercitar empatia, e através dela, de refletir-se sobre “suposições e intuições implícitas” (GUNTHER, 2002, p. 112) que os participantes têm de si mesmos e uns dos outros. O debate sobre essas suposições tende a eliminar a determinação da responsabilidade baseada em código binário (autor responsável exclusivamente x autor totalmente irresponsável; responsabilidade determinada exclusivamente por características pessoais x responsabilidade exclusiva de causas naturais externas) de hipóteses mutuamente excludentes. A responsabilidade, como sustenta Gunther (2002), pode ser imputada de várias maneiras: “a uma pessoa individualmente responsável, a outras pessoas ou a uma coletividade, a circunstâncias próximas ou distantes, à situação ou à natureza e ao destino” e podem também ser consideradas simultaneamente, diluindo-se o peso.

Com efeito, escreve Gunther:

O conjunto dessas suposições, intuições, delimitações e diferenciações integra-se a um conceito de pessoa responsável que os envolvidos criam de si mesmos e uns dos outros e ao qual recorrem quando imputam uma responsabilidade ou a refutam ou criticam. Esse conceito implícito de pessoa, co-determinante da imputação de responsabilidade, não é mencionado nem discutido nos discursos públicos sobre imputação. Enquanto esse conceito não se tornar objeto de discursos públicos da sociedade civil, não se poderão evitar tais oscilações extremas entre uma totalização da responsabilidade e a sua negação paternalista (GUNTHER, 2002, p. 112).

Tal concepção tende a revelar uma complexidade das condições materiais de vida antes reduzida artificialmente pela lógica binária; tende a denunciar a arbitrariedade com que, por exemplo, a Justiça Retributiva elege seus critérios de responsabilização pessoal; e em última análise, tende a livrar o ofensor de ter de arcar sozinho, com toda a culpa pelos fatos passados e com todo o peso de ter de transformar-se para o futuro, sob pena de ser excluído do consenso social.

O problema de uma visão binária e dicotômica da responsabilização é o mesmo da perspectiva etiológica da responsabilidade: o conflito é compreendido de forma reducionista. Desses dois fatores decorre o risco de que a teoria e a prática restaurativas deixem de considerar a relação existente entre o conflito e as estruturas socioeconômicas (o modo de produção) e passe, assim, a reproduzir as relações de desigualdade (BARATTA, 1989, p. 38), e a perpetuá-las pela via da relegitimação.

É também nesse sentido que a Justiça Restaurativa corre o risco de servir de técnica, de mecanismo de reatualização e generalização das relações sociais no campo penal, atenuando, mitigando e sutilmente mantendo a hierarquia social intocada, atuando sobre o sistema apenas pela via da reforma (promovendo alteração no sistema e não do sistema).

Ao retroceder na história e aproximar-se da etiologia, a Justiça Restaurativa corre o sério risco de assim, como a própria criminologia etiológica, de funcionar como ciência a serviço do Direito e da política criminal oficial, de atuar como conhecimento auxiliar, ou como técnica de desafogo da agenda judiciária, de via de escape para a crise de legitimidade do processo penal (BARATTA, 1989, p. 44).

A importância de um tal conceito de responsabilidade reflexiva é elevada em muito se considerarmos o nível de desigualdade presente em sociedades como a brasileira, que em

todas as suas dimensões se mostra uma sociedade excludente. Por tal razão, antes de pretender-se modificar os indivíduos, ou seja:

[...] antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim, a raiz do mecanismo de exclusão. De outro modo permanecerá, em quem queira julgar realisticamente, a suspeita de que a verdadeira função desta modificação dos excluídos seja a de aperfeiçoar e de tornar pacífica a exclusão, integrando, mais que os excluídos na sociedade, a própria relação de exclusão na ideologia legitimante do estado social (BARATTA, 2002, 186).

A responsabilidade reflexiva, ou seja, a responsabilidade pela responsabilização, não tem condições de produzir todos os seus efeitos de relativização da culpa e de rebaixamento do nível de exclusão a partir de um referencial exclusivamente abstrato de responsabilidade. No sistema de justiça retributiva, por exemplo, a responsabilidade é fixada abstratamente pela lei penal (aquele que subtrai coisa alheia móvel deve ser punido com a privação da liberdade, por exemplo), e em reduzidíssimo grau, em termos concretos através do processo (a presença de uma atenuante ou de uma agravante deve incidir sobre o grau de responsabilidade passiva).

Nesse ambiente e nesses limites, reconhecemos, a responsabilidade penal tende a apresentar um certo grau de reflexividade, quando nele se reconhece simultaneamente a atuação responsável do autor do fato e a incidência de alguma causa externa que a mitigue (imagine-se a previsão do artigo 65, III, c, do atual Código Penal brasileiro, onde se prevê a atenuação da pena quando o crime é cometido em cumprimento de ordem de autoridade superior). Mas essa tendência de reflexividade é sempre limitada no campo do processo penal e dos limites da legislação penal.

Por tal razão é que a responsabilidade reflexiva atinge toda sua potência em meio a um contexto comunicativo, onde os sujeitos possam efetivamente falar e deliberar. Isso porque, o próprio conceito de pessoa é caracterizado de modo diverso de acordo com o contexto em que se encontra (GUNTHER, 2002, p. 113). Em um contexto efetivamente deliberativo, as tais suposições e intuições implícitas podem cair por terra ou confirmar-se, contribuindo para formar uma imagem real, ou mais próxima do real daquilo que se espera de um ser humano envolvido em um fato conflituoso.

A responsabilidade reflexiva, então, deve materializar-se em um ambiente que espelhe em menor escala um processo de democracia deliberativa, quer dizer, um processo (ou um “acontecimento”, como diria Christie) onde os falantes possam apresentar, de maneira

paritária, suas pretensões de validade (à verdade, à correção ou à veracidade) e por outro lado, deixar-se prender por elas (GUNTHER, 2002, p. 113).

São a partir dessas condições procedimentais que a decisão toma corpo de forma legítima e a Justiça Restaurativa tende a configurar-se como um paradigma relacional (ANDRADE, 2018): a partir de condições que garantam a participação efetiva dos envolvidos, a consideração mútua de cada um como pessoa deliberativa (capaz de falar, escutar e assim intervir na decisão), a ponderação racional das razões e argumentos e a escolha dos melhores fundamentos (GUNTHER, 2002, p. 114).

Esse tipo de decisão legítima, que se baseia em uma responsabilidade reflexiva, encontra nas práticas restaurativas seu campo mais propício para florescer; porque é justamente no contexto da Justiça Restaurativa em que a decisão, acordada, conjuntamente construída, e aceita com grande dose de voluntariedade por todas as partes, dispensa a pena, a infligção de sofrimento, e consubstancia-se ela mesma em um ato performativo, em uma ação social (GUNTHER, 2002, 116-117).

