



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Maria Gabriela Viana Peixoto

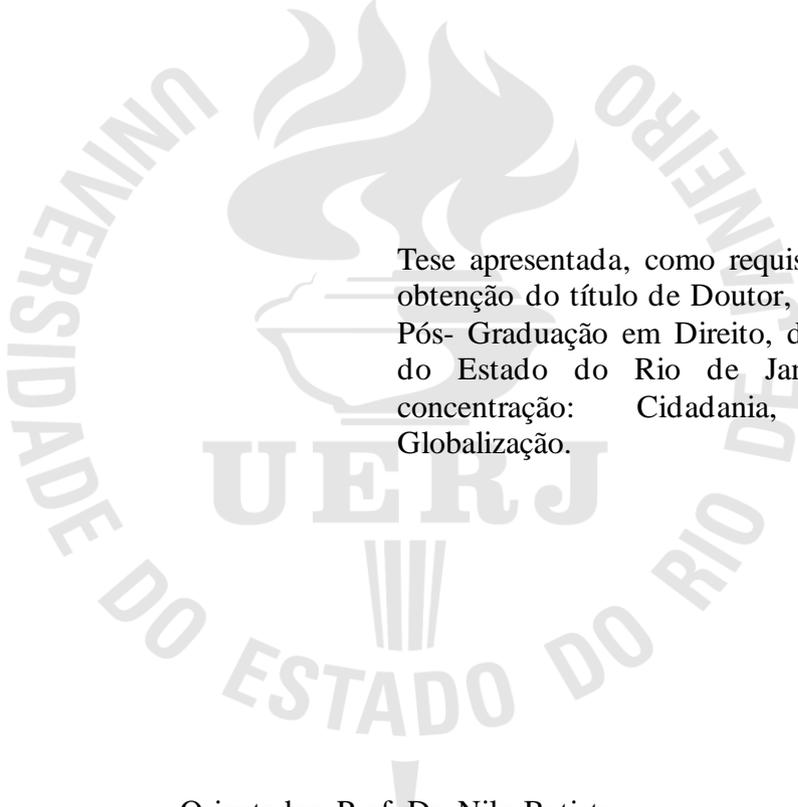
**Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no
Brasil contemporâneo**

Rio de Janeiro

2015

Maria Gabriela Viana Peixoto

Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo



Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Coorientadora: Prof^a Dra. Vera Malaguti Batista

Rio de Janeiro

2015

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

P379

Peixoto, Maria Gabriela Viana.

Vítimas e controle punitiva: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo/ Maria Gabriela Viana Peixoto. - 2015.

244f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.

Coorientador: Profª. Dra. Vera Malaguti Batista.

Tese (Doutorado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito.

1. Vitimologia - Teses. 2. Justiça restaurativa – Teses. 3. Punição – Teses. I. Batista, Nilo. II. Batista, Vera Malaguti. III. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. IV. Título.

CDU 343(81)

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Maria Gabriela Viana Peixoto

**Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil
contemporâneo**

Tese apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós- Graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Cidadania, Estado e Globalização.

Aprovada em 23 de março de 2015.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. Nilo Batista (Orientador)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a Dr^a Vera Malaguti (Coorientadora)
Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Davi Tangerino
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a Dra. Maíra Rocha Machado
Fundação Getúlio Vargas/SP

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa
Universidade de Brasília

Rio de Janeiro

2015

AGRADECIMENTOS

Agradeço inicialmente à Professora Vera Malaguti e ao Professor Nilo Batista pela orientação cuidadosa e carinhosa que a mim dedicaram. Guardarei como um tesouro a troca de saberes desses quatro anos doutorais, que transcenderam, em muito, o conhecimento acadêmico. Obrigada pela generosidade e pela liberdade em pesquisar.

Obrigada aos professores que comporam a banca examinadora, Prof. Davi Tangerino, Profa. Maíra Rocha Machado e Prof. Alexandre Bernardino Costa, por terem se disposto a estar comigo no encerramento de etapa tão importante na minha trajetória pessoal e acadêmica. A avaliação do meu trabalho por vocês, certamente, o tornou mais rico.

Agradeço às amigas Carolina Vestena, Éllen Rodrigues, Analicia Sousa e Manuela Trindade, que sempre me apoiaram à realização desse trabalho, tendo lido e contribuído para sua finalização. A amizade de vocês é um dos maiores presentes que o Rio de Janeiro me proporcionou.

Fabiana Costa e Ana Luiza Flausina, independente da distância, a amizade, a presença e o tempo dedicado às nossas confabulações me orientam e dão a certeza de não estar sozinha. Obrigada, queridas.

Agradeço a todos(as) os(as) pesquisadores(as) do Grupo Candango de Criminologia - GCCrim, pois este trabalho é fruto de uma semente plantada por nós ainda em 2009.

Por fim, agradeço ao Rodrigo pelo companheirismo e pelo amor, que tornaram essa trajetória possível e mais leve. Este trabalho, também, é seu.

Eu queria fazer parte das árvores como os
pássaros fazem
Eu queria fazer parte do orvalho como as
pedras fazem
Eu só não queria significar.
Porque significar limita a imaginação.
E com pouca imaginação eu não poderia
fazer parte de uma árvore.
Como os pássaros fazem.
Então a razão me falou: o homem não
pode fazer parte do orvalho como as pedras
fazem.
Porque o homem não se transfigura senão
pelas palavras.
E isso era mesmo.

Manoel de Barros

RESUMO

PEIXOTO, M. G. V. *Vítimas e controle punitivo: um percurso pelos discursos acadêmicos no Brasil contemporâneo*. 2015. 244 f. Tese (Tese em Direito Penal). Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

