

A superação da lógica do “compreendendo menos e condenando mais”¹ pelas mãos² e lentes³ da justiça restaurativa

Overcoming the logic of “understanding less and condemning more” by the hands and lenses of restorative justice

Clara Welma Florentino e Silva⁴

Resumo: O artigo aborda o pensamento criminológico após a mudança do Estado de bem-estar social para o período pós-moderno e

- 1 Em referência à citação feita por David Garland (1999, p. 65), quando utiliza em sua crítica as seguintes palavras: “Se o crime não é senão uma questão de escolha racional, então podemos “compreender menos e condenar mais”, como o Primeiro-Ministro John Major ressaltava em 1933.
- 2 Em referência à obra de Vera Regina Pereira de Andrade, intitulada “Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão”.
- 3 Em referência à obra de Howard Zehr, intitulada “Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça”.
- 4 Mestranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela Uninter, sob coordenação do Prof. Juarez Cirino dos Santos (2016). Graduada em Direito, pela Universidade Federal do Ceará (2010). Pesquisadora do Centro de Estudos em Desigualdade e Discriminação (CEDD- UnB). É Defensora Pública do Estado do Maranhão, lotada na 1ª Vara Criminal de São José de Ribamar-MA, já tendo atuado, além da questão criminal, com execução penal e violência doméstica e familiar contra a mulher. É membro suplente da Comissão de Crimes e Discriminação On line do Colégio Nacional dos Defensores Públicos Gerais (CONDEGE). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direitos Humanos, Assessoria Jurídica Popular, Direito Penal e Criminologia, atuando principalmente nos seguintes temas: criminologia crítica e justiça restaurativa.

neoliberal. Neste contexto, situam-se os sentimentos de insegurança e impunidade, estimulados pela mídia, e o desenvolvimento de soluções de controle de criminalidade, por meio do endurecimento de penas e tipificação de condutas. Contrapõem-se essas ideias com o hiperencarceramento e os estudos criminológicos sobre a ineficácia da pena privativa de liberdade. Trabalha-se, pois, a necessidade de desenvolver outras formas de punição, a fim de superar a crise do sistema penal tradicional. Por fim, trabalha-se a ideia de que a Justiça Restaurativa poderia ser outra forma de censura (diferente da pena), avaliando criticamente suas potencialidades e limitações histórico-temporais.

Palavras-chave: Justiça restaurativa; movimento restaurativo; teoria restaurativa; criminologia crítica; hiperencarceramento.

Abstract: *This paper approaches the criminological thinking after the change from the welfare state to the post-modern and neoliberal period. In this context, feelings of insecurity and impunity, stimulated by the media, and the development of crime control solutions, through the hardening of penalties and the criminalization of conduct, are situated. These ideas are countered by the hyperincarceration and the criminological studies on the ineffectiveness of the prison. This signals that it is necessary to develop other forms of punishment in order to overcome the crisis of the traditional penal system. Finally, we work on the idea that Restorative Justice could be another form of censorship, critically assessing its potential and historical-temporal limitations.*

Keywords: *Restorative justice; restorative movement; restorative theory; critical criminology; hyperincarceration.*

INTRODUÇÃO

O pensamento criminológico sofreu profunda transformação na mudança do Estado de bem-estar social para o período pós-moderno e neoliberal que o sucedeu. Garland (2008, p.60) aborda como as ideias criminológicas que caracterizaram o período pós-guerra teriam sido uma mistura de psicologia da anormalidade e teorias

sociológicas, como a anomia, privação relativa, teorias das subculturas e rotulacionismo.

Assim, Garland (2008, p.60-61) caracteriza o período que se inicia em 1970 como uma época em que teorias distintas passaram a emergir e influir na política governamental, prevalecendo *teorias de controle*, que concebem a delinquência como problema não de privação, mas de controle inadequado – controles sociais, situacionais, autocontroles.

Essa transição deixou vários sinais de mudanças, até então inimagináveis, destacando-se o declínio do ideal de reabilitação; o ressurgimento de sanções retributivas e da justiça expressiva; mudanças no tom emocional da política criminal; o retorno da vítima; a prioritária proteção do público; politização e novo politismo; reinvenção da prisão; transformação do pensamento criminológico; expansão da infraestrutura de prevenção do crime e da segurança da comunidade; comercialização do controle do crime; novos estilos de gerência e de rotinas de trabalho e uma “perpétua” sensação de crise (GARLAND, 2008, p. 49-68).