Ademais, o exercício de responsabilizar-se pela responsabilização pressupõe uma ampliação dos temas de debate, já esperada e comum da prática restaurativa. A responsabilidade reflexiva pode envolver, por exemplo, discussões sobre a justiça da norma no caso concreto²¹⁹, sobre as questões sociais subjacentes ao caso, a dimensão histórica do conflito e sobre a política em geral, para muito além dos limites do conflito pontual entre ofensor e vítima.

Nesse movimento de incremento das questões discutíveis, informações relevantes, que costumam ser tangenciadas nas abordagens dogmáticas judiciais, agora podem influir na decisão, contribuindo para o conhecimento integral do caso e expandindo também o rol

²¹⁹ Observe-se como Braithwaite admite que a justiça da norma possa ser discutida em um ambiente de Justiça Restaurativa, ou melhor, em um sistema de regulação responsiva, onde algo de responsabilidade reflexiva pode ser visualizado: “De acordo com a teoria da regulação responsiva, o que queremos é um sistema legal onde os cidadãos aprendam que a responsividade é o modo como nossas instituições jurídicas trabalham. Uma vez que eles veem o sistema legal como um sistema de regulação responsiva, eles sabem que haverá uma chance de argumentar sobre leis injustas (em vez de serem jogados em uma linha de produção de um tribunal inferior ou em uma barganha judicial). Mas eles também verão que atuar evitando obrigações legais, deixar de ouvir argumentos persuasivos sobre o dano que suas ações estão causando e o que deve ser feito para repará-lo, conduzirá inexoravelmente a uma escalada regulatória” (BRAITHWAITE, 2002, p. 34, tradução nossa). “*According to responsive regulatory theory, what we want is a legal system where citizens learn that responsiveness is the way our legal institutions work. Once they see the legal system as a responsive regulatory system, they know there will be a chance to argue about unjust laws (as opposed to being forced into a lower court production line or a plea bargain). But they will also see that game playing to avoid legal obligations, failure to listen to persuasive arguments about the harm their actions are doing and what must be done to repair it, will inexorably lead to regulatory escalation.*”, no original.

criativo de soluções. O conflito, antes resumido à visão microscópica, pode reaparecer positivamente pela lente da responsabilidade reflexiva, mas agora com uma face macrossociológica, abrindo assim a possibilidade de transformação não só da relação entre as partes, mas do próprio papel político da prática restaurativa.

Imaginamos, nesse ponto, de que maneira algumas práticas restaurativas, principalmente os círculos e as conferências, que expandem o número de seus membros e conseqüentemente sua representatividade social, podem converter-se em centros políticos não-institucionalizados. Pensamos haver a possibilidade dos locais de práticas restaurativas funcionarem como espécies de fóruns de irradiação de políticas públicas, de centros de construção de propostas legislativas e indiretamente, de fontes de concretização de direitos fundamentais, inclusive de segunda dimensão.

Nesse particular, Braithwaite (2001) enxerga a Justiça Restaurativa como que dotada de um grande potencial, que extravasa em muito os limites da resolução de conflitos interpessoais para alcançar o campo da política.

Segundo o autor, as conferências restaurativas, em especial, podem funcionar como veículos de transmissão para a justiça popular, permitindo-lhe infiltrar-se no interior da justiça dos tribunais; ou para mais longe ainda, pode servir de meio para indivíduos ou comunidades, a primeira vista desempoderados (*powerless*), atuar contra o Estado, exercendo efetivamente sobre ele uma pequena parcela de poder (*little piece of power*) e responsabilizá-lo quando este falha em suas obrigações regulatórias e de bem-estar social (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 78-79).

Braithwaite admite que há no âmbito da teoria restaurativa uma preocupação a respeito de uma possível relação de complementaridade entre esta e as estratégias de fuga do Estado de cumprir com suas obrigações regulatórias. O autor, contudo, entende que pode haver uma saída para essa condição, em verdade uma via de mão dupla, por meio da qual influxos de ambos os lados são admitidos: da sociedade civil para o Estado e do Estado para a sociedade civil.

Assim, a Justiça Restaurativa atuaria tanto como uma fonte de influência para a justiça dos tribunais (*justice of law*), inculcando-lhe por exemplo, a importância da responsabilidade restaurativa em detrimento da responsabilidade passiva, quanto receberia da justiça estatal

seus influxos, como por exemplo, o dever de observância dos direitos humanos fundamentais nas práticas de justiça informal.

Braithwaite vê na teoria de Habermas uma fonte de fundamentação coerente para suas ideias. Para Braithwaite, a Justiça Restaurativa faria parte da esfera pública, e como tal, não se limitaria a ser a “sala dos fundos” da política institucional, mas uma periferia geradora de impulsos capazes de impactar o centro político. A Justiça Restaurativa, assim, com suas conferências e círculos atuando como fóruns de debates políticos descentralizados, poderia afetar todo o sistema, tanto o Legislativo quanto o Judiciário, atuando e pressionando suas agências, mobilizando uma crítica pública e constituindo-se ela mesma como fonte de opinião pública (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 77).

Interessantíssimo é o exemplo prático trazido por Braithwaite (2001) quanto ao potencial político que pode ser extraído dos núcleos de prática restaurativa, e quanto ao papel que pode desempenhar a teoria restaurativa no desafio de superação dos limites interpessoais do conflito e conseqüentemente, de superação do paradigma etiológico, afastando-se da busca obsessiva das causas do crime na pessoa do ofensor.

Com efeito, em meados dos anos 90, uma série de conferências restaurativas expôs a condição de vitimização de aborígenes em comunidades remotas da Austrália, devido a práticas fraudulentas cometidas por grandes companhias de seguro. Uma das decisões tomadas no âmbito desses encontros, que envolveram os representantes das empresas, as vítimas diretas, e os Conselhos Comunitários Aborígenes, compreendeu a convocação de uma conferência de imprensa. Os abusos expostos eram tão sistemáticos que chamou a atenção do Primeiro-ministro australiano. Após a provocação da agência reguladora competente, a lei sobre o tema foi significativamente alterada, bem como a prática regulatória (BRAITHWAITE e ROCHE, 2001, p. 78).

Observe-se como a democracia e o sistema de justiça podem ser enriquecidos com o aporte da teoria restaurativa (BRAITHWAITE, 2016, p. 2), sobretudo quando sua proposta de justiça, e conseqüentemente de democracia, são reconhecidamente de caráter popular, ou seja, distantes da necessidade de se confiar nas instituições governamentais:

À luz republicana cívica, a coisa mais promissora da justiça restaurativa é que ela concebe o ramo judicial, e não os poderes executivo e legislativo, como o melhor local para renovar o espírito democrático entre os cidadãos

que estão cansados do projeto democrático, que perderam a confiança no governo²²⁰ (BRAITHWAITE, 2016, p. 7, tradução nossa).