O cenário brasileiro atual no campo da promoção de políticas públicas criminais vem mitigando, paulatinamente, a concepção que afastava a vítima do sistema de justiça criminal. Este é o caso, por exemplo, da política de alternativas penais promovida pelo Governo Federal. Nesse contexto, as ações prioritárias propostas à consolidação da Política Nacional de Alternativas Penais fazem crítica à cultura do encarceramento e apontam a reparação e a proteção da vítima e da comunidade e as práticas da mediação e da justiça restaurativa como possíveis práticas de política criminal fundadas em novas bases. Considerando a relevância e atualidade do tema, a presente tese propõe-se a averiguar se uma tal proposta de retorno da vítima ao sistema de justiça criminal pode, de fato, constituir uma política criminal inovadora para o Brasil. Considerando a possibilidade de que a maior participação das vítimas no sistema fornecerá outras formas de conceber e lidar com a diversidade de conflitos e problemas normalmente atribuídos ao direito penal, investiga-se se esta diretriz da política de alternativas penais poderá representar uma possibilidade de ruptura do que se pode chamar de racionalidade penal moderna. Estará ela à contramão da cultura policializante adotada pelo Estado brasileiro? Trará alternativas à política criminal de encarceramento e às atuais práticas judiciais, produtoras de subjetividades calcadas na insegurança e no medo? O trabalho tem por referencial teórico-metodológico a obra de Michel Foucault. Com ela é possível compreender a importância de mapearmos os discursos que circundam o objeto de análise, a vítima no Brasil contemporâneo. No trabalho percorreu-se a trajetória de identificar e problematizar os discursos elaborados pela academia sobre as vítimas e o controle punitivo. Assim, fez-se uma incursão pelo discurso vitimológico brasileiro, compreendeu-se o que é o discurso abolicionista no Brasil, bem como se investigou o espaço dedicado às vítimas no âmbito das práticas de justiça restaurativa até então implementadas. Por fim, três temas recorrentes e transversais àqueles discursos foram problematizados: o protagonismo da vítima no âmbito do sistema de justiça criminal, o trauma e a vingança. A investigação considerou que a implementação de novas estratégias e procedimentos que visam à maior participação da vítima no sistema de justiça criminal brasileiro pode correr o risco de representar permanência em relação à forma como as representações e práticas hegemônicas em torno do crime e da punição sempre foram construídas, isto é, a ausência de ruptura com o discurso legitimante. Igualmente problematizou que a “nova” vítima, ainda que promovida por uma filosofia calcada na reparação e no reconhecimento, poderá andar de mãos dadas com o fervor punitivo que assola nossa contemporaneidade. Assim, destacou-se que os discursos investigados podem reforçar ao invés de abalar a legitimidade do controle punitivo. Ao se afastar da usual postura simplória de um pessimismo paralisante, a presente pesquisa conclui apresentando possíveis “respostas-percurso” à consolidação das referidas políticas públicas.

Palavras-chave: Política criminal. Vitimologia. Abolicionismo penal. Justiça Restaurativa.

ABSTRACT

PEIXOTO, M. G. V. *Victims and punitive control: a journey through academic discourses in contemporary Brazil*. 2015. 244 f. Tese (Tese em Direito Penal). Pós-Graduação em Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

The field of promotion of criminal public policies in the current Brazilian scenario is gradually mitigating the conception that move the victim away from the criminal justice system. This is the case, for example, of the National Plan for Criminal Alternatives (NPCA) promoted by the Federal Government. In this context, the priority actions proposed for consolidation of the NPCA are critical of the culture of incarceration and point out the reparation and the victim's and community' protection, practices of mediation and restorative justice as possible criminal policy practices based on new foundations. Considering the relevance and actuality of the topic, this dissertation investigates whether such a proposed return of the victim to the criminal justice system constitute, in fact, an innovative criminal policy for Brazil. Taking into account the possibility that the increased participation of victims in the system will provide different ways of understanding and dealing with the diversity of conflicts and problems normally attributed to criminal law, I assay if this guideline of criminal policy alternatives may represent an opportunity to break the so-called modern penal rationality. Or, in other words, it will represent a possibility against the culture that reinforce the role of police in everyday life adopted by the Brazilian State? It will bring alternatives to the criminal policy of incarceration and current judicial practices, which produce subjectivities posed under insecurity and fear? The work is based on the theoretical and methodological framework of Michel Foucault. With his work is possible to understand the importance of mapping the discourses around the analysis object, the victim in contemporary Brazil. Along the research a journey was covered in order to identify and discuss academic discourses about the victim and punitive control. Thus, a digression on the Brazilian "victimology" discourse was carried out, the abolitionist discourse in Brazil was analyzed, and the space dedicated to the victims within former and current restorative justice practices was investigated. Finally, three recurrent and transversal themes to those discourses were problematized: the victim's role in the criminal justice system, the victim and the trauma and revenge. Through the research it was concluded that the implementation of new strategies and procedures aiming a greater participation of victims in the Brazilian criminal justice system might take the risk of representing permanence in relation to how representations and hegemonic practices around crime and punishment have always been constructed, that is, the absence of a disruption with the discourse that legitimize themselves. The "new" victim, although promoted by a philosophy grounded in the recognition and reparation, was also conceptualized in order to understand if it would reinforce the punitive fervor sweeping the present. Thus, it was highlighted how the investigated discourses may reinforce rather than undermine the legitimacy of punitive control. Moving away from the usual attitude of a "paralyzing pessimism", this research concludes with possible "answers-paths" aiming at the consolidation of those public policies.

Keywords: Criminal Policy. Victimology. Penal abolitionism. Restorative Justice.

LISTA DE TABELAS

TABELA 1 - Distribuição dos feitos conforme existência de restituição do bem	188
TABELA 2 - Furto: distribuição dos feitos por tipo de pena alternativa aplicada com mais frequência.....	189
TABELA 3 - Furto: distribuição do feito conforme oitiva da vítima.....	191

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	O BRASIL CONTEMPORÂNEO: O CONTEXTO ANALISADO.....	11
1.1	A(s) vítima(s) no Brasil contemporâneo: o tema a se explorar.....	18
1.2	Novos rumos para as políticas criminais brasileiras.....	26
1.3	Uma proposta metodológica com Michel Foucault.....	34
1.4	Discursos vitimológicos desde nossas margens.....	46
2	1ª ETAPA, DIGRESSÃO VITIMOLÓGICA.....	49
2.1	O que é a vitimologia.....	49
2.2	A “nova” disciplina em terras brasileiras.....	53
2.3	O que pretendiam os primeiros vitimólogos brasileiros?.....	57
2.4	“Renovação” positivista em busca da “idade de ouro”.....	61
2.5	“Redescoberta” da vítima no Brasil.....	68
2.5.1	<u>Vitimologia à brasileira: como tais estudos “influenciaram” nossa política criminal.....</u>	74
3	2ª ETAPA, O QUE É O DISCURSO ABOLICIONISTA NO BRASIL....	83
3.1	O que é o abolicionismo penal.....	83
3.2	O abolicionismo penal de Louk Hulsman.....	91
3.3	O abolicionismo de Thomas Mathiesen.....	98
3.4	O abolicionismo de Nils Christie.....	103
3.5	O abolicionismo libertário de Edson Passetti.....	111
3.6	Demandas das vítimas e desafios abolicionistas.....	119
4	3ª ETAPA, RESTAURAÇÃO DA VÍTIMA (?).....	130
4.1	Sobre a origem do debate.....	132
4.2	O que propõe o discurso restaurativo?.....	135
4.3	Componente legitimante: marco regulatório e principiológico das Nações Unidas.....	145
4.4	Justiça restaurativa versus justiça retributiva	150
4.5	Práticas restaurativas no Brasil.....	157
4.5.1	<u>Em busca de legitimidade: o Projeto de Lei nº 7.006 de 2006.....</u>	163
4.6	Críticas à implementação da justiça restaurativa.....	168

