

Sistema Penal & Violência

Revista Eletrônica da Faculdade de Direito
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS

Porto Alegre • Volume 6 – Número 1 – p. 75-87 – janeiro-junho 2014

Justiça Criminal e Justiça Restaurativa:
Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista

Criminal Justice and Restorative Justice:
Opportunities to break with the bureaucratic and retribucionist logic

RAFFAELLA PALLAMOLLA
DANIEL ACHUTTI

DOSSIÊ

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Editor-Chefe
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO
Organização de
DANIEL ACHUTTI
JOSÉ CARLOS MOREIRA DA SILVA FILHO



Justiça Criminal e Justiça Restaurativa: Possibilidades de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista

Criminal Justice and Restorative Justice: *Opportunities to break with the bureaucratic and retribucionist logic*

RAFFAELLA PALLAMOLLA^a
DANIEL ACHUTTI^b

Resumo

Neste trabalho, os autores se propõem a analisar a lógica que orienta o funcionamento da justiça criminal e as possibilidades de alterá-la. Para a análise, são utilizados os estudos de Max Weber sobre as organizações modernas e seu caráter burocrático e racional, as críticas a ele dirigidas por parte de expoentes da sociologia das organizações, bem como o entendimento, do mesmo autor, sobre o Direito moderno enquanto organização burocrática racional-legal. Especificamente em relação à justiça criminal, aportam-se alguns resultados de pesquisa realizada na década de 1990 por Luis Flávio Saporì acerca do funcionamento da justiça criminal brasileira e as considerações abolicionistas da década anterior sobre a lógica burocrática da justiça criminal. Estas análises se somam ao diagnóstico de crise permanente da justiça criminal, sobretudo com base nos estudos de Michel Foucault, para redundarem na proposta de ruptura com a lógica burocrático-retribucionista do sistema de justiça criminal através do uso da justiça restaurativa.

Palavras-chave: Justiça criminal moderna. Lógica burocrático-retribucionista. Justiça restaurativa.

Abstract

In this article, the authors' proposal is to analyze the logic of the criminal justice operation and the possibilities for its change. For such analysis, studies of Max Weber on modern organizations and their bureaucratic and rational character are used, as well as the criticism leveled by the sociology of organizations theorists and Weber's perception of modern law as a bureaucratic rational-legal organization. Specifically regarding criminal justice, some results of a research conducted in the 1990s by Luis Flávio Saporì about the Brazilian criminal justice operation are used, together with some penal abolitionists' considerations on the bureaucratic logic of criminal justice. Such analyzes, while read with the diagnosis of criminal justice's permanent crisis, mainly based on Michel Foucault's studies, results in a proposal for breaking down the bureaucratic and retribucionist logic of criminal justice system, through the use of restorative justice.

Keywords: Modern criminal justice. Bureaucratic and retribucionist logic. Restorative justice.

^a Doutoranda em Ciências Sociais pela PUCRS (Bolsista CAPES/PROSUP), com período sanduíche na Università di Bologna (Bolsista CAPES – proc. n. 12332/13-5) e em Direito Público pela Universidad Autónoma de Barcelona (UAB). Mestre em Criminologia e Execução Penal pela Universidad Autónoma de Barcelona (UAB) e em Ciências Criminais pela PUCRS. Advogada. <raffaellapp@terra.com.br>.

^b Doutor em Ciências Criminais pela PUCRS, com período sanduíche na Universidade de Leuven – Bélgica (bolsa CAPES – proc. n. 3770/10-9). Professor dos cursos de Mestrado e Graduação em Direito do Unilasalle/RS. Advogado. <daniel.achutti@achuttiosorio.com.br>.

1 A estrutura burocrática do sistema de justiça criminal moderno e suas implicações

A análise de Max Weber sobre as organizações modernas e sua inerente burocratização, apesar de ter sido a primeira interpretação sistemática sobre o tema, possuir quase um século e ser, ainda hoje, objeto de intensas discussões entre sociólogos organizacionais (Giddens, 2005), é de inegável importância, sobretudo para a análise do funcionamento do sistema de justiça criminal moderno. Por isso, cabe resgatar brevemente alguns conceitos da análise de Weber sobre as organizações burocráticas.

Conforme Giddens (2005, p. 285), “com o intuito de estudar as origens e a natureza da expansão das organizações burocráticas, Weber construiu um *tipo ideal* de burocracia”. A partir desta forma pura de organização burocrática, Weber (1982) estabeleceu seis características da burocracia moderna:

- (1) As áreas de jurisdição são fixas e oficiais, ordenadas por leis ou normas administrativas. Disso decorrem três elementos que constituem a autoridade burocrática:
 - (a) as atividades regulares necessárias aos objetivos da estrutura governada burocraticamente são distribuídas de forma fixa como deveres oficiais;
 - (b) a autoridade de dar as ordens necessárias à execução desses deveres oficiais se distribui de forma estável, sendo rigorosamente delimitada pelas normas relacionadas com os meios de coerção, físicos, sacerdotais ou outros, que possam ser colocados à disposição dos funcionários ou autoridades;
 - (c) tomam-se medidas metódicas para a realização regular e contínua desses deveres e para a execução dos direitos correspondentes; somente as pessoas que têm qualificações previstas por um regulamento geral são empregadas.
- (2) Há um sistema fortemente ordenado de mando e subordinação onde se estabelecem uma hierarquia de postos e de níveis de autoridade.
- (3) A administração do cargo é baseada em documentos escritos (os arquivos). Estes, no caso da burocracia pública, constituem, juntamente com um grupo de funcionários, uma repartição.
- (4) A administração burocrática moderna pressupõe, na maioria das vezes, treinamento especializado e completo.
- (5) A atividade oficial demanda do funcionário sua plena capacidade de trabalho, apesar do tempo de permanência deste na repartição ser delimitado.
- (6) Há regras gerais que norteiam o desempenho do cargo. Conhecer estas regras significa submeter-se a um aprendizado técnico especial.