Por isso a relação entre democracia e justiça se desenvolve melhor na sociedade civil, campo onde deve procurar atuar a Justiça Restaurativa, tanto para prevenir os crimes quanto para promover o espírito político-democrático. É dizer, “famílias, escolas e comunidades indígenas são os locais de importância proeminente para a justiça restaurativa, na sociedade civil, para prevenir os crimes cometidos por pessoas sem poder. Locais de trabalho são mais importantes para a justiça restaurativa prevenir os crimes dos poderosos²²¹” (BRAITHWAITE, 2000, p. 11, tradução nossa). Mas ainda:

Quando [a Justiça Restaurativa] ensina as crianças a enfrentar problemas como o *bullying* em sua escola de forma dialógica e democrática, as ensina a ser cidadãos democráticos. Nós não nascemos democráticos. Precisamos aprender a ser democráticos nas famílias e nas escolas. Para muitos de nós, é nisso que a justiça restaurativa é mais virtuosa²²² (BITENCOURT, 2016, p. 7).

Justiça Restaurativa e democracia deliberativa, assim, seriam teorias complementares. Se a primeira tende a se situar no campo das microteorias, e por isso tende também a perder de vista horizontes argumentativos mais amplos, essa “falha” (*failure*) seria coberta pela combinação com a visão macrológica da segunda, e vice-versa (BRAITHWAITE, 2003, p. 19).

Pensamos que uma proposta deste tipo, que concebe uma função política ampla à Justiça Restaurativa e que por isso integra o horizonte da responsabilidade reflexiva, deve também procurar seguir a trilha já desbravada por John Paul Lederach, em “Transformação de Conflitos” (2012).

Nessa obra, o autor sustenta que a partir de um conflito aparentemente episódico, singular, uma discussão coletiva e verticalizada sobre ele pode resultar na revelação de um

²²⁰ “By civic republican lights, the most promising thing about restorative justice is that it conceives the judicial branch of governance, rather than the executive and legislative branches, as the best venue for renewing the democratic spirit among citizens who are jaded about the democratic project, who have lost trust in government”, no original.

²²¹ “Families, schools and indigenous communities are the preeminently important sites for restorative justice in civil society for preventing crimes of the powerless. Workplaces are the most important sites for restorative justice to prevent crimes of the powerful”, no original.

²²² “When it teaches children how to confront problems like bullying in their school dialogically and democratically, it teaches children how to be democratic citizens. We are not born democratic. We must learn to be democratic in families and schools. For many of us, that is what restorative justice is most virtuously about”, no original.

epicentro estrutural, de episódios reiterados. A revelação do epicentro demanda assim, tanto o tratamento do conflito episódico como a necessidade de construção de uma plataforma de soluções ampla, que dê conta de abarcar o problema geral (LEDERACH, 2012, p. 78-83).

Os fóruns de Justiça Restaurativa, nessa perspectiva, poderiam servir, talvez em um futuro não muito distante, 1) pelo aspecto jurídico – como um repertório temático municador de ações civis públicas (pode-se sugerir um convênio com o Ministério Público e a Defensoria Pública, por exemplo); como destinatário de convites para a participação de facilitadores ou outros tipos de representantes desses centros como *amici curiae* em processos coletivos; 2) pelo aspecto político: como um foco centralizador e catalizador de políticas públicas, que funcionando de alguma forma em parceria com o Poder Legislativo, ou não, publicaria relatórios expositivos sobre problemas reiteradamente identificados como subjacentes aos conflitos individuais.

Logicamente que haveria aqui, também, um risco de cooptação estatal sobre a Justiça Restaurativa. Contudo, pensamos que esse risco seria mais controlável. Essa função política da Justiça Restaurativa, enquanto espécie de função atípica, seria menos impactante sobre as relações de poder do judiciário, já que de maneira alguma se sobreporia ao seu campo de atuação. Nesse caso, a Justiça Restaurativa estaria fazendo pressão sobre o Legislativo, não sendo plausível que fosse, por isso, acusada de atuar de forma ilegal ou ilegítima. A Justiça Restaurativa, enquanto fonte de discussão política, seria expressão saudável e verdadeira da democracia popular, nesse caso. Mais um motivo pelo qual deveria ser fomentada e experimentada. Mas temos consciência de que essa hipótese necessita de verificação futura para ser considerada válida.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em períodos de crise econômica como esse por que passamos no Brasil, a criminalidade se torna um tema privilegiado do discurso público. As elites políticas catalisam as inseguranças e os medos da população a seu favor, amplificando discursos paralelos como os do aumento da criminalidade, do incremento da violência e da necessidade de seu combate, em detrimento de outros, mais centrais e condizentes, por exemplo, com as demandas por direitos sociais, como trabalho e previdência.

Inserido em praticamente todos esses discursos, há outro, que os integra em torno de um “consenso/senso comum”: o da “crise moral”. A corrupção da classe poderosa é fruto dessa crise, a criminalidade de rua também; a ausência de punição rigorosa para todo o tipo de criminalidade é fruto dela, assim como a má-educação, a falta de respeito com os pais, professores, a demora na fila do banco e a falta de comprometimento dos jogadores com o time de futebol.

A crise moral, como todo discurso de crise, ao mesmo tempo em que se torna uma ideia integradora dos múltiplos discursos e das distintas classes sociais e políticas, indica uma necessidade de intervenção urgente. Atualmente, essa urgência na intervenção recai sobre dois alvos bem definidos: um é a forma de organização do Estado – que deve tornar-se menos invasivo, mais flexível com relação ao mercado; o outro, e, sobretudo, é o indivíduo, o “eu”, o “você”, o “eles”.

Mas aí o sinal se inverte: o tratamento para com o indivíduo deve ser rigoroso, intolerante com o menor deslize, afinal, são as pessoas que estão em crise moral; são elas que necessitam compreender a importância de certos valores, caros para a sociedade como um todo coerente e racional. Para as pessoas que não se emendam e não aprendem a compartilhar

dessa moral convencional, típico produto do “homem de bem”, a resposta lógica é a punição, e severa.

Enquanto ideia integradora, a crise moral, que deságua na ideia retributiva da punição como única solução adequada, se espalha por todos os setores sociais, como apontamos: está na prisão e fora dela, na escola, na universidade, na mesa do bar e no estádio de futebol.

É por isso que para Vera Regina Andrade, o paradigma retributivo não se resume a um modelo de justiça penal. Para a autora, a retribuição é um modo de pensar dominante, que invade e articula as relações sociais em ampla escala, determinando a forma como os conflitos sociais são resolvidos. Assim, encontra-se retribuição nas salas de audiência e no presídio, mas também na escola, na família e na religião.