4.6.1	<u>Violações às garantias jurídicas e justiça restaurativa.....</u>	169
4.6.2	<u>Extensão da rede de controle (formal)?.....</u>	176
4.7	O que ou quem pretendemos restaurar?.....	180
5	4ª ETAPA, VÍTIMAS E CONTROLE PUNITIVO.....	185
5.1	Vítimas e seu protagonismo no sistema de justiça criminal.....	185
5.1.1	<u>Um discurso irracional para um sistema de justiça criminal ilegítimo.....</u>	186
5.1.2	<u>Reparação dos danos das vítimas.....</u>	190
5.1.3	<u>Interesse da vítima na persecução penal.....</u>	181
5.1.4	<u>Tratamento dado à vítima pelo sistema de justiça criminal.....</u>	192
5.1.5	<u>O “trauma”, a falta de amparo estatal e suas consequências.....</u>	193
5.1.6	<u>Fendas da disfuncionalidade: campo fértil para construção de subjetividades</u>	194
5.1.7	<u>Uma proposta argumentativa: uma leitura sobre a funcionalidade da disfuncionalidade.....</u>	196
5.2	Vítimas e trauma.....	202
5.2.1	<u>Estamos todos traumatizados?.....</u>	205
5.3	Vítimas e vingança.....	212
5.3.1	<u>Ética na vingança?.....</u>	218
5.4	O poder punitivo midiático sobre as vítimas.....	225
	CONCLUSÃO.....	230
	REFERÊNCIAS.....	233

INTRODUÇÃO

A noção de “resposta-percurso”, própria do abolicionismo penal libertário elaborado e defendido pelo Núcleo de Sociabilidade Libertária (Nu-sol)¹ – pesquisadores libertários voltados para problematizar relações de poder e inventar liberdades –, propõe o encontro de respostas mais adequadas para situações-problema que envolvem infrator e vítima, desvencilhando-se da universalidade da lei e propiciando a horizontalidade na tomada de decisões. A defesa é pela valorização do percurso a ser seguido em direção a descoberta da resposta para aquela situação.

Além disso, explicam os libertários, a “resposta-percurso” é inacabada, móvel. Não comporta começo, nem um fim. Ele propõe um meio possível para o encontro de outras respostas, sem a pretensão da universalização e o engessamento de suas ideias em um modelo.

A “resposta-percurso”, segundo o Nu-sol, é uma perspectiva interessada na diferença de efeitos mínimos da afirmação da vida livre.

A presente tese propõe uma “resposta-percurso” sobre o tema investigado: o maior protagonismo da vítima no atual sistema de justiça criminal pode, de fato, constituir uma política criminal inovadora para o Brasil?

O mapeamento dos discursos que circundam o objeto de análise – a vítima no Brasil contemporâneo – apresentou-se como o primeiro desafio a percorrer. Identificar, sistematizar e problematizar os discursos elaborados pela academia sobre as vítimas e o controle punitivo foi o campo a ser explorado em busca de possíveis respostas.

Nesse percurso, fez-se incursões no discurso vitimológico brasileiro, na compreensão do discurso abolicionista no Brasil, bem como na investigação do espaço dedicado às vítimas no âmbito das práticas de justiça restaurativas até então implementadas. Esses discursos foram destacados por terem a vítima e o poder punitivo como norteadores de suas discussões.

Por fim, três temas recorrentes e transversais a esses discursos foram problematizados: o protagonismo da vítima no âmbito do sistema de justiça criminal, o trauma e a vingança.

Esta primeira parte da pesquisa dedica-se a contextualizar e apresentar o tema explorado, bem como a discorrer acerca da proposta metodológica adotada.

¹ O Nu-Sol é uma associação de pesquisadores vinculados ao programa de estudos pós-graduados em ciências sociais da PUC-SP. Para mais informações, ver o site: <http://www.nu-sol.org/nu-sol/nu-sol.php?tipo=2>.

1 O BRASIL CONTEMPORÂNEO: O CONTEXTO ANALISADO

Em estudo em que analisou os discursos da e sobre a insegurança no Rio de Janeiro do século XIX, Vera Malaguti Batista (2003) recupera a história cultural do medo e seu impacto difusor na vida social e política daquela cidade. Em prefácio à referida obra, Loïc Wacquant destaca que a autora demonstrou como o medo coletivo – de tumultos populares, atividades criminosas alimentadas pela pobreza, insurreições de escravos e, o seu correlato, a “africanização” da nação nascente – desempenhou um papel fundamental na formação da sociedade urbana do Brasil, após a Independência (WACQUANT, 2003).

De acordo com Malaguti Batista, em nosso país, “a difusão do medo do caos e da desordem tem sempre servido para detonar estratégias de neutralização e disciplinamento planejado das massas emboprecidas” (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 21). A hipótese apresentada pela autora em sua pesquisa é a de que a “hegemonia conservadora na nossa formação social trabalha a difusão do medo como mecanismo indutor e justificador de políticas autoritárias de controle social”. O medo torna-se fator de tomada de posição estratégica, seja no campo econômico, político ou social, e vem historicamente sendo trabalhado “desde a visão colonizadora da América, na incorporação do modelo colonial escravista e na formação de uma República que incorpora excluindo, com viés autoritário” (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 23).

Ainda em referência à tese de Vera Malaguti, Wacquant explica como novas representações de temor e perigo, enraizadas em desigualdades sociais profundas e nas refinadas fantasias raciais da ordem escravista agrária, se estenderam e se projetaram pela cidade, difundindo-se para os campos político, jurídico, médico e jornalístico. E mais: esses discursos foram e são adornados, amplificados e dirigidos contra certos alvos pelas elites urbanas para salvaguardar e expandir seu domínio num período de insurreição dramática (WACQUANT, 2003).

Segundo a pesquisadora, em nosso país,

as imagens de morte e de terror vieram com a bagagem da Inquisição ibérica, trabalhando um conjunto de alegorias do poder “vincaram o processo de ideologização e garantiram uma organização social rígida e hierarquizada; nesta organização, as classes subalternas mais que compreender, a nível da razão, foram (e seguem sendo) levadas a ver e a sentir seu lugar na estrutura social”. A produção imagética do terror cumpre então um papel disciplinador emergencial. A ocupação dos espaços públicos pelas classes subalternas produz fantasias de pânico do “caos social”, que se

ancoram nas *matrizes constitutivas* da nossa formação ideológica. (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 34)

Segundo a autora, a questão referida na passagem acima “permeou a corte imperial após a Revolta dos Malês em 1835, assombrou a nação após a abolição da escravidão e a proclamação da República. Vagou nas águas da Revolução de 30, no suicídio de Getúlio, no golpe de 64 e nas conjunturas eleitorais de 1994 e 1998” (2003, p. 35).