Weber concebe a organização burocrática como tecnicamente superior a qualquer outra forma de organização, entende-a como um mecanismo que otimiza características como “precisão, velocidade, clareza, conhecimento dos arquivos, continuidade, descrição, unidade, subordinação rigorosa, redução do atrito e dos custos de material e pessoal” (Weber, 1982, p. 249).

Entende também que é através da burocratização que é possível colocar-se em prática o princípio de especialização das funções administrativas, com base apenas em considerações objetivas (Weber, 1982). Desta maneira, ainda segundo o autor,

tarefas individuais são atribuídas a funcionários que têm treinamento especializado e que, pela prática constante, aprendem cada vez mais. O cumprimento ‘objetivo’ das tarefas significa, primordialmente, um cumprimento de tarefas segundo *regras calculáveis* e ‘sem relação com pessoas’ (Weber, 1982, p. 250).

Como mencionado anteriormente, o tipo ideal weberiano de burocracia sofreu diversas críticas. Uma delas diz respeito ao caráter racional que Weber atribuía à organização burocrática. Segundo Erhard Friedberg, Weber concebe a burocracia com um tipo de organização mais eficaz, pois ela permitiria

uma execução objetiva e racional, quer dizer, previsível, calculável e independente das pessoas efectivamente encarregadas da execução. Por outras palavras, a eficácia da burocracia está ligada ao facto de ela despersonalizar e estandardizar as actividades humanas, de conseguir instrumentalizar os ‘meios humanos’ ao serviço de fins racionalmente determinados (Friedberg, 1995, p. 58).

Friedberg salienta, porém, que a análise de Weber não escapa às tendências (ou ilusões) racionalistas e tecnicistas da organização científica do trabalho, próprias de sua época (Friedberg, 1995), na medida em que entende como possível a existência de uma organização senão totalmente, quase que puramente racional.

Esta crítica a Weber decorre de estudos posteriores que trouxeram à tona uma nova dimensão das relações dentro das organizações. Enquanto Weber colocava em um plano principal as relações formais tidas dentro das organizações, ou seja, aquelas relações que ocorrem entre as pessoas e que são pautadas pelas regras da organização, o sociólogo Peter Blau analisou as relações informais, ou seja, aquelas que extrapolam ou até mesmo violam as regras da organização e possuem como objetivo criar caminhos informais que flexibilizam a realização de tarefas (Giddens, 2005).

Explica Giddens que não é fácil saber até que ponto esta nova dimensão tende a favorecer ou impedir a eficácia das organizações, porém, ela sem dúvida traz implicações para o modelo de burocracia weberiano:

Os sistemas que se assemelham ao tipo ideal de Weber tendem a originar uma selva de caminhos extra-oficiais para a realização de tarefas, o que se deve, em parte, ao fato de que é possível alcançar a flexibilidade remendando extra-oficialmente as regras formais. (...) As ligações informais entre os funcionários de postos superiores podem ser úteis em rumos que auxiliem toda a organização. Por outro lado, esses funcionários podem estar mais preocupados em favorecer ou proteger seus próprios interesses do que em promover os da organização como um todo (Giddens, 2005, p. 286).

Uma outra crítica trazida por estudos posteriores aos de Weber foi feita por Robert Merton. Este autor identificou elementos na burocracia que poderiam prejudicar seu próprio funcionamento, os quais deu o nome de ‘disfunções da burocracia’ (Giddens, 2005).

Conforme Giddens (2005), as preocupações de Merton giravam em torno de duas questões:

- (1) a possibilidade de que a rigidez burocrática levasse a um ritualismo burocrático, cuja consequência é a conservação da norma a qualquer custo, ainda que não seja a melhor solução para a organização como um todo. Tal ritualismo decorreria do treinamento dos burocratas ser voltado à confiança estrita em regras e procedimentos escritos, ou seja, não há estímulo à flexibilidade, ao emprego de seu próprio julgamento na tomada de decisões e à busca de soluções criativas; e
- (2) a possibilidade de que a adesão às regras burocráticas tivesse prioridade sobre as metas organizacionais fundamentais. Ao dar-se ênfase ao procedimento correto, previsto nas regras, poder-se-ia perder de vista todo o contexto do caso.

Assim, enquanto para Weber as organizações burocráticas eram mais eficazes do que as demais, tanto Blau como Merton mostraram que “elas tinham funcionamentos pesados, faltava-lhes agilidade e induziam comportamentos rígidos e ritualistas entre os seus membros” (Friedberg, 1995, p. 62).