A retribuição é espécie de “paradigma social”, não simplesmente um paradigma de justiça penal, na medida em que as tentativas de resolução dos conflitos sociais, independente de sua natureza e do espaço em que surgem e se desdobram, progridem invariavelmente a partir de um método de investigação do passado em busca de culpados, para atingir o fim principal e necessário da aplicação de uma pena. O modo com que os pais educam seus filhos, ou o professor trata o aluno, reflete, no fundo, uma lógica padronizada e ampla de retribuição penal²²³.

Interessante como que outras ideias fortes ganham terreno no discurso público das elites políticas atuais: a da ideologia e a do marxismo são duas delas. Muito aplicada no contexto da teoria marxista (talvez mais apropriadamente), o termo “ideologia” hoje ganha um uso recorrente no discurso político oficial e é acompanhado sempre de um tom pejorativo, mesmo triste: tudo que não é imparcial, que não é para o bem de todos (mais uma vez, em prol do consenso), é ideológico, é de esquerda, é marxista.

Raul Eugenio Zaffaroni chama a atenção para o fato de que “*una de las vías más efectivas para lograr la desinformación teórica es la ‘satanización’, como ‘marxista’, de cualquier crítica deslegitimante del sistema penal*” (ZAFFARONI, 1998, p. 36). O marxismo na América Latina tem designado pejorativamente tudo o que ameaça constituir um “contrapoder para a verticalização militarizada de nossas sociedades periféricas”, não havendo a menor importância se de fato esse “marxismo” tem algo mesmo de marxista.

²²³ Resumo de ideias apresentadas por Vera Andrade em palestra proferida no III Seminário Internacional de Justiça Restaurativa de São Paulo, em 09 de março de 2018, transmitida via internet e captada pela Escola do Ministério Público de Sergipe.

Em particular, o marxismo no Brasil, ultimamente tem sido referido com essa conotação de teoria “funcional-delatora”, constituída de todo “*el variable campo de lo susceptible de delación*” (ZAFFARONI, 1998, p. 41): e quanto mais se amplia o terrorismo de estado, mais amplo se torna o espectro do rótulo - no Brasil de hoje, quem pensa fora do consenso é marxista, ou de esquerda, e por isso, contra a “mãe-pátria”.

Sendo essa a nossa condição política atual, e antes que nos acusem, temos de confessar que nossa dissertação é realmente marxista, não só porque ousa criticar o sistema penal retributivo e apresentar uma justificativa para a validação de uma Justiça Restaurativa ameaçada pelo risco etiológico, mas porque de fato se baseia em um quadro referencial da criminologia crítica.

E assim o fazemos de fato porque existe uma “crise” a ser “delatada”, que não a moral, mas a crise – que na verdade é a ponta do *iceberg* de uma condição estrutural – de uma sociedade excludente, desigual, violenta, arbitrária e irracional quando se dedica a dar suas respostas ao crime. É por essa razão que a criminologia crítica é o meio adequado para abordar o tema do desafio de superação do paradigma etiológico, sobretudo quando há nesse contexto, envolvidos os crimes patrimoniais, razão primeira das prisões no país.

Salo de Carvalho, a propósito, destaca como a busca pela imparcialidade (que no caso do discurso político brasileiro tem servido para acusar tudo o que é contrário ao consenso como de esquerda ou ideológico) é um tipo de argumento bastante comum para “desqualificar os saberes críticos”, não apenas no campo criminológico, mas no campo dos saberes desconstrutivos em geral: tais argumentos taxam justamente de acientífico e ideológico todo conhecimento que não é ortodoxo, como se esse fosse isento de influências políticas (CARVALHO, 2013, p. 291).

A criminologia crítica, apesar de suas próprias recaídas, segue fornecendo “instrumentos sofisticados para a compreensão das violências”, ainda com mais razão no cenário atual de “densificação dos processos de criminalização seletiva” que resulta no encarceramento massivo de pessoas e grupos vulneráveis (CARVALHO, 2013, p. 300).

O reencontro com o pensamento crítico em criminologia é, portanto, muito mais do que justificado; é urgente e necessário. A perspectiva macrocriminológica permite atualizar a crítica das violências produzidas pela lógica de governança do capitalismo contemporâneo (violência estrutural) e problematizar a funcionalidade das instituições do sistema punitivo (violência institucional), sobretudo da prisão, neste cenário de hiperpunitividade (CARVALHO, 2013, p. 300)

Mas o que são as crises econômica e moral, na verdade, e bem longe do senso comum, se não, e em última análise, deixas (como no teatro) para a implantação de regimes autoritários, e no campo penal, ideologia (em sentido rigorosamente marxista) para a pavimentação de ideias como as da defesa social, da neutralização dos inimigos, do fim da tolerância e da responsabilidade individual exclusiva?

O discurso adotado nessa dissertação desafia essa tendência e prega justamente a ampliação dos horizontes de compreensão a respeito dos fenômenos definidos como crime e a respeito das pessoas reais rotuladas como criminosas. Em meio a esse discurso, lançamos a hipótese de que a Justiça Restaurativa, de fato esbarra no paradigma etiológico, quando intenta atribuir responsabilidade sobre o indivíduo, mas também contém em seu repertório conceitual, elementos para sua superação.

Dependendo do ângulo, a Justiça Restaurativa pode assumir diversas formas: pode ser um conjunto de princípios, valores e práticas comprometidas com a transformação dos conflitos sem a inflicção de dor e sofrimento inúteis; como também pode significar a projeção da imagem político-econômica do neoliberalismo no campo da justiça: uma imagem que não inclui o Estado Social como um de seus elementos e que retrata uma situação de sobrecarga dos indivíduos, fadados a arcar sozinhos com o peso da decisão, para o bem ou para o mal, sobre seus destinos.

Do ponto de vista de uma dialética dos modelos de justiça penal, a Justiça Restaurativa não corresponde rigorosamente à negação da Justiça Retributiva, tal como a conhecemos no mundo ocidental. Tampouco se resume ao resgate da antiga justiça comunitária, de épocas muito distantes da Modernidade. Ao contrário, sintetiza os dois modelos: ao menos a todo custo e a curto prazo – a Justiça Restaurativa não pretende demolir o aparato judicial atualmente existente, embora empenhe-se em funcionar paralelamente às instâncias judiciais.

Essa condição por si só fragiliza a teoria restaurativa, e tende a bloquear sua autonomia conceitual. Hora ou outra uma concessão é feita: um princípio da celeridade que é acrescentado como princípio restaurativo, um pressuposto que se origina na etiologia e tende a negar sua origem abolicionista, e onde passa um boi passa uma boiada. Por isso, sustentamos que a Justiça Restaurativa deva prezar por sua independência, tanto conceitual (como manda a cartilha de Hulsman) como estrutural (como manda a cartilha de Christie).

Muito provavelmente, cada capítulo dessa dissertação poderia ser objeto de dissertações à parte. O mundo da Justiça Restaurativa já a essa altura é bastante vasto, assim como o universo de suas implicações é amplamente ramificado. O que nos leva a afirmar duas coisas: a Justiça Restaurativa, no Brasil, é quase um ilustre desconhecido; e nessa dissertação muitas lacunas e contradições podem ser encontradas.