Atualmente, muito se fala sobre um sentimento generalizado de insegurança e impunidade e que a solução para a diminuição da criminalidade no Brasil passaria pelo endurecimento das penas existentes e pela tipificação de novas condutas.

Essa sensação coletiva está intrinsecamente relacionada a essas mudanças sociais iniciadas a partir do final do século XX. Carolina de Medeiros (2015, p. 25) trabalha em sua obra como essas transformações sociais, somadas à dinâmica exclusiva e competitiva da globalização das forças produtivas, aos vários perigos e à célere circulação de informações influenciaram a criação de uma “sociedade do risco” e tornaram frequentes advertências globais que incutem medo e insegurança na população.

Esse medo e essa vulnerabilidade pairando sobre a cabeça da população e sendo constantemente fomentados pela mídia influenciaram para que medidas punitivas recrudescedoras fossem constantemente usadas em promessas eleitoreiras e até implementadas como política criminal em momentos estratégicos.

Dessa forma, constrói-se no imaginário popular a ideia de que a criminalização de condutas é a melhor estratégia – ou mesmo a única identificada – para lidar com os problemas sociais que mais incomodam a população.

Zaffaroni (2013, p.194) trabalha de forma brilhante como as pessoas aceitam essa construção da realidade na esperança de que se reduza o nível de angústia que gera a violência difusa. Explicita, ainda, como essa angústia é convertida em medo pela criminologia midiática, na medida em que esta apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação, aliada a preconceitos e crenças baseadas em uma etiologia criminal simplista, assentada na “causalidade mágica”⁵.

Este artigo trabalha inicialmente a ideia popular de impunidade, trazendo alguns dados estatísticos para colaborar na análise sobre a existência de hiperencarceramento no Brasil.

Em seguida, aborda a ineficácia da pena privativa de liberdade e a necessidade de se trabalhar outras formas de punição, a fim de superar a crise do sistema penal tradicional.

Aponta-se, por fim, a ideia de que a Justiça Restaurativa pode ser uma alternativa penal e outra forma de censura (diferente da pena), sendo necessário avaliá-la criticamente. Essa análise, como se explica a seguir, deve ser consciente de suas limitações histórico-temporais.

1. A FALÁCIA DA IMPUNIDADE E A (IN)EFICÁCIA DAS AÇÕES DE CRIMINALIZAÇÃO

Ao contrário do que se pode pensar assistindo aos telejornais, a ideia de impunidade somente tem espaço nos discursos midiáticos de intolerância e de supressão de direitos, fundamentando-se estas

5 Zaffaroni esclarece que o que chama de “causalidade mágica” não seria simplesmente a ideia de vingança, mas sim a “ideia de causalidade especial”, usada para canalizar a responsabilização por todo o transtorno contra determinados grupos humanos. Segundo o autor, essa característica da criminologia midiática não mudaria, e o que mudariam seriam a tecnologia comunicacional e os “bodes expiatórios” (ZAFFARONI, 2013, p.194).

falas numa defesa social alicerçada na violência. As estatísticas, na verdade, apontam para um hiperencarceramento nacional, com efeitos sociais drásticos, sobretudo na reprodução da violência.

A análise estatística é limitada na descrição da realidade, sobretudo quando se trata de violações de direitos humanos (entre as quais se inclui a privação massiva, racista e classista da liberdade), no entanto, traz importantes contribuições na produção de conhecimentos na área (PIMENTA, 2016, p.52).

Reconhece-se, pois, a limitação da análise quantitativa e mesmo sua superficialidade neste trabalho, dada a natureza deste. No entanto, os dados estatísticos serão aqui usados apenas como instrumento para ratificar o já demonstrado por vários trabalhos anteriores. Com isso, quer-se fortalecer a premissa da qual se parte para propor a experimentação restaurativa.

A tabela abaixo apresenta dados do sistema prisional referentes a 31 de dezembro de 2014, trazidos pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em seu Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)⁶:

Tabela 1. Pessoas privadas de liberdade no Brasil em dezembro de 2014⁷

População Prisional	622.202
Sistema Penitenciário Estadual	584.758
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	37.444
Sistema Penitenciário Federal	397
Vagas	371.884
Déficit de vagas	250.318
Taxa de ocupação	167%
Taxa de aprisionamento	306,22

Fonte: Infopen, dez/2014; Sensus; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014.