Nesse sentido, com base nos aportes teóricos de Merton, conclui Giddens que “um dos principais pontos fracos da burocracia é a sua dificuldade em lidar com os casos que necessitem de tratamento e considerações especiais” (Giddens, 2005, p. 287), na medida em que não é permitido ou não faz parte da lógica burocrática buscar novas soluções, mas apenas aplicar aquelas já previstas nas regras.

Voltando à análise de Weber, agora no que tange especificamente ao Direito, é importante salientar que para o autor foi a burocracia que estabeleceu as bases da administração do direito racional moderno (Weber, 1982). Este processo de racionalização e burocratização do Direito moderno tornou possível, por exemplo, a separação entre Direito Público e Direito Privado:

Somente com a burocratização do Estado e do Direito em geral, vemos uma possibilidade definitiva de separar, clara e conceptualmente, uma ordem jurídica ‘objetiva’ dos ‘direitos subjetivos’ do indivíduo, que ela garante; de separar o Direito ‘Público’ do Direito ‘Privado’. (...) Essa separação conceptual pressupõe a separação conceptual do ‘Estado’, como um portador abstrato de prerrogativas soberanas e o criador de ‘normas jurídicas’, das ‘autorizações’ pessoais dos indivíduos (Weber, 1982, p. 276-277).

Como salienta Luis Flávio Sapori, a respeito da análise weberiana sobre o Direito moderno, a estrutura que orientou a justiça na sociedade moderna foi uma estrutura burocrática racional-legal. Esta justiça burocratizada, possuidora de uma complexa estrutura formal “corresponde ao ápice do processo histórico de racionalização na criação e na aplicação do Direito” (Sapori, s/d, p. 1).

Sapori (s/d) destaca que a justiça moderna possui como características (a) uma divisão do trabalho acentuada e (b) uma padronização dos procedimentos a serem adotados na obtenção do produto final que, neste caso, é a sentença.

Em relação à divisão do trabalho, salienta que há diferentes funções atribuídas a distintos papéis ocupacionais. No caso da justiça criminal, há a tarefa de acusar (promotor), defender (advogado/defensor público) e julgar (magistrado). Os cargos são ocupados por pessoas treinadas racionalmente em conhecimentos específicos e todos os papéis ocupacionais estão sujeitos ao controle e à fiscalização de suas atividades.

Em relação à padronização dos procedimentos a serem adotados até a obtenção do produto final, no caso da justiça criminal todos os passos são previstos em lei, ou seja, existem formalidades a serem cumpridas (não por outro motivo alguns teóricos do direito penal e processual penal concebem a *forma* como *garantia*¹). A adoção desses procedimentos pré-estabelecidos implicou “a rotinização de uma técnica ou de um método de fazer justiça” (Sapori, s/d, p. 1).

Apesar de tais características (correspondentes às relações formais do modelo weberiano), o autor alerta para a impossibilidade de se compreender a justiça criminal moderna somente com base em sua estrutura formal. Isso porque existem programas de ação que levam, consideráveis vezes, à violação das prescrições normativas pelos atores legais. Nesse sentido, “a atuação dos atores legais é balizada, em diversas situações, não pelas prescrições normativas do sistema, mas sim por programas de ação, de caráter informal, que estão institucionalizados nas varas criminais” (Sapori, s/d, p.1).

Ao longo de seu trabalho, Sapori apresenta os resultados de estudo de caso por ele realizado e cujos dados foram coletados nas varas criminais de Belo Horizonte no ano 1993. Para o presente estudo, o que importa salientar é a conclusão a que chega o autor sobre a existência, na justiça criminal brasileira, de uma série de procedimentos que compõem o que ele chama de “justiça linha de montagem”. Nas palavras do autor,

¹ A respeito desta visão jurídica, fortemente identificada com a corrente do garantismo penal, conferir FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.

“a prevalência da meta da eficiência na justiça criminal brasileira também possibilitou a institucionalização de uma série de procedimentos práticos que determinam como fazer justiça de modo ágil” (Sapori, s/d, p. 3).

A consequência fundamental de tal modelo de justiça é a desconsideração das particularidades de cada caso, na medida em que prevalece o tratamento categorizado dos casos. Tal tratamento se dá por meio de duas técnicas padronizadas que operacionalizam este modelo de justiça: (a) adoção de ‘fórmulas’ pelos atores legais que facilitam e agilizam a elaboração (ou produção) de peças processuais (denúncias, peças defensivas, memoriais finais, sentenças, etc.); (b) a realização de acordos informais por parte dos atores legais que visa acelerar o encerramento do processo por meio da supressão de determinados atos da instrução criminal.

A análise do autor mostra como arranjos informais criados pelos atores legais foram capazes de produzir uma justiça linha de montagem que “funciona como uma perfeita burocracia” (Sapori, s/d, p. 8):

(...) a categorização é um sintoma da racionalidade formal que caracteriza a justiça linha de montagem. É em função da prevalência da meta da eficiência que a classificação dos processos em categorias se torna uma medida racional. Ela agiliza sobremaneira o trabalho dos diversos atores legais, maximizando a produtividade no despacho de processos. Lançando mão da categorização, os atores legais evitam despende um tempo além do desejável na procura de alternativas de ação (Sapori, s/d, p. 8).