Uma dessas lacunas pode ser a forma como tratamos a Justiça Restaurativa, ora como uma teoria única, ora como um conjunto de teorias. Refletindo sobre esse ponto, dizemos que a Justiça Restaurativa talvez tenha atingido um nível de complexidade de tal monta que já não se possa mais dizer que há uma teoria, mas várias delas. E disso decorrem mais duas consequências: a primeira é que seria muito útil o estudo das teorias restaurativas em separado, como tentamos aqui - a teoria restaurativa de Eglash, de Zehr, de Braithwaite, etc. Quando assim fazemos, descobrimos que em alguns aspectos essenciais, o que chamamos de Justiça Restaurativa em um caso não coincide com o outro. A segunda consequência diz respeito à possibilidade, ante uma gama variada de interpretações, de se despende um esforço consciente no sentido de se arquitetar uma teoria geral da Justiça Restaurativa. Pensamos que o tema é suficientemente denso para servir de matéria prima a uma teoria desse nível.

Em outros países, muita coisa já existe escrita sobre a Justiça Restaurativa, muitos desdobramentos bastante complexos já foram desenvolvidos, assim como algumas críticas já superaram em muito alguns pontos que ainda são debatidos como novidade em nosso país. Por isso, tratamos de expor ao máximo ideias de autores estrangeiros, esperando demonstrar como a Justiça Restaurativa tem ligações com várias teorias, uma delas a da democracia deliberativa.

No contexto amplo da política, a Justiça Restaurativa encontra uma função a partir do conceito de reponsabilidade reflexiva. De acordo com esse conceito, os teóricos, ao pensar a Justiça Restaurativa, devem dedicar atenção especial ao tema da responsabilidade, separando um espaço importante e integrando as várias noções menores de responsabilidade que o conceito comporta, a fim de evitar contradições.

No que toca às práticas restaurativas, os envolvidos no conflito devem ser estimulados a responsabilizar-se pela responsabilização, devem ser levados a discutir a complexidade e a arbitrariedade inerente à atividade de imputação e devem fazê-lo em um ambiente que reflita a democracia.

Nesse particular, os fóruns de práticas restaurativas, informais, cindidos das instalações judiciárias, podem funcionar como polos irradiadores de políticas públicas, o que denota o potencial político da teoria.

Em meio a isso tudo, não podemos descartar a noção de responsabilidade ativa. Pensamos que alguns raciocínios que derivam desse conceito são bastante úteis principalmente em termos práticos.

Tanto o conceito de responsabilidade reflexiva quanto o de responsabilidade ativa podem ser construídos a partir da ideia geral de que todas as pessoas, a par de sua vontade, compartilham da condição humana, e integram, portanto uma mesma comunidade universal de interesses fundamentais idênticos.

No dizer de Jonas (2006), o dever de responsabilidade nasce da constatação da condição de precariedade, vulnerabilidade e transitoriedade em que se encontra a vida humana moderna. “Vivendo entre seres humanos, sou responsável por alguém e também sou responsável de outros” (JONAS, 2006, p. 175). O homem tem responsabilidade sobre a totalidade do homem (tanto por seus aspectos físicos, psicológicos quanto morais), continuamente, e com vistas para o futuro, posto que, graças ao desenvolvimento da tecnologia, que sói avançar sem observar valores éticos, a vida no futuro não é mais plenamente garantida.

São nesses termos que admitimos uma responsabilidade para o futuro, uma responsabilidade que expresse a necessidade de todos se comprometerem em garantir uma vida digna para as futuras gerações, não uma obrigatoriedade de adaptação a todo custo dos indivíduos às normas e valores do capitalismo.

Sendo a humanidade compartilhada, todos os seres humanos estão, de alguma forma, interligados. Pranis, neste sentido, afirma que “o pressuposto de que tudo está interligado tem implicações profundas para os relacionamentos humanos. Significa que não é possível expulsar, excluir ou se livrar de ninguém ou de nada” (PRANIS, 2010, p. 9).

No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução 225/2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. Nessa resolução, a responsabilização ativa daqueles que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso é um dos focos das práticas restaurativas (artigo 1º, III). Ademais, a corresponsabilidade é considerada princípio orientador da Justiça Restaurativa (artigo 2º),

juntamente com a reparação dos danos, o atendimento às necessidades de todos os envolvidos, o empoderamento, entre outros.

Claramente se percebe a influência do princípio humanista do compartilhamento da humanidade na edição da norma: note-se que a responsabilidade ativa não recai tão-somente sobre o ofensor, mas também sobre a comunidade, podendo alcançar também a vítima.

Nesse contexto, no inciso V, alínea d do artigo 1º da mesma resolução se destaca que o enfoque restaurativo é a abordagem diferenciada constituída por vários elementos, dentre eles o compartilhamento de responsabilidades e obrigações entre ofensor, vítima, famílias e comunidade para superação das causas e consequências do ocorrido. Em seu artigo 2º, §4º, por fim, prescreve a norma que todos os participantes das práticas restaurativas serão auxiliados a construir, a partir da reflexão e da assunção de responsabilidades, uma solução cabível e eficaz visando o futuro.

O que falta para que a noção de responsabilidade ativa, na Resolução, deixe de convidar elementos etiológicos para compor à mesa restaurativa? A ênfase na corresponsabilidade e a coerência na argumentação que sói conflitar com a responsabilidade do ofensor.

O conceito de responsabilidade reflexiva apresentado nessa dissertação não revoga completamente a ideia de responsabilidade ativa. Antes, o tempera, de maneira que sua consequência lógica não seja a sobrecarga do indivíduo e que seus pressupostos não sejam os mesmos do paradigma etiológico. Ao contrário, o incorpora, mas tenta substituir a sua nota tonal, do indivíduo para a estrutura, do mundo singular do conflito interpessoal para o universo da coletividade e da política.

Por fim, é preciso dizer que um fator de motivação importante para a realização dessa pesquisa foi a necessidade urgente e íntima de seu autor de expressar publicamente sua adesão à batalha cultural e ideológica que se trava no campo do desvio e da criminalidade atualmente. Outro fator foi a necessidade de contribuir com o florescimento de ideias alternativas, justamente porque são elas as que mais padecem nesse embate desigual.

Uma contribuição modestíssima, de fato, porque as limitações de ordem particular são infinitas, assim como as do entorno, mas ainda assim uma contribuição. Porque um passo apenas que se dê adiante, em direção ao horizonte, é um gesto de esperança. E a esperança, para quem aprende e ensina, é algo contagioso.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, D. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016.