Em contínuo, a análise da transição da ditadura para a democracia (1978-1988) leva a uma percepção do deslocamento do inimigo interno para o criminoso comum, permitindo que se mantivesse intacta a estrutura de controle social e que se legitimassem mais investimentos na “luta contra crime”. “As campanhas maciças de pânico social produziram um avanço sem precedente na internacionalização do autoritarismo”, exercendo um papel disciplinador da produção do terror, sendo dirigidas aos segmentos étnico-culturais mais vulneráveis. A violência está presente como elemento constitutivo das formas específicas das relações de produção na escravidão moderna e também das relações pessoais íntimas (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 35).

Vera Malaguti argumenta que o projeto de construção da ordem burguesa em nosso país se deparou sempre com o medo da rebeldia negra – medo que legitimou a institucionalização de políticas públicas e legislativas que sempre tiveram essa população como alvo de violência, controle e discriminação:

No Brasil, a partir do regime escravocrata, articulam-se historicamente o direito penal público e o direito penal privado na implantação de um sistema penal genocida, cúmplice das agências do Estado Imperial- burocrata no processo de homicídio, mutilação e tortura da população afro-brasileira. (MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 35).

Citando Gizlene Neder², Malaguti Batista explica que o “grande medo” da rebeldia negra perpassou as elites que administravam a crise do complexo agrário na segunda metade do século XIX, e que “desde a abdicação do primeiro Pedro a agitação da malta produzia pânico na corte com sucessivas rebeliões, insurreições, levantes e revoltas”. No entanto, esse cenário se agrava com o processo de formação da cidade negra: “no censo de 1849, o Rio de Janeiro tem a maior população escrava urbana das Américas. A preocupação com a segurança se traduz em todos os níveis. O medo branco faz com que o temor à insurreição seja mais sólido que a própria perspectiva de insurreição”. A pesquisadora demonstra como esse medo branco aumenta com o fim da escravidão e da monarquia e produz uma República excludente,

² NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1995.

intolerante e truculenta, com um projeto político autoritário, a carregar dentro de si o princípio da desigualdade herdado da escravidão (MALAGUTI BATISTA, 2003, p.36-37).

As crenças nas noções construídas de que “classes pobres eram perigosas” e de que “a cidade poderia ser gerida ‘tecnicamente’ ou cientificamente’ têm contribuído historicamente para a inibição do exercício de cidadania e até para fundamentar políticas genocidas de controle social” (CHALHOUB, 1996, apud MALAGUTI BATISTA, 2003, p. 37)³. Aqui, igualmente, estão presentes os fundamentos teóricos da estratégia de atuação da polícia para as primeiras décadas do século XX. Como explica Malaguti Batista (2003, p. 38), “a preocupação principal de garantir que, com a abolição da escravidão, os negros continuassem sujeitos ao trabalho, criou a estratégia da suspeição generalizada, com os afro-brasileiros vistos como suspeitos preferenciais”.

A análise dessas rupturas e permanências históricas do medo na cidade do Rio de Janeiro realizada por Malaguti Batista nos conduz a afirmar, como se pronunciou Wacquant (2003), que os esquemas de percepção e apreciação em nós forjados estão orientados ao estabelecimento de fronteiras físicas, sociais e mentais dentro da cidade. Eles informam e deformam o debate público contemporâneo e a resposta coletiva à questão da violência urbana. “A oposição entre uma ordem pública virtuosa e o caos infracional, a matriz do combate ao crime feito como cruzadas, o extermínio como método, a tortura como princípio, o elogio da delação e a execução como espetáculo” (MALAGUTI BATISTA, 2003) são produtos das lutas políticas e das disputas programáticas de meados do século XIX, que continuam a operar no Rio de hoje.

Como Malaguti Batista (2003) revela, é o medo que “se afigura em sentimentos, em afeto, em política econômica, em projetos de lei, em fragmentos discursivos, em cenários, em políticas sanitárias”. E esse medo invadiu a vida, não apenas do Rio de Janeiro, mas das cidades brasileiras, o imaginário da sociedade brasileira. Nesse Brasil de hoje, a opção por um poder punitivo institucionalizado, único responsável por dirimir conflitos e garantir a “paz social”, inevitavelmente faz parte dessa engrenagem do medo. A programação normativa e as práticas perpetradas pelas instituições formais de controle representam os interesses de um determinado segmento da sociedade, cujos discursos legitimam esses grupos em seu espaço de poder e não abrem brecha para refutações. As forças da ordem são encarregadas da missão de “inspirar confiança às elites e infundir terror nos morros”.

³ CHALHOUB, Sidney. *Cidade febril: cortiços e epidemias na Corte Imperial*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

No caso do direito penal, não houve apenas deslegitimação da autonomia dos cidadãos em discutir e resolver seus conflitos. A construção das normas penais desconsiderou o comportamento real das pessoas, suas motivações, sua inserção social, suas relações interpessoais etc. E assim, o controle de um grupo social sobre o outro constituiu a característica finalística do direito penal, garantindo determinada ordem econômica e social.

Por outro lado, chama a atenção que o sistema penal goze de ampla aceitabilidade no contexto de nossa sociedade. Afinal, o direito criminal e as agências formais de controle são chancelados pela sociedade, que lhes confere credibilidade. Em grande medida, isso resulta da ilusão de segurança propagada pelo discurso oficial. Este estará diretamente associado a duas dimensões, de ilusão e de realidade, dos fenômenos ideológicos das sociedades capitalistas contemporâneas, os quais se complementam a fim de manter a lógica da estrutura social.

A manipulação das subjetividades, geradora de medo e insegurança na sociedade – corroborada, produzida e fortalecida pelo poder midiático –, legitima o excesso de controle punitivo como política de Estado.

Como diz Loïc Wacquant “com o advento do governo neoliberal da insegurança social, que junta o trabalho restritivo com a prisão expansiva, não são apenas as políticas do estado que são não liberais, mas *sua própria arquitetura*” (WACQUANT, 2012, p. 37).

O neoliberalismo foi responsável, portanto, não pelo encolhimento do governo, mas pela formação de um “*estado-centauro*”, caracterizado por ser liberal e paternalista ao mesmo tempo com seus cidadãos, mas a depender da extremidade da hierarquia social: “um rosto simpático e gentil para as classes média e alta, e uma cara medonha e carrancuda para a classe baixa” (WACQUANT, 2012, p. 37).

Conduzindo a análise nessa perspectiva, Alessandro de Giorgi (2006, p. 83) observa que, no processo de desenvolvimento do capitalismo industrial, desde a acumulação primitiva até o fordismo, os dispositivos de controle exerceram um papel fundamental na racionalização disciplinar da produção e na sujeição da força de trabalho à valorização capitalista. No entanto, o autor avança ao ensaiar uma discussão acerca das tecnologias de controle e formas de racionalidade do domínio que são constituídas a partir do esgotamento do fordismo, do encerramento do ciclo industrial do capitalismo e da transformação da força de trabalho pós-fordista em multidão. A legitimidade encontrada para tal exercício está, justamente, na inequívoca constatação de que as transformações da força de trabalho afetam de modo significativo a relação entre economia e controle.