O diagnóstico feito por Sapori da organização da justiça como uma perfeita burocracia é também compartilhada por um dos mais importantes criminólogos abolicionistas² do século XX, Louk Hulsman, e por Jacqueline Bernat de Celis. Ao tratarem do funcionamento do sistema penal, os criminólogos assinalam que:

Como todas as grandes burocracias, sua tendência principal não se dirige para objetivos externos, mas sim para objetivos internos, tais como atenuar suas dificuldades, crescer, encontrar um equilíbrio, velar pelo bem-estar de seus membros – numa palavra, assegurar sua própria sobrevivência. O processo de burocratização e profissionalização, que transpassa o sistema penal, faz dele um mecanismo sem alma. (Hulsman e Celis, 1997, p. 59-60).

Ainda conforme os autores, a partir do momento em que o conflito é abordado pelo sistema penal ele acaba por deixar de pertencer aos seus protagonistas e passa a ser analisado a partir das estruturas jurídico-penais, etiquetando um como “delinquente” e outro como “vítima” (Hulsman e Celis, 1997, p. 82), enrijecendo a percepção sobre a situação e impossibilitando leituras diversas.

Outro importante abolicionista, Nils Christie, aponta a maneira simplificadora pela qual o sistema jurídico-penal aborda as situações a ele endereçadas: por meio de um equipamento dicotômico – sim/não, bom/mau, culpado/inocente – a lei penal funciona como um sistema binário de classificação de atos e pessoas, com a separação dos atos entre certos e errados (não-crimes e crimes) e das pessoas entre criminosas e não criminosas.

A partir de tal sistema, a lei penal pode ser caracterizada, segundo o autor, como um tipo de lei que deve carregar, necessariamente, uma imagem simplista do ser humano e de seus atos (Christie, 1986a, p. 3; Christie, 1986b, p. 95-96), pois se assim não fosse, o seu próprio funcionamento poderia restar comprometido. Para o autor, quanto mais detalhes houver em um caso penal, mais difícil será a tomada de decisão pelo ator jurídico, independentemente do cargo ocupado (policial, promotor de justiça, advogado ou juiz). Quanto mais enxuto o ato, mais fácil a sua classificação conforme a estrutura binária da lei penal:

² Para uma leitura contemporânea e aprofundada sobre as propostas abolicionistas, conferir: RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: a celebration*. Oxford: Oxford University Press, 2010.

Quanto mais nós olharmos para o ato como um ponto no tempo e não como um processo, mais fácil será a tarefa de classificar o ato na perspectiva da lei penal. Quando menos nós soubermos a respeito de toda a situação, mais simples se torna a operação classificatória (Christie, 1986b, p. 96).³

Nesse sentido, a necessidade classificatória do sistema jurídico-penal obriga os atores jurídicos a reduzirem suas percepções sobre as situações que lhes são encaminhadas, como forma de evitar o próprio colapso do sistema. Seu caráter burocrático, portanto, é potencializado, praticamente impossibilitando qualquer outra forma de atuação que não siga o passo-a-passo da *engenharia de produção da justiça*.

2 A (permanente) crise do sistema de justiça criminal: a pena de prisão e sua falência

Paralelamente à análise dos estudos sobre a burocracia moderna e a constituição do Direito moderno enquanto organização burocrática racional-legal, faz-se imprescindível a reflexão sobre os efeitos produzidos pela justiça criminal moderna desde diferente (porém não divergente) perspectiva.

Nesse sentido, parece inevitável que a observação do modelo de justiça criminal moderno conduza à conclusão de que se trata de um modelo histórico repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória das penas e a ressocialização e, portanto, encontra-se falido, pois sua estrutura não funciona para a responsabilização de infratores, não produz justiça e tampouco constitui um verdadeiro sistema (Rolim, 2006).

No entanto, quando se fala em falência deste modelo punitivo que elegeu a prisão como principal instrumento de resposta penal, não se está referindo a falência recente. As crises da utilização da prisão como pena remontam à época de seu surgimento. Na análise feita por Foucault, percebe-se que no século XIX a prisão passou a ser utilizada como o principal meio de punição, sendo aplicada à quase totalidade dos crimes e substituindo duas outras formas anteriormente utilizadas: o suplício e as penas proporcionais aos crimes (fruto da reforma ‘humanista’⁴ da segunda metade do século XVIII) (Fonseca, 2002):

Forma-se aquilo a que Foucault chama, nesse momento, de a “sociedade punitiva”, um tipo de sociedade na qual o aparelho de Estado desempenha as funções corretivas, paralelamente a outras, ditas “penitenciárias”, representadas pelas práticas de aprisionamento (Fonseca, 2002, p. 133).

Neste período histórico, conforme Foucault, há a colonização da instituição judiciária pelos mecanismos disciplinares:

(...) ao fazer da detenção a pena por excelência, ela [a nova legislação] introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que se diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’ (Foucault, 1987, p. 195).

Para o mesmo autor, na modernidade, a punição assume a forma de poder disciplinar, seu objetivo não é mais a expiação ou a repressão, mas a normalização. Os mecanismos disciplinares, então, “produziram uma

³ Para uma leitura da importância dos trabalhos de Hulsman e Christie para o desenvolvimento da justiça restaurativa, conferir: ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal*: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2014.