ADORNO, Theodor W.. HORKHEIMER, Max. **Dialética do esclarecimento**: fragmentos filosóficos. Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ALBORNOZ, Suzana. **O que é trabalho**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

ALMEIDA, Fernanda Afonso. **Proteção penal do patrimônio e sonegação fiscal**: uma abordagem à luz da teoria crítica. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

ALVES, Giovanni. **O novo (e precário) mundo do trabalho**: reestruturação produtiva e crise do sindicalismo. São Paulo: Boitempo, 2000.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. **Seqüências**: estudos jurídicos e políticos. Florianópolis, n. 16, p. 24-36, 1995.

_____. **Sistema penal máximo x cidadania mínima**: códigos da violência na era da globalização. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Conselho Nacional de Justiça. Brasília, 2018.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANTUNES, Ricardo L. C. **O Caracol e sua concha: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2005.

ASSEMBLEIA GERAL DA ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Resolução 217 A (III): **Declaração Universal dos direitos humanos**, Paris, 1948. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217\(III\)&Lang=E](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III)&Lang=E)>. Acesso em: 08 jul 2018.

AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: CARVALHO, Salo de . WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 55-80.

BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. Condenando a terra: Desigualdade, diferença e identidade (pós)colonial. In: MIGUEL, Luiz Felipe (Org.). **Desigualdades e democracia: o debate da teoria política**. São Paulo: Unesp, 2016, p. 365-397.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito Penal**: introdução à crítica do Direito Penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Por una teoría materialista de la criminalidad y del control social. **Estudios Penales y Criminológicos**, Santiago de Compostela, v. XII, 1989.

BARISON, M. S. A judicialização e a despolitização da questão social: duas faces de uma mesma moeda. **O social em questão**, v. 31, p. 15-32, 2014.

BARNETT, Randy. E. Restitution: a new paradigm for criminal justice. **Ethics**, v. 87, n. 4, p. 279-301, 1977.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2007

BATISTA, Vera. Malaguti. Prefácio à edição brasileira. In: GIORGI, A. D. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

BAUMAN, Zygmunt.. **A sociedade individualizada**: vidas contadas e histórias vividas. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

_____. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Medo Líquido**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

_____. **Tempos líquidos**. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. Tradução de J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

BENEDETTI, Juliana. C. A justiça restaurativa de John Braithwaite: vergonha reintegrativa e regulação responsiva. **Revista direito GV**, v. 1, n. 21, p. 209-216, jun - dez 2005.

_____. In: SLAKMON, C.; MACHADO, M. R.; BOTTINI, P. C. (Orgs). **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. p. 491-520.

_____. **Tão próximos, tão distantes: a Justiça Restaurativa entre comunidade e sociedade**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito)-Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo.

BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. 2. ed. Tradução de Guacira Lopes Louira, M. D. Magno, Tomaz Tadeu. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BERISTAIN, Antônio. **Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral 1**. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. v. 3. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

_____. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial**. v. 5. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.

BOYES-WATSON, Carolyn. PRANIS, Kay. **No coração da Esperança: guia de práticas circulares**. Tradução de Fátima de Bastiani. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, 2011.

BRAITHWAITE, John. **Crime, shame and reintegration**. 16. ed. New York: Cambridge University Press, 1989.

_____. Restorative justice is republican justice. In: BAZEMORE, G.; WALGRAVE, L. (Orgs). **Restorative juvenile justice**. Palisades, New Yourk: Criminal Justice Press, 1999.

_____. Crime, shame and reintegration. **Canadian journal of criminology and criminal justice**, Toronto, v. 42, n. 3, p. 281-298, 2000. Disponível em: <https://ciaj-icaj.ca/wp-content/uploads/documents/import/DP1999/braithwaite.pdf?id=684&1533755976>. Acesso em 06 dez 2018.

_____. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: Oxford University Press, 2002.

_____. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, A., et al. **Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?** Oxford: Hart Publishing, 2003. p. 1-20.

_____. Restorative justice and responsive regulation: the question of evidence. **RegNet School of Regulation & Global Governance**, v. 51, 2016.

_____; ROCHE, D. Responsibility and Restorative Justice. In: BAZEMORE, G.; SCHIFF, M. (Org). **Restorative Community Justice: repairing harm and transforming communities**. Cincinnati: Anderson Publishing Co., 2001.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça (CNJ)**. Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016. Dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em 09 nov. 2016.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 27 nov 2018.

_____. Decreto-Lei nº 2.484 de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 27 nov 2018.

_____. Lei 12.850 de 2 de agosto de 2013, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm Acesso em 30 nov 2018.

_____. Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em 27 nov 2018.

_____. Lei 7.210 de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal**, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm, Acesso em 30 nov 2018.

_____. Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e informação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15250.htm>. Acesso em: 19 mar 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**. Dezembro de 2012. Disponível em: <<https://ghlb.files.wordpress.com/2013/04/c2a0estastc3adsticas.pdf>>. Acesso em: 13 jul 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**. Junho de 2014. <<https://ghlb.files.wordpress.com/2013/04/c2a0estastc3adsticas.pdf>>. Acesso em: 13 jul 2018.

_____. Ministério da Justiça. Departamento Penitenciário Nacional. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**. Dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/infopen-dez14.pdf>>. Acesso em 25 nov. 2017.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias INFOPEN**. Junho de 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf>. Acesso em: 21 jul 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 347-MC/DF**, Plenário. Rel. Min. Marco Aurélio. Informativo STF nº 798, 07 a 11 de setembro de 2015. 09 de setembro de 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus n. 50.157-SC**. Relator: Ministro Gilson Dipp. Brasília, j. 06 nov. 2006. DJ 18 dez. 2006.

BRUNO, Aníbal. **Direito penal**: tomo 1º. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CALDEIRA, Felipe Machado. A evolução histórica, filosófica e teórica da pena. **Revista da EMERJ**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 45, 2009.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAMPOS, Arruda. **A justiça a serviço do crime**. São Paulo: Saraiva, 1959.

CARVALHO, Salo de. Criminologia crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 104, 2013.

CASARA, Rubens R. R. **Estado Pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO Alexander de. Cesare Beccaria e o Direito Penal do absolutismo esclarecido: O reformismo habsbúrgico e o iluminismo na lombardia austríaca. In: RI JUNIOR, Arno Dal. et al. **Iluminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.15-68.

CELIS, Jacqueline Bernat de. HULSMAN, Louk. **Penas Perdidas: o sistema penal em questão**. Tradução Maria Lúcia Karan. Niterói: Luam, 1993.

CHAUÍ, Marilena. **O que é ideologia**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2005.

CHRISTIE, Nils. **A indústria do controle do crime: a caminho dos GULAGs em estilo ocidental**. Trad. Luis Leiria. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

_____. Conflicts as property. **The British Journal of criminology**, v. 17, n. 1, p. 1-15, january 1977.

_____. Las imagenes del hombre en el derecho penal moderno. In: STANG, R. F. (Orgs). **Abolicionismo penal**. Tradução de Mariano Alberto Clafardini e Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989. p. 127-142.