6 Cf. Infopen, dez/2014; Senasp; Secretarias de Segurança Pública; IBGE, 2014. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/infopen_dez14.pdf>.

7 Dados do sistema prisional referentes a 31/12/2014.

A mesma fonte indica que a população do sistema prisional brasileiro, nos últimos 14 anos (contados da data em análise), teve um aumento (de 167,32%) muito acima do crescimento populacional. O levantamento citado conclui que esse crescimento reflete tanto ou mais a política criminal hegemônica dos agentes públicos do que mesmo uma mudança nas tendências de ocorrências criminais no Brasil.

Ao contrário do que se afirma nas rodas de conversa, seja por desconhecimento, seja por má-fé, institutos como penas pecuniárias, suspensão condicional da pena ou livramento condicional (substitutivos penais) não representam impunidade ou “pouco tempo de cadeia”, mas, na verdade, instrumentos que falharam na tentativa de evitar o hiperencarceramento.

O hiperencarceramento é um fato e o levantamento apontado (produzido pelo Executivo Nacional) indica que esse crescimento no número de prisões reflete muito mais uma política criminal do que o aumento no cometimento de crimes no Brasil.

A tentativa de conter esse fenômeno mundial contou no Brasil com a criação das penas restritivas de direitos (inseridas no Código Penal pela Lei nº. 7210/84), a criação dos Juizados Especiais Criminais e dos institutos da transação penal e da composição civil (Lei nº. 9099/95) e a instituição da possibilidade de suspensão condicional do processo, entre outros.

Nenhum desses mecanismos foi ou tem sido capaz de conter o avanço do movimento político criminal de prisionalização no Brasil, tampouco seus efeitos como a superlotação e a reprodução da violência. Percebe-se claramente como a possibilidade de um controle penal descarcerizado não diminuiu (nem mesmo estabilizou) o nível de encarceramento. Mais adiante far-se-á referência às expectativas surgidas quando do advento da alteração legislativa, realizando-se breve análise sobre os resultados práticos diferentes do esperado pela aludida mudança legal.

Essa também é a conclusão de Augusto Amaral (2015, p.19), que diz não haver muita possibilidade de erro ao afirmar que a institucionalização das penas e medidas alternativas não diminuiu os níveis de

encarceramento no Brasil, ao contrário, a curva permanece crescente, gradual e constante. Essa curva estatística retrata a falácia do discurso bem intencionado de defesa dos instrumentos substitutivos para diminuir o impacto das políticas punitivistas.

Leis que tipificam novas condutas e que endurecem a punição têm convivido com outras que tentam conter o hiperencarceramento no Brasil. No imaginário popular, entretanto, parece vencer a crença na pena (e o desejo por mais punição), ainda que se reconheça a ineficácia do sistema penal.

Zaffaroni (2015, p.14-15) aborda a deslegitimação do sistema penal e a crise do discurso jurídico penal, afirmando que sempre se soube que o discurso penal latino-americano é falso. Entretanto, anuncia que a diferença qualitativa neste momento crítico reside no fato de que não é mais possível sair desse impasse com o argumento da transitoriedade dessa situação e continuar apresentando-a como resultado de meros defeitos conjunturais de nossos sistemas penais (defeitos que seriam produzidos por nosso subdesenvolvimento e recuperáveis mediante um desenvolvimento progressivo). O autor afirma, inclusive, que hoje temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal, e de que todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais.

Embora eu tenha dúvidas de se, coletivamente falando, já podemos falar em uma consciência dessa realidade, a constatação trazida pelo autor de 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 penais (ZAFFARONI, 2015, p.14-15) representa importante avanço.

As conclusões do autor nos provocam o questionamento sobre a incoerência entre a ineficácia da pena privativa de liberdade e a perma-

nência na sua adoção como meio principal de controle das condutas tipificadas como crime.

A reincidência penal é mais um elemento que demonstra como a pena não serve para evitar o crime, mas não tem servido suficientemente para se pensar outras formas de censura ou, pelo menos, para diminuir a prisionalização criminalizante.