Ainda que se trate de um esboço, ou de um plano de tendências – uma vez que ainda não claramente verificáveis –, a descrição das tecnologias de controle que ganham forma a

partir das transformações indicadas é, também, uma oportunidade de repensar os instrumentos conceituais da economia política da penalidade (GIORGI, 2006, p. 92). Nesse sentido, Giorgi destaca como característica marcante do momento hoje vivido o esgotamento da utopia disciplinar de um saber absoluto do poder para com os indivíduos, além do fato de que esse grande desenho da modernidade esteja sendo substituído hoje por tecnologias de controle que renunciam explicitamente à utopia sustentada pela metáfora do *Panopticon*.

No caso, este foi identificado como o grande exemplo de tecnologia disciplinar de controle dos indivíduos, visto que sua arquitetura foi capaz de fundir saber e poder, constituindo uma metáfora histórica eficaz do processo de formação das estratégias de organização dos corpos no espaço. No *Panopticon* concretizou-se a utopia moderna e capitalista de uma observabilidade ininterrupta e, principalmente, de uma transparência absoluta dos subordinados aos olhos do poder: “um poder que vigia os muitos porque sabe exatamente onde e quando observar; os muitos se atêm minuciosamente à norma porque não sabem exatamente de onde e quando serão observados” (GIORGI, 2006, p. 93).

Por outro lado, Giorgi (2006, p. 93) assevera que esse nexos saber-poder, que sintetizou toda a economia do sistema disciplinar, parece se encontrar em progressiva desarticulação e tem cedido lugar a tecnologias de controle que migram na direção de um regime de supervisão e contenção preventiva de classes inteiras de sujeitos, renunciando, assim, a qualquer saber sobre os indivíduos. Isto é, tecnologias de controle orientadas para o internamento, a vigilância e a limitação do acesso. Entre as tecnologias que o autor julga terem se manifestado de forma mais definida, Giorgi destaca o cárcere atuarial.

No caso as “populações problemáticas”, representadas pelo excesso de força de trabalho, determinado pela reestruturação capitalista pós-fordista, são geridas cada vez menos pelos instrumentos de regulação “social” da pobreza e cada vez mais pelos dispositivos de repressão penal do desvio.

Giorgi remete-se ao “sentido comum penal neoliberal” – não adstrito aos Estados Unidos –, evidenciado no estudo de Wacquant (apud GIORGI, 2006, p. 96), para melhor explicar sua tese: “a irreversível ascensão do Estado penal americano” como estratégia de “criminalização da miséria funcional pela imposição da condição salarial precária e sub-remunerada”, que se desenrola paralelamente à “concomitante reformulação dos programas sociais no sentido punitivo”, quando da transição “do Estado social ao Estado penal”.

O estudo de Wacquant parte do paradigma norte-americano de implantação do Estado Penal em oposição ao Estado Previdenciário – desmantelado pela ofensiva neoliberal – para mostrar como a prisão vem cumprindo suas novas funções. No caso, mais especificamente,

como a nova gestão da miséria estaria ocorrendo por criminalização da miséria no fim do século XX. Em *As prisões da miséria*, Wacquant (2001) refaz a trajetória desse processo de criminalização da miséria ocorrido nos Estados Unidos como forma de controlar a conflitividade social decorrente das consequências do neoliberalismo imposto pelo Estado mínimo, em substituição ao Estado-Providência. O autor mostra como esse “senso comum punitivo” norte-americano se internacionalizou à medida que se expandiu para países da Europa e da América Latina.

No contexto brasileiro, suas interpretações sobre o novo modelo de Estado (mínimo) e as novas formas e funções da prisão representam uma importante contribuição, na medida em que o autor considera ainda mais grave a implantação desse Estado Penal em países como o Brasil. Como ensina Wacquant (2001, p. 7-8):

No entanto, e sobretudo, a penalidade neoliberal ainda é mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. Isso é dizer que a alternativa entre o *tratamento social da miséria* e de seus correlatos – ancorado numa visão de longo prazo guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade – e seu *tratamento penal* – que visa as parcelas mais refratárias do subproletariado e se concentra no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos orquestrados por uma máquina midiática fora de controle, diante da qual a Europa se vê atualmente na esteira dos Estados Unidos, coloca-se em termos particulares cruciais nos países recentemente industrializados da América do Sul, tais como o Brasil [...].

Os fatores elencados por Wacquant (2001, p. 8-12), que denotam o agravamento no caso brasileiro da incorporação da “penalidade neoliberal”, são: *i*) o conjunto de razões ligadas à história e à posição subordinada do Brasil na estrutura das relações econômicas internacionais, que, a despeito do enriquecimento coletivo das décadas de industrialização, mantém a sociedade brasileira marcada por disparidades sociais vertiginosas e pela pobreza de massa, características que alimentam o crescimento inexorável da violência criminal, transformada em principal flagelo das grandes cidades; *ii*) a própria insegurança criminal no Brasil, agravada pela intervenção das forças da ordem, como o uso rotineiro da violência letal pela polícia militar e o recurso habitual à tortura por parte da polícia civil, que contribuem para um clima de terror entre as classes populares, que são seu alvo, e banalizam a brutalidade no seio do Estado; *iii*) o evidente recorte da hierarquia de classes e da estratificação etnorracial e a discriminação com base na cor, endêmica nas burocracias policial e judiciária; *iv*) o sistema carcerário, ao qual se credita a contenção da escalada da miséria e dos distúrbios urbanos no Brasil, mas que só serve para agravar a instabilidade e a pobreza das famílias

cujos membros ele sequestra e para alimentar a criminalidade pelo desprezo escandaloso da lei, pela cultura da desconfiança dos outros e da recusa das autoridades que ele promove.

Assim, o diagnóstico realizado por Wacquant (2001, p. 8-12) alerta para o fato de que, em tais condições, desenvolver o estado penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pela pauperização relativa e absoluta de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a (r)estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres. Assevera o autor:

a adoção das medidas norte-americanas de limpeza policial das ruas e de aprisionamento maciço dos pobres, dos inúteis e dos insubmissos à ditadura do mercado desregulamentado só irá agravar os males de que já sofre a sociedade brasileira em seu difícil caminho rumo ao estabelecimento de uma democracia que não seja de fachada, quais sejam, a “deslegitimação das instituições legais e judiciárias, a escalada da criminalidade violenta e dos abusos policiais, a criminalização dos pobres, o crescimento significativo da defesa das práticas ilegais de repressão, a obstrução generalizada ao princípio da legalidade e a distribuição desigual e não equitativa dos direitos do cidadão”. A despeito dos zeladores do Novo Éden neoliberal, a urgência, no Brasil como na maioria dos países do planeta, é lutar em todas as direções não contra os criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social que, em todo lugar, impele ao crime e normatiza a economia informal de predação que alimenta a violência.