COLÔMBIA. CONSTITUIÇÃO POLÍTICA DE 1991. Disponível em: <<http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>>. Acesso em 27 dez 2018

CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL DA ONU (ECOSOC). Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002. Regulamenta os princípios básicos para a utilização de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal. **Organização das Nações Unidas**: Agência da ONU para refugiados (UNCHR), E/RES/2002/12. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/refworld/docid/46c455820.html>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

COSTA, Daniela. Carvalho Almeida da; MACHADO JÚNIOR, Elísio. Augusto de Souza. Justiça Restaurativa: um caminho possível na superação da racionalidade penal moderna? **Revista da faculdade de direito - UFPR**, Curitiba, v. 63, n. 1, p. 65-91, janeiro/abril 2018.

DALY, K. The punishment debate in restorative justice. In: SIMON, J.; SPARKS, R. **The SAGE handbook of punishment and society**. London: SAGE, 2013. p. 356-374.

DAUMIER, Honoré. **Les gens de justice**. 1 gravura. Disponível em: <http://www.daumier-register.org/detail_popup.php?expand=1&img=DR1347_1680&dr=1347&c=MU%27TAZ%20SAWWAF.%20Beirut%20%28Lebanon%29&lingua=de>. Acesso em 10 jan 2019.

_____. **The three judges**. 1858-1860. 2 gravura. Disponível em: <http://www.daumier-register.org/detail_popup.php?img=DR10641_55&dr=10641&lingua=en>. Acesso em 10 jan 2019.

_____. **The lawyer and the widow**. 3 gravura. Disponível em: <http://www.daumier-register.org/detail_popup.php?img=DR12104_30&dr=12104&lingua=en>. Acesso em 10 jan 2019.

_____. **Mr. Busybody, a lawyer without a case, pretends to be most busy, knocks down a dozen children every day in the lobby, runs over five or six pug-dogs and hopes - thanks to these gymnastics - to make the people believe that he has many clients**. 1840. 4 gravura. Disponível em: <http://www.daumier-register.org/detail_popup.php?img=DR0758_1183&dr=758&lingua=en>. Acesso em 10 jan 2019.

_____. **Pleading lawyer**. 5 gravura. Disponível em: < http://www.daumier-register.org/detail_popup.php?img=DR12287_30&dr=12287&lingua=en>. Acesso em 10 jan 2019.

DE GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

_____. Neoliberalismo e controle penal na europa e nos estados unidos: a caminho de uma democracia punitiva?. **Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, Fev. 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/128/109>>. Acesso em: 23 Jul. 2018.

DELMANTO, Celso et al. **Código Penal Comentado**. 9. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DE PAULO, Alexandre Ribas. O discurso jurídico-penal iluminista no direito criminal do império brasileiro. In: RI JUNIOR, Arno Dal. et al. **Illuminismo e direito penal**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.155-202.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. SLAKMON, Catherine. PINTO, Renato Sócrates GOMES (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005.

DUARTE, Pedro Henrique Evangelista. Economia política do trabalho no capitalismo dependente: apontamentos sobre a marginalidade social e a superexploração da força de trabalho. **Revista da Sociedade Brasileira de Economia Política**. n 45. p. 94-118, out/dez 2016.

EGLASH, A. Beyond Restitution - Creative restitution. In: HUDSON, J.; GALAWAY, B. (Orgs). **Restitution in Criminal Justice: A critical assessment of sanctions**. Toronto: Lexinton Books, 1977. p. 91-99.

FADEL, Francisco Ubirajara Camargo. Breve história do direito penal e da evolução da pena. **Revista Eletrônica Jurídica**. Campo Largo, n. 1, p. 60-69, 2012.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Maria de Fátima Araújo. **O princípio responsabilidade de Hans Jonas: em busca dos fundamentos éticos da educação contemporânea**. 2002. Dissertação (Mestrado em Filosofia da Educação)-Faculdade de Letras da Universidade do Porto, Celorico de Basto, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Derechos y garantías: la ley del más débil**. Madrid: Editorial Trotta, 2004.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Função social da dogmática jurídica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Carolina Costa. **Discursos do sistema penal**: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos tribunais regionais federais do Brasil. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Brasília. Brasília.

FERRI, Enrico. **Sociologia Criminal**. Madri: Gongora, 1875.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU, 2002.

_____. **Vigiar e Punir**: nascimento da prisão. Tradução de Raquela Ramallete. 28. ed. Petrópolis: Vozes, 1993.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32 ed. São Paulo: Nacional, 2005.

GADE, C. B. N. "Restorative Justice": history of the term's international and danish use. In: NYLUND, A.; ERVASTI, K.; ADRIAN, L. **Nordic Mediation Research**. Copenhagen: Springer Open, 2017. p. 27-40.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Introdução ao estudo do direito**: teoria geral do direito. 3. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GAROFALO, R. **Criminologia**: estudo sobre o delicto e a repressão penal. São Paulo: Teixeira e irmão, 1893.

GOMES, Luiz Flávio. MOLINA, Antônio Garcia-Pablos de. **Direito Penal**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito das coisas. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONZÁLES, Oscar Peña. **Teoría del delito**: manual práctico para sua aplicación em la teoria del caso. Lince: APECC, 2010.

GUARDIOLA, Samantha Gabriela Lopez. **Derecho Penal I**. Tlalnepantla: Red Tercer Milenio, 2012.

GUNTHER, K. Responsabilização na sociedade civil. **Novos estudos**, v. 63, julho 2002.

HARNECKER, Marta. **Os conceitos elementares do materialismo histórico**. São Paulo: Global, 1983.

HARVEY, D. **O neoliberalismo**: história e implicações. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

HOBBSBAWN, Eric J. **A era das revoluções: 1789-1848**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1977.

_____. **Da revolução industrial inglesa ao imperialismo**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

HUNGRIA, Nélon. **Comentários ao Código Penal**. 1. ed. v 7. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1955.

HULSMAN, Louk. H. C. Critical Criminology and the concept of crime. **Contemporary Crises**, Dordrecht, v. 10, p. 63-80, 1986.

JACCOUD, M. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: DE VITTO, R. C. P.; SLAKMON, C.; PINTO, R. S. G. (Orgs). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005. p. 163-188.

JONAS, Hans. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Tradução de Marijane Lisboa e Luiz Barros Montez. Rio de Janeiro: Contraponto, 2006.

KAUFMANN, Arthur. A problemática da filosofia do direito ao longo da história. In: _____. HASSEMER, W. (Org.) **Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas**. Trad. de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

KON, Anita. Pleno emprego no Brasil: interpretando os conceitos e indicadores. **Revista Economia & Tecnologia**. vol 8, n. 2, p. 5-22, abr-jun 2012.