Victor Pimenta (2016, p.134) trabalha a ideia de retroalimentação dos processos de encarceramento pelo próprio sistema penal, na medida em que este atrai indivíduos estigmatizados, sobretudo aqueles já marcados por experiências de prisionalização. Assim, desenvolve a ideia de como o instituto da reincidência diz mais sobre o funcionamento dos órgãos policiais e do sistema de justiça criminal e sua atuação contra sujeitos mais vulneráveis aos processos de criminalização e aprisionamento do que sobre a degeneração moral ou inclinação natural de alguns indivíduos ao crime, como é tratado pelo senso comum e pela criminologia midiática.

A ideia de que o discurso jurídico penal não consegue e não tem como conseguir seus objetivos declarados foi exaustivamente trabalhada por autores como Zaffaroni (2015) e Alessandro Baratta (2011). Assim, esse trabalho parte desse referencial teórico para demonstrar erros cometidos na assunção de políticas criminais e a necessidade de se trabalhar alternativas à problemática criminal.

O endurecimento das penas ou a criação de novos tipos penais não têm servido senão como política eleitoreira. O aumento do número de prisões não conseguiu sequer diminuir a sensação de “impunidade” e insegurança.

Georg Rusche e Otto Kirchheimer (2004, p.265) relatam que no curso de sua pesquisa se depararam frequentemente com a concepção de que a política penal é um tipo de válvula usada para regular o fluxo da criminalidade. Explicam como a introdução de novos métodos ou graus de punição tem sido acompanhada do argumento de que o crescimento da criminalidade é resultado de uma liberalidade excessiva, e vice-versa, que a taxa de criminalidade pode se inclinar para baixo através da intensificação da punição. No entanto, esclarecem

que nenhum esforço sério foi feito para provar esta relação através de uma investigação precisa ea discussão fica comumente limitada a observações gerais sobre a conexão entre o mal-estar social e político, o enfraquecimento da autoridade do Estado e a frequência do crime.

Assim, as estatísticas demonstram que a ideia de impunidade carece de justificativa, dado o crescimento extraordinário do número de presos. Também não se consegue demonstrar como o aumento da punição poderia reduzir a criminalidade, já que mesmo com o hipercarceramento não se conseguiu evitar a reincidência (prevenção especial) ou ressocializar os indivíduos (ressocialização), tampouco evitar o cometimento de delitos por agentes primários (prevenção geral).

Nesses termos, as estatísticas apresentadas confirmam as ideias trazidas pelos autores acima apresentados, caracterizando a falácia do discurso jurídico penal. Resta-nos a alternativa de analisar as falhas que a política criminal adotada comete, para usá-la no desenvolvimento de propostas que, de fato, possam atender aos objetivos sociais de convivência harmônica e equilibrada entre todos os indivíduos.

Nesse sentido, importante analisar as palavras de Alessandro Baratta (2011, p. 197), quando defende a adoção do ponto de vista das classes subalternas como garantia de uma práxis teórica e política alternativa:

[...] a atenção da nova criminologia, da criminologia crítica, se dirigiu principalmente para o processo de criminalização, identificando nele um dos maiores nós teóricos e práticos das relações sociais de desigualdade próprias da sociedade capitalista, e perseguindo, como um de seus objetivos principais, estender ao campo do direito penal, de modo rigoroso, a crítica do direito desigual. Construir uma teoria materialista (econômico-política) do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, e elaborar as linhas de uma política criminal alternativa, de uma política das classes subalternas no setor do desvio: estas são as principais tarefas que incumbem aos representantes da criminologia crítica, que partem de um enfoque materialista e estão convencidos de que só uma análise radical dos mecanismos e das funções reais do sistema penal, na so-

cidade tardo-capitalista, pode permitir uma estratégia autônoma e alternativa no setor do controle social do desvio, ou seja, uma “política criminal” das classes atualmente subordinadas.

Eis um desafio que se coloca diante da sociedade: construir uma estratégia de atuação com base nesses estudos. Não se pode perder o momento histórico em que o país reforma o Código de Processo Civil, ampliando as possibilidades de adoção de medidas dialógicas e consensuais, mesmo extrajudiciais, na solução de conflitos, bem como em que o Conselho Nacional de Justiça aprova resolução com diretrizes para implementar e difundir a prática de Justiça Restaurativa no Poder Judiciário. Devemos aproveitar o incentivo a práticas dialógicas para resolução de conflitos e combater os discursos falsos e maliciosos de impunidade no Brasil.