Ainda assim, estas são identificadas como as coordenadas de conjunto da nova estratégia repressiva euroamericana, que servem de pano de fundo à transição do fordismo ao pós-fordismo e do “Estado social” ao “Estado penal”, as quais, como alerta Wacquant estão, igualmente, presentes no contexto brasileiro. Todavia, são mantidas práticas disciplinares já conhecidas, caracterizadas pela centralidade alcançada pelo cárcere, isto é,

pelo dispositivo disciplinar *par excellence* na gestão da nova força de trabalho e dos grupos sociais marginais, grupos que, por sua vez, se aplicam cada vez mais em consequência do aumento do desemprego, da precarização do trabalho e do empobrecimento de massa que se seguiram à reestruturação do *welfare* (GIORGI, 2006, p. 97).

Nesse sentido, Giorgi (2006) suscita a possibilidade de pensar que o grande internamento contemporâneo não é algo muito diferente do que Foucault descreveu, e que, no fundo, o projeto disciplinar não foi, nem de longe, extinto. O objetivo dos dispositivos de controle continua a ser o disciplinamento da força de trabalho desqualificada. No entanto, essa nova racionalidade de controle vem acompanhada do conceito de *risco*. As novas estratégias penais caracterizam-se por mecanismos de gestão de risco e de repressão preventiva das populações consideradas portadoras desse risco. Como ensina Giorgi:

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*.

O recrutamento da população carcerária ocorre com base na identificação (mas melhor seria dizer “invenção”) das classes de sujeitos consideradas produtoras de risco, potencialmente desviantes e perigosas para a ordem constituída. Assim, não são mais tanto as características individuais dos sujeitos que constituem o pressuposto (e ao mesmo tempo o objeto) das estratégias de controle, mas sim aqueles indícios de probabilidades que permitem reconduzir determinados sujeitos a classes perigosas específicas. Isso significa, concretamente, que categorias inteiras de indivíduos deixam virtualmente de cometer crimes para se tornarem, elas mesmas, crime (p. 97-98).

Em suma, o atuarialismo penal declara a irrelevância do saber sobre os indivíduos e o substituiu pela construção de categorias e formas de individualização completamente arbitrárias, com base no conceito de periculosidade e orientadas tão somente para uma função primordial que a pena assume: a contenção dos referidos riscos. E, assim, a prisão, ao assumir a função real de ser direcionada à contenção de uma população excedente e de um *surplus* de força de trabalho desqualificada, que a prescindibilidade da consumação de um delito, das características individuais de quem está detido e de qualquer finalidade reeducativa ou correcional, torna-se prática costumeira na operatividade do sistema de justiça criminal. Afinal, a orientação passa a ser a de “estocagem” de categorias inteiras de indivíduos, considerados de risco (GIORGI, 2006, p. 98-99).

1.1 A(s) vítima(s) no Brasil contemporâneo: o tema a se explorar

Os elementos discursivos que buscam conferir *legitimidade* ao direito penal, ao abordar o tema da participação da *vítima* no âmbito do sistema de justiça criminal, costumam recorrer a um usual “resgate histórico” para imprimir *racionalidade* ao argumento.

O recorrente discurso geralmente aborda que os conflitos penais já foram tratados na esfera privada, detendo a *vítima* amplos poderes para realizar a justiça. E que, posteriormente, com a organização do Estado Moderno, o sistema penal cuidou de afastar a participação da *vítima* para pretender um julgamento mais imparcial, racional e institucionalizado dos conflitos sociais. Assim, a defesa da sociedade passa a justificar a ação estatal, e não o prejuízo individual da *vítima*.

O discurso que busca imprimir *legitimidade* à formatação do modelo penal (e processual penal) vigente no Brasil se sustenta nessa história. Corrobora o pensamento de que a persecução penal é de interesse da sociedade, e não da *vítima*. Essa vertente de pensamento segue seu argumento sustentando que a infração penal atinge os valores da sociedade e é esta quem deve reagir aos desvios contra as normas. O Estado, portanto, seu representante legítimo, é o titular da ação penal, devendo a *vítima* participar do processo apenas como informante, com o fim de se chegar à verdade dos fatos⁴.

Claramente está posto que a persecução penal não é a via por meio da qual a *vítima* obterá reparação do dano sofrido, seja material ou não. De fato, a regra no sistema de justiça penal brasileiro é de que a sentença criminal apenas pode ser utilizada como título para que, na esfera cível, seja pleiteada eventual indenização de prejuízos. De uma maneira geral, o discurso principal *legitimador* dessa lógica é a de que não se pode incentivar a vingança.

Zaffaroni e Batista (2003, p. 383), em *Direito Penal Brasileiro*, explicam que as simplificações mais comuns da história da criminalização primária, de formalização do poder punitivo em legislação penal, buscam mostrar um sentido linear, centrando a atenção nas penas previstas: penas ilimitadas – vingança privada; penas limitadas – vingança pública; penas mais restritas – humanização; penas racionais, etapa atual, científica, técnica, dogmática. Enfim, uma busca de apresentar a legislação penal no quadro de uma das inúmeras concepções evolutivas da história, ignorando o restante do poder punitivo exercido.

Segundo os autores:

Mirando a história dos grandes programas criminalizantes, sem partir de preconceitos evolucionistas, é possível observar que, ao longo de milênios, vem surgindo uma demarcatória entre *modelos de reação aos conflitos*; um, o de solução entre as partes; o outro, o de *decisão vertical ou punitivo*. A linha divisória passa, portanto, pela *posição da vítima*, o que, necessariamente, concede uma *função ao processado ou apenado* (ZAFFARONI; BATISTA *et al.*, 2003, p. 384)

No modelo punitivo de gestão dos conflitos, a vítima fica de lado, não sendo considerada pessoa lesionada, mas um signo da possibilidade de intervenção do poder das agências do sistema, que intervém quando lhe convém e atua sem considerar a vontade do lesionado. “O pretexto de *limitar* a vingança da vítima ou de *suprir* sua debilidade serve para descartar sua condição de pessoa, para tirar-lhe *humanidade*. A *invocação à dor da vítima não*

⁴ A partir das regras processuais brasileiras excetua-se, em algumas hipóteses, a possibilidade de a vítima negar a existência da persecução penal ou, quando a dignidade sexual é o bem jurídico protegido, dependerá da vítima, se maior de 18 anos, buscar a resposta estatal, bem como nos demais casos de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação da vítima.

é senão uma oportunidade para o exercício de um poder que a respectiva seletividade estrutural torna bitolado e arbitrário” (ZAFFARONI; BATISTA, et al., 2003, p. 384).