KUHN, Thomas. S. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LARSEN, J. J. **Restorative justice in the australian criminal justice system**. Australian Government. Australian Institute of Criminology. Canberra. 2014.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

LEIRIA, Antônio José Fabricio. Responsabilidade Penal. **Revista da Faculdade de Direito de Porto Alegre**. Porto Alegre, n 1, ano VI, p. 235-243, 1972.

LOBATO, José Danilo Tavares. **Revista da EMERJ**. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica – uma inconsistência dogmática e de princípios. Rio de Janeiro, n. 50, p. 268-286, 2010.

LOBO, Abelardo Saraiva da Cunha. **Curso de Direito Romano**. Brasília, Senado Federal, Conselho Editorial, 2006.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

MANOEL, Valêncio. A teoria clássica e a antítese keynesiana do pleno emprego. **Perspectiva sociológica**. Ano 2, n 3, mai-out 2009. Disponível em: <<https://www.cp2.g12.br/ojs/index.php/PS/article/viewFile/443/377>>. Acesso em: 16 dez 2017.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: DE VITTO, Renato Campos Pinto. SLAKMON, Catherine. PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), 2005, p. 53-78.

MELOSSI, Dario. PAVARINI, Massimo. **Cárcere e fábrica: as origens do sistema penitenciário (séculos XVI-XIX)**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MORAES NETO, Benedito Rodrigues de. **Marx, Taylor, Ford: as forças produtivas em discussão**. 2 ed. São Paulo: Brasiliense, 1991.

MIGUEL, Luiz Felipe. Igualdade e democracia no pensamento político. In: _____ (Org.). **Desigualdades e democracia: o debate da teoria política**. São Paulo: Unesp, 2016, p. 7-23.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014a.

_____. **Individualização da Pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2014b.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, **Livro V**. Universidade de Coimbra. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/15p1153.htm>> Acesso em 19 mar 2018.

PALLAMOLLA, Raffaella da P. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século 20: taylorismo, fordismo e toyotismo**. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos**. São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro: parte especial**. v. 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PRANIS, Kay. **Justiça restaurativa e processo circular nas varas de infância e juventude**. Palas Athena, 2010. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_424.pdf>. Acesso em: 09 nov. 2017.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del derecho penal: concepto y método**. Buenos Aires: B de F, 2003.

QUEIROZ, Paulo. **Direito penal parte geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RAUTER, Cristina. **Criminologia e subjetividade no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

REGINATO, Andréa Depieri de Albuquerque. **Obrigação de punir: racionalidade penal moderna e as estratégias de controle da violência doméstica contra a mulher**. São Cristóvão, 2014. Tese (Doutorado em Sociologia) – Programa de pós-graduação em Sociologia, Universidade Federal de Sergipe.

RIBEIRO, Andressa de Freitas. Taylorismo, fordismo e toyotismo. **Lutas sociais**. São Paulo, v. 19, n 35, p. 65-79, jul/dez 2015.

RIFKIN, Jeremy. **O Fim dos Empregos: o Declínio inevitável dos Níveis dos Empregos e a Redução da Força Global de Trabalho**. Tradução de Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1995.

RUGGE, T.; BONTA, J.; WALLACE-CAPRETTA, S. **Evaluation of the collaborative justice project: a restorative justice program for serious crime**. Public Safety and Emergency Preparedness Canada. Ottawa. 2005.

RUSCHE, Georg. KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. **Revista Magister de Direito Penal e Processo Penal**, n. 16, p. 28-37, fev-mar 2007.

SAHD, Luiz Felipe Netto de Andrade e Silva. Considerações sobre o fundamento moral da propriedade. **Kriterion**, Belo Horizonte, v. 48, n. 115, p. 219-234, 2007. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2007000100013&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 15 dez. 2017.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime da justiça penal: porquê, para quê e como?** Coimbra: Coimbra, 2014.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Um discurso sobre as ciências**. 5 ed. São Paulo: Cortez, 2008.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2014.

SARMENTO, Daniel. **Livres e iguais**: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SAYEG, Ricardo Hasson. BALERA, Wagner. **O capitalismo humanista**: filosofia humanista de direito econômico. Petrópolis: KBR, 2011.

SCURO NETO, P. O enigma da Esfinge: uma década de justiça restaurativa no Brasil. **Revista Jurídica - CCJ/FURB**, v. 12, n. 23, p. 3-24, jan/jun 2008.

SHAPLAND, E. A. **Restorative Justice in practice**. The University of Sheffield. Centre for criminological research. Sheffield. 2006.

SHECAIRA, S. S. **Criminologia**. 7. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

SILVA, Haroldo Luiz Rigo da. **Justiça Restaurativa – instrumento de efetivação do princípio constitucional da busca da felicidade**: um estudo sobre a prática em Sergipe. São Cristóvão, 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal de Sergipe.

SPOSATO, K. B. **Justiça Juvenil Restaurativa e novas formas de solução de conflitos**. São Paulo: CLA Cultural, 2018.

STRECK, L. L. **O que é isto - decido conforme minha consciência?** 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

_____; SARLET, Ingo Wolfgang; CLÉVE, Clemerson Merlin. Os limites constitucionais das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). **Revista de Doutrina TRF4**. ed. 9, 2005. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/os-limites-constitucionais-das-resolu%C3%A7%C3%B5es-do-conselho-nacional-de-justi%C3%A7a-cnj-e-conselho-na>>. Acesso em: 11 jan 2019.

SUPIOT, Alain. **Homo juridicus**: ensaio sobre a função antropológica do direito. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

TAVARES, Juarez. **Teorias do delito**: variações e tendências. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A desigualdade e a subversão do estado de direito. **SUR – Revista internacional de direitos humanos**. n. 6, ano 4, 28-51, 2007. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/desigualdade-e-subversao-estado-de-direito/>>. Acesso em: 21 jul 2018.

WACQUANT, Loic. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

WALKER, L.; RODGERS, K.; UMBREIT, M. What Is Restorative About Teen Court? **Internet Journal of Restorative Justice, Special Issue Restorative Justice and Complex Crimes**, n. 1, may 2018. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3294303>. Acesso em: 23 dez 2018.

WOLKMER, Antonio Carlos. Cultura jurídica moderna, humanismo renascentista e reforma protestante. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 9-28, jan. 2005a. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15182>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. O Direito como expressão da vontade e da razão humanas: Jean Jacques Rousseau, Emmanuel Kant e Cesare Beccaria. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos do humanismo jurídico no Ocidente**. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005b, p. 85-104.

_____ (Organizador). **Fundamentos de história do direito**. 3 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En busca de las penas perdidas**: Deslegitimacion y dogmatica jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 1998.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. Retributive Justice, Restorative Justice. **New perspectives on crime and justice: occasional papers of the MCC Canada Victim Offender Ministries Program and the MCC U.S. Office of criminal justice**, Kitchener. Ontario, n. 4, september 1985.

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.