Não se trata (ainda) de um momento de ruptura na adoção do modelo tradicional, mas da oportunidade de dialogar sobre as práticas restaurativas, ampliando estudos e pesquisas nessa seara e avançando no desenvolvimento dessas técnicas. Mostra-se, pois, imprescindível o debate e a experimentação dessas práticas insurgentes que trabalham a responsabilização e o empoderamento dos indivíduos.

Pretende-se, pois, trabalhar neste artigo a ideia de aplicação de Justiça Restaurativa na solução de conflitos, a fim de fortalecer estratégias de resistência que possam contribuir para a construção de uma política criminal alternativa à política de prisionalização vigente.

2. A PRÁTICA RESTAURATIVA

Uma das definições mais usadas para caracterizar a justiça restaurativa (JR) é a de Marshall (1996, p.37), que a entende como “um processo pelo qual as partes envolvidas em uma específica ofensa resolvem, coletivamente, como lidar com as consequências da ofensa e as suas implicações para o futuro”.

Embora a conceituação seja bastante controversa, essa referência costuma aparecer na maioria dos estudos sobre o tema. Atualmente e cada vez mais essa definição é criticada com o argumento de que

a justiça restaurativa não pode ser resumida a um processo, e que a justiça tem de ser restaurativa nos seus meios, fins e intenções (ROSENBLATT, 2014).

Petronela Boonen (2011, p. 237-238) define sinteticamente Justiça Restaurativa a partir de seu procedimento:

Pensar sobre os procedimentos da JR é uma oportunidade e um convite para retomar não só o lugar, mas também o sentido da justiça. A JR é um modo de restaurar a justiça através da participação da comunidade. A ideia original é de que vítima e ofensor, após preparação separada em pré-círculos, se encontrem face a face. Neste encontro, o ofensor tem a possibilidade de assumir seu ato, sua responsabilidade e os procedimentos para restauração dos danos. A vítima e o ofensor tem espaço para expressar suas emoções, sua percepção sobre os efeitos deste ato, que pode ser um crime. As comunidades de afeto também são convidadas a expressar-se. Este encontro objetiva que os envolvidos todos se coloquem e ofereçam sugestões para restaurar a situação através de intervenções assumidas pelo agressor e por outros presentes para reparar o dano.

Apesar da análise do procedimento da JR não ser o mais importante quando pensamos esse instituto, até porque ele pode sofrer inúmeras modificações para adaptar-se ao caso concreto, é sempre uma questão que desperta interesse. Questionamos como seria essa “nova forma de fazer justiça” e o passo-a-passo parece inicialmente tranquilizar essa inquietação.

No entanto, destaco que a ideia de inserir os sujeitos e a comunidade na resolução do conflito é o ponto que mais parece ter aptidão para transformar a realidade social e para vencer a ilusão da pena.

A compreensão da complexidade desse desafio traz consigo inúmeros questionamentos, entre eles como evitar a apropriação da Justiça Restaurativa pelo controle penal e a extensão da rede de controle.

Essa preocupação é justificada, sobretudo considerando o que aconteceu com a previsão legal de medidas cautelares diversas à prisão, que passaram a ser direcionadas para situações que antes não

ensejavam tratamento penal, deixando incólume o instituto da prisão, que continua a agigantar-se.

Raffaella Pallamolla (2009, p. 141, *apud* LARRAURI, 2004, p. 462) traz alguns exemplos de situações em que há um maior risco de extensão do controle penal, como aquelas em que se dá prioridade ao sistema penal na decisão sobre quais casos estão aptos a ingressar num processo restaurador; as situações em que os acordos alcançados nas conferências restaurativas não são valorados pelo juiz na fixação da pena e as situações em que os processos restaurativos não constituem alternativa à pena de prisão.

Essas questões precisam ser consideradas, a fim de que se evite a ampliação da rede de controle e o uso indevido da justiça restaurativa.

Analisando a posição da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça criminal, Fernanda Rosenblatt (2014) destaca que a maioria dos programas restaurativos funciona às margens do sistema de justiça criminal ou, quando muito, situam-se em algum estágio do procedimento criminal tradicional, mas sem que isso importe numa significativa reformulação do processo penal (2014, *apud* SHAPLAND, ROBINSON e SORSBY, 2011). Fernanda Rosenblatt (2014) acrescenta que, embora de um modo geral os restaurativistas concordem sobre a influência da crítica abolicionista no surgimento da justiça restaurativa, muitos são os que hoje negam possuir a justiça restaurativa uma essência eminentemente abolicionista.