⁴ A Reforma do Direito Penal da segunda metade do séc. XVIII é tratada por Foucault não como um movimento que pretendia humanizar as penas com a abolição dos suplícios, mas como um movimento que estaria interessado em estabelecer uma nova “economia política” do poder de punir: “por detrás de tais discursos e disputas, estaria um interesse em uma justiça mais ágil e desembaraçada, em face de transformações significativas nos domínios econômico, político e social (...). No fundo, o que se denunciava era uma justiça penal ‘irregular’, devido à multiplicidade de instâncias com poder de decisão que acabavam por compô-la” (Fonseca, 2002, p. 129).

‘penalidade da norma’ que é irredutível em seus princípios e seu funcionamento à penalidade tradicional da lei” (Foucault, 1987, p. 153).

Ainda para Foucault, a origem do funcionamento jurídico-antropológico que perpassa toda a história da penalidade moderna, não está na “superposição à justiça criminal das ciências humanas, e nas exigências próprias a essa nova racionalidade ou ao humanismo que ela trará consigo; ele tem seu ponto de formação nessa técnica disciplinar que fez funcionar esses novos mecanismos de sanção normalizadora” (Foucault, 1987, 153).

É interessante observar que as críticas à prisão apareceram muito cedo, já a anunciando como o grande fracasso da justiça criminal. Pouco tempo depois da implementação das prisões, já havia movimentos para a reformulação do sistema prisional, em razão dos males causados pelo encarceramento. O posterior reconhecimento (parcial) da inadequação e mau uso das prisões levaram à busca de alternativas (Zehr, 2008).

Foucault reproduz as críticas feitas ainda em 1820 e 1845 e observa que estas permanecem as mesmas até hoje⁵, variando, apenas, em termos quantitativos: as prisões não reduzem a taxa de criminalidade – mesmo que se aumente, multiplique ou transforme as prisões, a criminalidade permanece a mesma ou aumenta; a detenção provoca reincidência; a prisão fabrica delinquentes em razão das condições a que submete os apenados; a prisão favorece a organização de delinquentes solidários entre si e hierarquizados; os que são libertados da prisão estão condenados à reincidência, devido às condições de vigilância a que são submetidos; por fim, a prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria (Foucault, 1987).

As respostas dadas na época às fortes críticas também eram similares às dadas na atualidade, ambas com a característica de serem autorreferenciais⁶, ou seja, sugerem o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução aos problemas (a exemplo do intenso debate dos dias atuais em torno da construção de novos presídios para aplacar a superlotação carcerária):

(...) naquele momento e ainda hoje, a resposta para o fracasso da prisão em termos de justiça penal consiste fundamentalmente em se procurar reconduzir os princípios da técnica penitenciária, consiste em se buscar a reativação das técnicas penitenciárias como sendo a única forma de reparação do seu fracasso. É como se há 150 anos não se visualizasse uma alternativa à prisão enquanto modo de punição (Fonseca, 2002, p. 171).

Ao longo da existência do modelo retributivo, portanto, inúmeras alterações buscaram ‘consertar’ suas falhas. Inicialmente, as punições eram severas, não havendo correlação entre gravidade do delito e pena imposta. Posteriormente, com o Renascimento, introduziu-se o critério da proporcionalidade entre o ato e a pena correspondente, o que tornou a aplicação da pena mais ‘racionalizada’. Desde então, as prisões popularizaram-se e configuraram-se em uma forma ‘científica’ de aplicar punição. Mais recentemente, na primeira metade do século. XX, surgiu a ideia da reabilitação, que em seguida (em torno de 1960) cairia em descrédito por sustentar um modelo terapêutico com sentenças indeterminadas e discricionárias. Ademais destas alterações ou reformas, também as penas alternativas figuraram como tentativas de salvar o paradigma punitivo, estatuidando formas alternativas de castigo⁷.

⁵ Pode-se referir, no pensamento criminológico contemporâneo, as críticas sustentadas pelo *labelling approach*, criminologia crítica e, posteriormente, pelo movimento abolicionista, que denunciaram os efeitos do cárcere, os processos de criminalização, a seletividade e a estigmatização do direito penal, etc.

⁶ Tratando do discurso dogmático penal, Carvalho observa esta mesma característica de auto-referenciabilidade que parece ser uma constante no discurso penal em busca de legitimidade: “Segundo o discurso dogmático, a missão do direito penal é a tutela dos principais bens jurídicos da humanidade. No entanto, esta mesma dogmática conceitua bem jurídico como sendo aqueles valores fundamentais salvaguardados pelo direito penal, ou seja, trata-se de um discurso autorreferencial, aparentemente paradoxal, mas que serve utilitariamente para auferir legitimidade a qualquer intervenção (moral) punitiva” (Carvalho, 2005, p. 117).

⁷ Este breve resumo do paradigma punitivo e suas alterações ao longo dos tempos é apresentado por Zehr (2008, p. 89-90), com base na análise do paradigma jurídico retributivo feita por Randy Barnett.

Todavia, as penas alternativas ao encarceramento, ao invés de ingressarem no sistema penal no lugar da pena de cárcere, somaram-se a ele, aumentando o campo de atuação do controle formal:

As populações carcerárias continuam a crescer ao mesmo tempo em que as “alternativas” também crescem, aumentando o número de pessoas sob o controle a supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender às necessidades essenciais de vítima e ofensor (Zehr, 2008, p. 89).