De fato, como destacam Zaffaroni e Batista (2003, p. 384-385), a intervenção do poder punitivo a pretexto de impor um “talião limitativo” revela-se uma construção idealista, quando na verdade o que se pretende mascarar é “a imoralidade intrínseca do modelo punitivo que coisifica as partes dos conflitos”. Em suma, segundo os referidos autores:

A história da legislação penal é a história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização desse poder confiscatório, bem como do enorme poder de controle e vigilância que o pretexto da necessidade de confisco proporciona, sempre em benefício do soberano ou do senhor. De alguma maneira é a história do avanço e do retrocesso da organização corporativa da sociedade (Gesellschaft) sobre a comunitária (Gemeinschaft), das relações de verticalidade (autoridade) sobre as de horizontalidade (simpatia), e nessa história a posição da vítima e o grau de confisco de seu direito (de seu caráter de pessoa) sempre constituíram o barômetro definitivo (ZAFFARONI; BATISTA, et al., 2003, p. 385).

A história do confisco do conflito, na qual surge o sistema penal tal como é concebido na atualidade, é a história da vítima. Afinal, estaremos falando do surgimento de “um modelo vertical com a vítima confiscada, reduzida a um objeto que proporciona o dado que permite individualizar um outro, sobre o qual se pode exercer poder, sempre que os operadores do sistema assim decidirem” (ZAFFARONI; BATISTA, et al., 2003, p. 385).

Uma visita aos nascimentos da pena pública, lugares onde se diz que a vingança foi abandonada, ajuda-nos a compreender porque a neutralização da vítima é justamente a linha que demarca o momento histórico em que o modelo punitivo, decisório e verticalizante passou a ocupar todo o espaço do sistema de justiça penal.

Michel Foucault nos ensina que a acumulação da riqueza e do poder das armas e a constituição do poder judiciário nas mãos de alguns, processo que vigorou na Alta Idade Média, alcança seu amadurecimento no momento da formação da primeira monarquia medieval, no meio ou final do século XII. Nesse momento, segundo o autor, aparecem coisas totalmente novas em relação à sociedade feudal, ao Império Carolíngio e às velhas regras do Direito Romano (FOUCAULT, 2003, p. 65). Entre elas, o fato de os indivíduos não mais terem o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios; os quais deverão submeter-se a um poder exterior a eles, que se impõe como poder judiciário e poder político (FOUCAULT, 2003, p. 65).

Afora isso, destacamos o aparecimento de um novo personagem, sem precedentes no Direito Romano: o procurador. Segundo Foucault, esse curioso personagem, que aparece na Europa por volta do século XII, apresenta-se como o representante do soberano, do rei ou do

senhor. Perante um conflito criminal entre dois indivíduos, o procurador se apresenta “como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido um delito” (FOUCAULT, 2003, p. 65-66).

Esse personagem substitui, pouco a pouco, a vítima em nome do soberano, do poder político: “se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse indivíduo. Assim, eu também me coloco contra ele.” (FOUCAULT, 2003, p. 66). Em suma, esse fenômeno permite ao poder político apossar-se dos procedimentos judiciários e o procurador apresentar-se como representante do soberano lesado pelo dano (FOUCAULT, 2003, p. 66).

Uma outra noção, apontada por Foucault, que surge nesse período, é a de infração. A partir do momento em que o soberano ou o procurador, em seu nome, afirmam terem sido lesados, o dano deixa de ser somente uma ofensa de um indivíduo a outro, passando também a ser uma ofensa de um indivíduo ao Estado, ao soberano como representante do Estado e, em última instância, à própria lei do Estado. “Vemos, assim, como o poder estatal vai confiscando todo o procedimento judiciário, todo o mecanismo de liquidação interindividual dos litígios da Alta Idade Média” (FOUCAULT, 2003, p. 66).

A última descoberta explicitada por Foucault é o Estado, o soberano (já que não se pode falar de Estado nessa época), que não será apenas a parte lesada, mas a que exige reparação:

Quando um indivíduo perde o processo é declarado culpado e deve ainda uma reparação à sua vítima. Mas esta reparação não é absolutamente a do antigo Direito Feudal ou do antigo Direito Germânico. Não se trata mais de resgatar sua paz, dando satisfação a seu adversário. Vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feita a um outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que cometeu contra o soberano, o Estado, a lei (FOUCAULT, 2003, p. 67).

Segundo Foucault, é assim que surge o grande mecanismo das confiscações de bens para as monarquias nascentes, forjando o enriquecimento e o alargamento de suas propriedades. “As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismos de confiscação” (FOUCAULT, 2003, p. 67).

Sem cair em um reducionismo, apresentamos uma contextualização geral diversa e crítica – e por que não também *real*? – sobre o tema do confisco do conflito das vítimas. Trata-se de uma versão diversa daquela apontada como principal discurso *legitimador* da normativa e das práticas judiciais brasileiras, conferindo a perpetuação de um modelo de justiça seletivo, controlador e punitivo. A despeito da força e perpetuação deste último, certo

é: o debate acerca do papel das *vítimas* no âmbito do sistema de justiça criminal em nosso país tornou-se mais amplo.

Os pesquisadores brasileiros não se isolaram dos debates internacionais, intensificados no pós-guerra, acerca da *vítima* e da “nova” disciplina que surgia – a *Vitimologia*. Esta foi amplamente discutida a partir dos anos 70 em terras brasileiras. Marco César Alvarez (2010, p. 14), em introdução à pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), intitulada *A vítima no Processo Penal Brasileiro*,⁵ ponderou o fato de a figura da *vítima* ter conquistado espaço no âmbito da vida social contemporânea ao ganhar visibilidade e reconhecimento nos debates públicos e nas práticas institucionais.

No momento atual, é possível afirmar que os movimentos sociais se organizam em defesa das *vítimas*; a imprensa se volta para as *vítimas*, como se fossem praticamente as únicas destinatárias das políticas criminais; e novos saberes – como a *Vitimologia* – são estruturados. O próprio campo jurídico tem adotado reformas legais com vistas a criar espaço para sua maior participação nos ritos legais (ALVAREZ, 2010, p. 14).

O referido trabalho realizado por Alvarez buscou justamente analisar os procedimentos restaurativos concernentes à Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), e os processos penais referentes à violência doméstica e familiar que tramitam pelo procedimento previsto pela Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, Lei Maria da Penha. Para o autor, trata-se de “iniciativas inovadoras no que tange ao papel da *vítima* ao longo da persecução penal, pois delas advieram dispositivos vitimológicos até então inauditos no ordenamento processual penal brasileiro” (ALVAREZ, 2010, p. 12).

Concordamos com Alvarez quando este afirma que, embora essa “inovação social de grande alcance” esteja em curso, seus contornos e significados não adquiriram total clareza. De um lado, existe o argumento da “efetiva emergência de novos atores sociais, de novas demandas por reconhecimento da parte daqueles que, durante séculos, estiveram silenciados”. De outro, alerta-se quanto à emergência de mais uma faceta do “fervor punitivo que invade o espaço público, do processo de hipertrofia do Estado Penal ou de constituição de uma nova cultura do controle, que se infiltra em todas as dimensões da sociedade” (ALVAREZ, 2010, p. 14).