Outra questão que se coloca é que muitas experiências não representam novos modelos de administração de conflitos, pois fundados e exercidos dentro da mesma lógica do processo tradicional. Citam-se como exemplo os programas no Rio Grande do Sul analisados por Daniel Achutti (2006) em sua dissertação de mestrado.

Essas experiências, segundo ele, não poderiam ser consideradas mecanismos alternativos aptos a comprovar a crise do sistema penal tradicional. A linguagem, a estrutura funcional e a imposição das decisões judiciais seriam as principais características pelas quais os projetos por ele analisados teriam se tornado meros apêndices do sistema, com a ampliação do controle penal sem apresentar inovações

que pudessem alterar de forma significativa o modo como os conflitos eram administrados (ACHUTTI, 2009, p. 106).

Ainda assim, Achutti (2009, p. 106-107) acredita que a justiça restaurativa teria potencial para ser considerada um modelo distinto de gerenciamento de conflitos, em virtude de suas características, de seus objetivos, de sua forma de processamento, da construção coletiva de suas decisões e, principalmente, da sua linguagem.

Novas apostas precisam ser feitas para que se possa de alguma forma alterar a realidade, não se podendo limitar aos círculos acadêmicos. Para tanto, um marco sociológico desconstrucionista tem que se fazer presente, não apenas em relação ao conceito de “crime” – sobre o qual se concentram as criminologias críticas – mas também diante da noção de “pena” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 230).

Tampouco a crença na possibilidade de se construir uma via alternativa na solução de condutas criminalizadas deve ser fantasiosa. A busca por novas soluções deve ser consciente de que não existem respostas prontas para todos os conflitos e nem mesmo um método perfeito e adequado para substituir o que hoje se entende por justiça retributiva.

Embora acredite na importância da utopia para saber por onde caminhar, como já dizia Eduardo Galeano (2001), a experimentação prática da Justiça Restaurativa deve dar-se com coragem para construir criticamente uma alternativa penal, mas sem ilusões.

Defende-se, pois, a necessidade de incrementar programas que adotem práticas restaurativas, bem como continuamente avaliá-los e aperfeiçoá-los, a fim de que eles possam contribuir para a redução da incidência do sistema penal.

Ao apresentar a proposta restaurativa, norteia-se pelas “regras de cautela de bom senso metodológico” trazidas por Garland (2008, p. 70-71), não se podendo tratar uma proposta ou iniciativa como se fosse uma política consolidada. O autor destaca que qualquer análise sobre eventos recentes e sobre seu significado estrutural deve ser levada a termo com certo grau de cuidado.

A cautela é importante, pois, ainda não há no Brasil políticas restaurativas consolidadas. Assim, uma análise precipitada de um fenômeno

em construção pode atrapalhar ou mesmo impedir o desenvolvimento dessas alternativas penais. A constatação, como a citada acima, de que práticas tidas como restaurativas tem sido realizadas na mesma lógica do processo tradicional não devem prematuramente barrar o desenvolvimento da proposta restaurativa. Ao contrário, devem permitir sua análise crítica e seu aperfeiçoamento.

Garland (2008, p. 72), objetivando escrever uma história do presente e apresentar um relato estrutural de como o controle do crime e a justiça criminal estão organizados atualmente (leia-se, à época em que escreveu, no ano de 1955), entende necessário mapear as condições sociais de existência subjacentes ao controle do crime contemporâneo e identificar regras de pensamento e ação que moldam suas políticas e práticas. Nesse intento, o autor enumera algumas dificuldades comuns a este trabalho e realiza reflexões úteis, como se vê a seguir:

Uma das dificuldades de um projeto como este é como discutir a mudança num complexo campo de práticas, discursos e representações. Falar-se em “estrutura” e em “mudança estrutural” é frequentemente totalizante demais, muito “tudo ou nada”. Bem assim é a justaposição de uma “racionalidade” em outra, como a alegação de que uma “nova penologia” está substituindo uma “velha penologia”, ou de que a modernidade está sendo desalojada pela pós-modernidade. Um campo complexo, multidimensional, que se submeteu a um processo de transição revelará sinais de continuidade e descontinuidade. Conterá múltiplas estruturas, estratégias e racionalidades, algumas das quais terão mudado e outras, não. Precisa-se discutir a mudança tendo-se em conta estas complexidade e variação, evitando-se o apelo a dualismos simplificadores e o falso essencialismo que estes implicam.