A esse respeito, Stanley Cohen, em seu livro “*Visions of social control*” (1985), explica que as alternativas ao cárcere não serviram para substituí-lo, mas sim para complementá-lo, o que ocasionou o aumento do controle social. Pouco tempo depois (1987), o mesmo autor revisou parcialmente suas críticas às penas alternativas e admitiu que, ainda que não houvessem substituído o cárcere, elas não representaram um total fracasso (Larrauri, 2000).

A expansão da rede e a ineficácia das alternativas para alterar a situação do sistema penal, ocorrem, na opinião de Zehr (2008), porque tanto a pena de prisão quanto as alternativas se apóiam numa mesma compreensão de crime e justiça, que abrange os seguintes pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime.

O insucesso das alternativas também havia sido previsto pelos abolicionistas, que defendiam não penas alternativas, mas alternativas ao sistema penal, e ainda alertavam que enquanto não fosse abolida a prisão, as penas alternativas seguiriam seu caminho:

[as penas alternativas] deberán cumplir e mismo cometido de la cárcel – disciplinar a la gente en la moralidad convencional dominante; repetirán sus estructuras – medios institucionales cerrados, regímenes disciplinarios; y reproducirán sus errores: estigmatizarán al ofensor sin dar satisfacción a la víctima (Larrauri, 2000, p. 213).

3 Justiça restaurativa e a tentativa de romper com o modelo burocrático-retributivo da justiça criminal moderna

Diante das questões abordadas acima, que tratam de diferentes problemas do sistema de justiça criminal moderno – estrutura fortemente burocratizada e a ‘crise’ da prisão – problemas estes que, apesar de tratados separadamente, são expressões de um único modelo de justiça (baseado numa racionalidade moderna, retribucionista e, portanto, punitiva), é preciso buscar alternativas a esta forma de enfrentamento da conflitualidade social.

O sistema de justiça criminal retribucionista, nesta perspectiva, apresenta-se apenas como um potencializador de uma situação já problemática:

A justiça criminal não funciona. Não porque seja lenta ou – em sua “opção preferencial pelos pobres” – seletiva.

Mesmo quando rápida e mais “abrangente”, ela não produz “justiça”, porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticaram o mal. Esse resultado não altera a vida das vítimas. O Estado as representa porque o paradigma moderno nos diz que o crime é um ato contra a sociedade. Por isso, o centro das atenções é o réu, a quem é facultativo mentir em sua defesa. A vítima não será, de fato, conhecida e o agressor jamais será confrontado com as consequências de sua ação (Rolim apud Azevedo, 2005, p. 116-117).

Elena Larrauri (2004) destaca que a corrente abolicionista pretendia a substituição deste modelo tradicional de justiça criminal, defendendo uma recuperação do conflito pela vítima e ofensor, prevendo, em alguns casos, a intervenção de terceiros como mediadores. Suas propostas eram, de modo geral, fazer com que a comunidade recuperasse sua capacidade para solucionar conflitos ou encaminhá-los para o âmbito do Direito civil.

Todavia, o radicalismo dos abolicionistas deu lugar a muitas críticas por parte de criminólogos, que não acreditavam no poder de resolução de conflitos das comunidades, e por parte de juristas, que alegavam que tal modelo suprimia os direitos e garantias do acusado existentes no processo penal tradicional.

Nos anos 1990 surgiu, então, como modelo diretamente ligado às proposições abolicionistas, a justiça restaurativa, com estrutura mais próxima ao modelo vigente, pois

ha aceptado que deben existir principios reguladores de la justicia restauradora y que los jueces penales deben supervisar los acuerdos que se alcancen, ha discutido el problema de quién y cuándo se derivan los casos a la justicia restauradora, se ha preocupado por los riesgos de vulneración de derechos procesales que las conferencias pueden conllevar, y finalmente ha admitido que puede coexistir con la justicia penal ya que ésta puede hacer más eficaz el acuerdo que se alcance en las conferencias de justicia restauradora (Larrauri, 2004, p. 441).

Como refere Vincenzo Ruggiero (2011, p. 100), “há um nítido elemento abolicionista na proposição de que a administração estatal centralizada da justiça penal deve ser substituída por formas descentralizadas de regulações autônomas de conflitos”. De uma maneira geral, o autor (Ruggiero, 2011, p. 100) sugere que os abolicionistas penais “defendem a adoção de novas formas de lidar com comportamentos indesejados e, ao fazer isto, situam-se em uma posição original no debate acerca da justiça restaurativa”. Ao postular a adoção de mecanismos não apenas descentralizados, mas que igualmente aproximem as partes e lhes outorguem a faculdade de dialogar e buscar a melhor solução para os seus casos, os abolicionistas penais, desde o histórico artigo *Conflitos como Propriedade*, de Christie (1977), apresentam um caminho possível para que os conflitos sejam manuseados de maneira diversa à do sistema de justiça criminal tradicional.

Para John Braithwaite, as diferenças de política criminal existentes entre justiça restaurativa e abolicionismo estão centradas no fato de que a primeira ainda admite a utilização do cárcere para um reduzido número de delitos e segue conferindo importância à conservação das garantias processuais e penais, enquanto a segunda propõe não só uma “alternativa a la pena de prisión, sino una alternativa a la forma actual del proceso penal” (Cid e Larrauri, 2001, p. 247-248).