A mudança estrutural que se almeja, dada sua complexidade, terá que se submeter a um processo de transição, com sinais de continuidade e descontinuidade. Dessa forma, é necessário estudar as práticas existentes, o quanto de continuação ou ruptura elas apresentam e como podem ser aprimoradas, a fim de que possam avançar nesse complexo processo de transição.

Não se pode esquecer que a proposta restaurativa é aqui buscada dentro de um intento maior, de ruptura com o ideal de prisionalização e de controle do crime. No entanto, nasce muitas vezes dentro da estrutura do Judiciário e sobretudo dentro de uma sociedade que cada vez mais carrega a esperança punitivista.

Se Garland, ao fazer uma análise da “história do presente”, expressão que intitula seu capítulo primeiro⁸, alerta para os perigos de uma análise míope, muito mais cuidado deve ter-se ao fazer a análise proposta nesse trabalho, já que esta se projeta para o futuro. É, pois, mais arriscado avaliar o contexto presente para sugerir uma realidade futura, ofuscada pela miopia da análise do tempo em que se vive e por certa previsão do que pode ser.

Nesse sentido, pode-se exemplificar com as ponderações de Vera Regina de Andrade (2012, p. 328) sobre a Lei nº. 12.403/11. A autora avaliou, à época, que a reforma produzida por essa lei estaria vocacionada a interferir na cultura judicial brasileira de ordenar prisão cautelar dos que são presumidos inocentes pela Constituição Federal, tendo como base a subjetividade do magistrado a respeito da gravidade do fato. Para tanto, justificava no art. 309 trazido pela reforma, que elencava então nove medidas cautelares diversas da prisão, para serem aplicadas prioritariamente à prisão preventiva, que passava a ser subsidiária. Vera Andrade analisava que a mensagem da lei era clara no sentido de não se poder prosseguir com tamanha “trivialização judicial” da prisão cautelar e concluía que, nesse sentido, a reforma estaria apta a produzir impacto, sim, na superpopulação carcerária.

O exemplo demonstra como essa “cultura do controle” apresentada por Garland pode frustrar nossas expectativas de mudança estrutural. Avalio que a manutenção da mentalidade encarceradora na sociedade em geral fez com que o encarceramento no Brasil continuasse a crescer de forma alarmante, a despeito de alterações legislativas como a citada por Vera Andrade.

8 Referência ao primeiro capítulo do livro “A cultura do controle – crime e ordem na sociedade contemporânea”, de David Garland.

No entanto, alterações legislativas nesse sentido são importantes, pois representam certo freio frente à mentalidade punitivista e encarceradora, trazem elementos que podem subsidiar juízes, promotores e defensores com ideias progressistas e, pelo menos, trarão mais dificuldade aos julgadores no momento de justificar prisões desnecessárias.

Na prática, os juízes passaram a decretar as mesmas prisões, aplicando medidas cautelares diversas somente para casos em que anteriormente não ensejavam intervenção penal. No entanto, isso não deve desestimular avanços na legislação, mas apenas conscientizar de sua insuficiência e da necessidade de se trabalhar a mentalidade da população sobre o crime.

As teorias retributivas da pena não devem ser rejeitadas mecanicamente por argumentos utilitaristas, devendo ser analisadas em suas contradições internas e afastadas as justificações morais que sustentam o merecimento (GIAMBERARDINO, 2015, p. 230).

Neste trabalho, segue-se, pois, o raciocínio de André Giamberardino, para quem não deve ser tomada a sério qualquer proposta de institucionalização de práticas restaurativas que signifique a sua cooptação pelo sistema penal, descaracterizando-as como limite ao discurso punitivo. Acrescenta o autor não se opor à possibilidade estratégica de essas práticas restaurativas conviverem em paralelo, apostando na gradual e inevitável deslegitimação do sistema punitivo decorrente da compreensão, por todos, de que práticas de censura sem punir e sem destruir o outro são possíveis (GIAMBERARDINO, 2015, p. 231).

Ademais, não se trata de querer importar uma técnica estrangeira sem avaliar o contexto brasileiro, ou, de forma mais ampla, a realidade latino-americana, mas entender que, a despeito das especificidades, existem grandes semelhanças na forma como se desenvolve a “cultura do controle”. Isso fez com que a obra de Garland (2008) que aborda a realidade dos Estados Unidos e da Grã Bretanha fosse reconhecida nas vivências de leitores de muitos lugares do mundo, inclusive do Brasil.

Trata-se, sobretudo, da necessidade de apostar em outras técnicas de censura, cujo envolvimento dos sujeitos que vivenciaram a conduta

tipificada (sujeitos criminalizados e vitimizados) e daqueles a quem esta conduta direta ou indiretamente afeta possa trazer maiores benefícios e lidar melhor com a questão.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os efeitos da influência da criminologia midiática são muitos e devastadores. De um lado, alimenta uma sociedade amedrontada e insegura; de outro, gera uma parcela estigmatizada e criminalizada da sociedade (antes de qualquer decisão judicial), o principal alvo do controle policial e penal. Essa parcela corresponde à atingida pela ideia de “causalidade mágica” ou “causalidade especial”, como defendido por Zaffaroni e analisado linhas atrás.

As prisões continuam superlotadas e mesmo assim ainda cresce o número de presos (provisórios e “definitivos”). Pensa-se em construir novos presídios, talvez para encarcerar todo brasileiro preto e pobre. Pensa-se em criminalizar a corrupção, criminalizar o consumo de drogas, criminalizar a manifestação popular, criminalizar a luta por reforma agrária. Pensa-se em aumentar as penas dos tipos já existentes. Pensa-se em continuar adotando as mesmas políticas fracassadas, na “esperança” de alcançar resultados diferentes.

Os estudos e as estatísticas acima citados indicam o fracasso da pena, que não alcança seus objetivos declarados de prevenção geral e especial e ressocialização. Insiste-se na pena como resposta estatal aos fatos tipificados como delito.

É, pois, nesse momento, que se faz imperiosa a análise crítica do sistema posto e a ousadia da aposta em novas propostas. Entre essas novas ideias, coloca-se a Justiça Restaurativa, como algo em construção, e, portanto, inacabada e suscetível de releituras e de adaptações. Coloca-se, entretanto, a Justiça Restaurativa como o que de mais concreto se tem na busca por uma alternativa ao hiperencarceramento e à redução da incidência do sistema penal.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2012. 279 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2012.

ACHUTTI, Daniel Silva. **A crise do processo penal na sociedade contemporânea: uma análise a partir das novas formas de administração da justiça criminal**. 2006. 127 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) - Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2006.

AMARAL, Augusto Jobim do. **Cultura da Punição: a ostentação do horror**. 2ª ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão**. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BOONEN, Petronela Maria. **A justiça restaurativa, um desafio para a educação**. São Paulo: Programa de Pós-Graduação (Doutorado) em Educação da Universidade de São Paulo, 2011.

CRUZ, Rafaela Alban. **Justiça restaurativa: um novo modelo de justiça criminal**. In: **Tribuna Virtual IBCCRIM**. São Paulo, ano I, Ed. nº 02, março de 2013, p. 78-81. Disponível em: <<http://www.tribunavirtualibccrim.org.br/artigo/11-Justica-Restaurativa:-um-novo-modelo-de-Justica-Criminal>>. Acesso em: 07 out. 2017.

GALEANO, Eduardo. **Las palabras andantes**. Buenos Aires: Catálogos S.R.L., 2001

GARLAND, David. As Contradições da “Sociedade Punitiva”: O Caso Britânico. Tradução de Bento Prado de Almeida Neto. In: **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba. n. 13, novembro de 1999, p. 59-80.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição**. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito Editora, 2015.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales em la justicia restauradora. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, nº 51, 2004, p. 67-104.

MEDEIROS, Carolina Salazar L'Armée Queiroga de. **Reflexões sobre o punitivismo da Lei Maria da Penha com base em pesquisa empírica numa Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher do Recife**. Recife: Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, 2015.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PIMENTA, Victor Martins. **Por trás das grades: o encarceramento brasileiro em uma abordagem criminológico-crítica**. Brasília. Centro de Estudos Avançados Multidisciplinares (Mestrado) da Universidade de Brasília, 2016.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. “Em busca das respostas perdidas: uma perspectiva crítica sobre a Justiça Restaurativa”. In: **CONPEDI**, 2014. Disponível em: <<http://publicadireito.com.br/artigos/?cod=adc4b51b49fc307a>>. Acesso em: 06/06/2017.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. Trad. Vania Romano Pedrosa, Almir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

Recebido em: 08/10/2017.

Aprovado em: 29/11/2017.