Já a diferença fundamental entre o modelo reparador (justiça restaurativa) e o retribucionista, para Eugenio Raúl Zaffaroni (Zaffaroni et al., 2003), é que o primeiro pretende solucionar os conflitos, ampliando o número de conflitos resolvidos e melhorando a coexistência social, enquanto o segundo apenas busca decidir os conflitos, estendendo a margem de atos unilaterais de poder, solucionando menos conflitos e deteriorando a coexistência social.

Segundo Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, não existe uma única forma de manifestação da justiça restaurativa, mas sim diversas práticas restaurativas:

A ideia de uma justiça restaurativa aplica-se a práticas de resolução de conflitos baseadas em valores que enfatizam a importância de encontrar soluções para um mais ativo envolvimento das partes no processo, a fim de decidirem a melhor forma de abordar as consequências do delito, bem como as suas repercussões futuras (Azevedo, 2005, p. 136).

Uma das práticas restaurativas mais utilizadas é a mediação penal. Com seu uso a justiça restaurativa pretende terminar com a dicotomia vítima-ofensor, desfazendo os mitos (estereótipos) relacionados a ambos: “ao defrontarem-se cara a cara, vítima e infrator podem superar os mitos e estereótipos mútuos, desde que esse encontro ocorra com a orientação de um *facilitateur*. O objetivo prioritário é o restabelecimento do diálogo, o secundário é a dissuasão” (Azevedo, 2005, p.124).

Para Tony Peters e Ivo Aertsen, autores de um projeto de investigação sobre mediação penal na Bélgica, um dos efeitos mais importantes do processo de mediação é a eliminação dos mitos com relação à vítima e ao ofensor que decorre da participação ativa de ambos no processo restaurador:

Ambas partes involucradas en la experiencia de mediación ven un tipo de ‘justicia’ en vez de, pasivamente, recibir “justicia”. Desde este enfoque, ambas partes se sienten más responsables y abandonan los estereotipos tradicionales de su forma de pensar: ‘el delincuente intratable’ y la ‘víctima que se aprovecha’ se convierten en ‘mitos’ impracticables (Peters e Aertsen, 1995, p. 140).

Assim, ao contrário do procedimento da justiça criminal tradicional, que respalda e reproduz os mitos sobre o ‘delinquente suspeito’ através da seleção de informações dirigidas à acusação e à sentença, na mediação, o enfoque está nas informações que possam aproximar as partes em conflito a fim de chegarem a um acordo (Peters e Aertsen, 1995). Nesse sentido, a ideia de ‘justiça negociada’ que pretende o entendimento entre as partes afasta-se da tradicional busca pela verdade, tão característica do processo penal, alterando-se também a própria concepção de *justiça*.

A mediação-reparação não representa a forma mais rápida de justiça, como se costuma dizer, podendo ser este tipo de processo mais trabalhoso do que a imposição de pena. Representa a introdução no Direito Penal de uma justiça negociada, sendo a mediação e a confrontação aspectos importantes no processo dinâmico existente entre vítima e acusado na busca de solução para o conflito (Gimenez-Salinas, 1996).

Trata-se de maneira diferente da tradicional para auferir responsabilidade penal à pessoa, através da qual se pode chegar a diversas respostas, desde evitar o processo penal, atenuar ou eximir de pena, ou ainda reduzir a duração da pena privativa de liberdade (Cid e Larrauri, 2005).

Para Ruggiero (2011, p. 101), a justiça restaurativa é “um processo que traz os atores e a comunidade afetada por uma situação problemática de volta à condição na qual o problema surgiu”, e refere que este modelo de justiça funciona a partir do envolvimento direto das partes, de modo que estas serão as responsáveis por encontrar uma solução para o caso.

A marca do modelo de justiça restaurativa é a diversidade. Nesse sentido, é de extrema relevância a pergunta feita por Josefina Castro:

Se, em grade medida, o poder de sedução e o sucesso destes novos dispositivos de justiça informal podem ser atribuídos à fluidez e indefinição conceptual que os caracteriza e que lhes proporciona uma natureza plástica capaz de servir diferentes e até contraditórios objetivos, a existência de um tão amplo consenso deve pelo menos fazer-nos pensar. Que pretendemos com a institucionalização destes dispositivos? Realizar um ideal de justiça comunicacional baseada no diálogo entre o ofendido e o autor da ofensa e, portanto, uma justiça mais próxima, mais participativa e reconstrutiva, ou responder a objetivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal? (Castro, 2006, p. 153)

O questionamento da autora conecta-se aos pontos anteriormente abordados neste trabalho. O que se pretende com este modelo de justiça informal? Reformar o sistema sem buscar alterar a sua lógica punitiva,

nos termos do que se tentou fazer com as penas alternativas, ou construir uma nova forma de fazer justiça, desvinculada das respostas prontas do sistema burocrático?

Responder a tais questionamentos demandaria um aprofundamento das questões que aqui brevemente levantadas. No entanto, é pertinente destacar alguns pontos trazidos por Castro (2006, p. 154), que servem de baliza para uma justiça restaurativa que pretende romper com a estrutura burocrática do sistema de justiça criminal, bem como reduzir o uso da prisão pelo sistema penal:

- (1) “(...) a mediação não é nem pode ser tomada como panacéia universal. Nem todas as situações, mesmo quando configuram crimes de mesma natureza, são susceptíveis de mediação, desde logo pelas condições pessoais dos envolvidos”;
- (2) é necessária a “diferenciação das abordagens, e, portanto, o evitamento da rotina e burocratização das práticas”;
- (3) é preciso que “a avaliação [das experiências desta natureza] vá para além do inquirir a curto prazo da satisfação dos intervenientes, com todas as ambiguidades que um parâmetro destes coloca, ou que contemple apenas elementos quantitativos relativos aos resultados, descuidando a qualidade dos processos”.

Importante frisar que uma das vantagens da aplicação da justiça restaurativa frequentemente apontada é a constatação de resultados positivos com respeito à vítima, ao delinquente e à comunidade, relacionados com a maior flexibilidade do processo e de intervenção das partes, destacando estudos de campo o alto nível de satisfação por parte da vítima e do autor do delito com a mediação e, em geral, com a administração pública (Carrasco Adriano, 1999).

Por fim, com base nas considerações acima, acredita-se que a observância dos três pontos a seguir são fundamentais para que a justiça restaurativa possa figurar como experiência que realmente proporcione uma mudança na forma de lidar com os conflitos criminais:

- (1) não almejar a construção de um sistema, ou seja, um modelo fechado, com receitas prontas, aplicável a todos ou até mesmo a alguns tipos de delitos, em razão de não ser possível definir-se *a priori*, sem que se saiba o caso concreto e as partes envolvidas, se a prática restaurativa seria viável;
- (2) as soluções são dadas caso a caso, não se podendo pensar em soluções padronizadas que terminem burocratizando totalmente as práticas restaurativas. Isso significa dizer que não se deve pretender estabelecer processos fixos e normatizados de como a justiça restaurativa deve ser aplicada, isso engessa o modelo e impede soluções novas;
- (3) também a relevância da forma de avaliação destas práticas, que não pode seguir parâmetros de quantidade, mas de qualidade, algo que, sem dúvida, não constitui tarefa simples e não comporta simplificações. Não se pode esquecer, evidentemente, que este modelo de justiça, assim como qualquer outro, está sujeito a interferências do contexto (social, jurídico, etc.) de onde são desenvolvidos.

Referências

- ACHUTTI, Daniel. *Justiça Restaurativa e Abolicionismo Penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AZEVEDO, Rodrigo G. O paradigma emergente em seu labirinto: notas para o aperfeiçoamento dos Juizados Especiais Criminais. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005. p. 116-117.

- CARRASCO ADRIANO, Maria del Mar. La mediación del delincuente-víctima: el nuevo concepto de justicia restauradora y la reparación (una aproximación a su funcionamiento en Estados Unidos). *Revista Jueces para la Democracia. Información y Debate*, Madrid, n. 34, p. 69-86, mar. 1999.
- CARVALHO, Salo de. Intervenção. Mesa 2: A política proibicionista e o agigantamento do sistema penal nas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). *Globalização, Sistema Penal e Ameaças ao Estado Democrático de Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão a partir do projecto de investigação-acção da Escola de Criminologia da Faculdade de Direito do Porto. *Revista do Ministério Público*, ano 27, n. 105, jan.-mar. 2006.
- CID, José; LARRAURI, Elena. *Teorías Criminológicas: explicación y prevención de la delincuencia*. Barcelona: Bosch, 2001.
- _____. *Penas alternativas y delincuencia violenta*. In: CID, José; LARRAURI, Elena (Coords.). *La delincuencia violenta: ¿Prevenir, castigar o rehabilitar?* Valencia: Tirant lo blanch, 2005.
- CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. In: *The British Journal of Criminology*, v. 17, n. 1, 1977.
- _____. Crime control as drama. In: *Journal of Law and Society*, v. 13, n. 1, 1986a.
- _____. Images of Man in Modern Penal Law. In: *Contemporary crises* (título atual: *Crime, Law and Social Change*), v. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986b.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 2001.
- FONSECA, Marcio Alves da. *Michel Foucault e o direito*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.
- FRIEDBERG, Erhard. *O poder e a regra: dinâmicas da ação organizada*. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.
- GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Porto Alegre: Artmed, 2005.
- GIMENEZ-SALINAS, Esther. La justicia reparadora. *Prevenió. Quaderns d'estudi i documentació*. Barcelona, 1996. p.35-43.
- HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997.
- LARRAURI, Elena. *La Herencia de la criminología crítica*. Madrid: Siglo XXI de España; México D. F.: Siglo XXI Editores, 2000.
- _____. Tendencias actuales en la justicia restauradora. In: ÁLVARES, Fernando Pérez (Ed.). *SERTA in memoriam Alexandri Baratta*. Salamanca: Universidad de Salamanca – Aquilafuente, 2004.
- PETERS, Tony; AERTSEN, Ivo. Mediación para la reparación: presentación y discusión de un proyecto de investigación-acción. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, n. 8 (extraordinario), Dic. 1995.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no séc. XXI*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2006.
- RUGGIERO, Vincenzo. *Penal Abolitionism: a celebration*. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- _____. An Abolitionist View of Restorative Justice. In: *International Journal of Law, Crime and Justice*, v. 39, n. 2, 2011.
- SAPORI, Luís Flávio. *A administração da justiça criminal numa área metropolitana*. Disponível em: <http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_29/rbcs29_08.htm>.
- WEBER, Max. *Ensaio de sociologia*. Rio de Janeiro: LTC, 1982.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Recebido em: 13 abril 2014

Aceito em: 29 maio 2014