Explica Alvarez (2010, p. 15) que a maior parte dos autores (tanto no âmbito das ciências sociais quanto jurídicas) compreende que tal irrupção implica uma ruptura em relação à forma como a sociedade moderna construiu as representações e práticas

⁵ ALVAREZ, Marcos César *et al.* *Relatório da pesquisa A vítima no processo penal brasileiro*. Série Pensando o Direito, nº 24. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

hegemônicas em torno do crime e da punição. Isto é, ruptura com o discurso de *legitimidade* do direito penal, ao qual já se fez alusão: o da construção do monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito na modernidade, discurso este que *legitimou*, imprimindo *racionalidade*, a exclusão da *vítima* do processo penal.

Em verdade, a “redescoberta da *vítima*” pode ser explicada por diversos fatores. Sejam eles ideológicos, científicos ou político-criminais, algo é certo: seu “ressurgimento” tem como principal marco os anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, e sua origem está relacionada à grande vitimização ocorrida em virtude do nazismo (ROSSI, 2010, p. 12).

Jorge Josef (2001, p. 81) explica que o holocausto foi uma sucessão de eventos da História Ocidental contemporânea, um empreendimento histórico único, e uma de suas consequências é a *Vitimologia*. Destaca ele que a segunda metade do século XX foi marcada por acontecimentos (seminários, simpósios internacionais, eventos jurídicos) cujos temas giravam em torno da preocupação com o destino dos sobreviventes e das *vítimas*. Esse período foi caracterizado, argumenta o autor, pelo desenvolvimento e aprofundamento das preocupações da sociedade civil com a *vítima*, em geral, e com todos os direitos humanos (JOSEF, 2001, p. 81). Segundo o autor,

os sobreviventes do Holocausto colocaram-se, assim, na vanguarda dessa batalha e a *World Society of Victimology* (Sociedade Mundial de Vitimologia) e as Sociedades Nacionais no mundo inteiro e também no Brasil são uma de suas frentes. A importância adquirida por essa disciplina e seu desenvolvimento e crescimento no mundo inteiro atestam a sua oportunidade. Inúmeras categorias de *vítimas* desprezadas durante séculos encontram abrigo em sua interdisciplinariedade (JOSEF, 2001, p. 82-3).

Segundo o mesmo autor, foi em Nuremberg, em 20 de novembro de 1945, mesma cidade onde foram editadas as primeiras medidas antissemitas – as Leis de Sangue de 1935 –, que se iniciaram os julgamentos dos crimes de guerra que forjaram um novo modelo, a partir do qual a justiça internacional sofreria importantes modificações. “O julgamento de Nuremberg indica que a comunidade internacional não vai mais tolerar transgressões dos valores humanitários e que foi estabelecido um mecanismo que permite julgar ‘crimes contra a humanidade’” (JOSEF, 2001, p. 83-4). É nessa ocasião que, pela primeira vez, a *vítima* aparece num processo como elemento ativo e presente, assumindo a acusação, tomando parte no veredito.

A partir desse marco, seguiram-se inúmeros procedimentos jurídicos – a começar pela Alemanha Ocidental – que buscaram reparar os danos causados durante os anos de opressão nazistas às *vítimas* diretas, sobreviventes de campos de concentração. “O conceito de direito à reparação fica, assim, ampliado e cada vez mais a *vítima* se conscientiza dos seus direitos, luta

na qual os sobreviventes do Holocausto estão sempre presentes e na vanguarda” (JOSEF, 2001, p. 87).

E foi assim, como explicam Caroline Eliacheff e Daniel Larivière, que a última guerra mundial gerou o lugar moderno da *vítima* e levou ao desenvolvimento dos direitos humanos, de natureza e intensidade diversa daquela de outrora. A Organização das Nações Unidas (ONU), cumpre destacar, não queda inerte ao fato: inscreve o conceito e a denominação de “*vítima*” no direito. Mas acima de tudo, nas palavras dos referidos autores, o holocausto conduziu a “uma revolução das mentalidades no que se refere ao lugar das *vítimas* em geral” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 179).

Ainda, Eliacheff e Larivière explicam que o holocausto constituiu um acontecimento excepcional para compreender a revolução da vitimização no final do século XX e início do XXI. Pela primeira vez, a morte do outro remeteu à morte de si mesmo. E “a morte do outro oferece sempre uma forma escondida de gozo, mesmo que seja apenas o que sente o sobrevivente por ter sobrevivido” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 178). A imagem da morte chega a milhares de pessoas, por identificação, provocando medo de que algo do gênero viesse a lhes ocorrer, ainda que a sociedade se esforçasse para não pensar na morte. “As pessoas comuns, vendo-se face a face com a vítima expiatória, já não tinham espaço mental para não serem solidárias. O crime era tão grande e a inocência tão perfeita que a vítima tornou-se sagrada” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 179). Essa disseminação do sagrado na situação vitimária conduziu a uma revolução das mentalidades no que se refere ao lugar da vítima.

A tese dos referidos autores é que se vive em um mundo em que compaixão, democracia e *vítimas* estão ligadas. Para Eliacheff e Larivière, “portadora de coesão, de solidariedade, de concórdia e originária dos princípios democráticos, a compaixão parece favorecer a democracia” (2012, p. 17). É com ela que os “direitos” concedidos às *vítimas* assumem um objetivo de garantia de igualdade – ainda que se tenha a certeza de sua impossibilidade de concretização. E é o discurso da igualdade que visa a garantir o sentimento de pertencimento a uma humanidade compartilhada.

A compaixão tornou-se uma “qualidade política”, independente da orientação política assumida. A “política da piedade” tornou-se o principal recurso moral das decisões políticas: “não é a preocupação com a justiça ou a afirmação da soberania estatal, mas o reconhecimento do sofrimento do outro” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 18-20). Segundo os autores, para um político, declarar o seu sofrimento – *porque a vítima sofre* –

apresenta a dupla vantagem de torná-lo semelhante a seus concidadãos e dar-lhe uma razão para agir.

Para além da – ou apesar da – compaixão que caracteriza nossos tempos, vivemos em uma democracia que tem por consequência direta o individualismo. A sociedade democrática tem por efeito desfazer o laço social herdado, submetido, identificado às sociedades aristocráticas, cujo devotamento e indiferença para com a humanidade caminhavam juntos. O sentimento agora é de si e para com a humanidade em geral. A compaixão e o individualismo caminham juntos (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 23).

As premissas dos novos laços passam a ser o consentimento e a liberdade. No entanto, “trazer ao seu consentimento todo o mundo social e dispor das liberdades de opinião, de escolha, de consciência levam a novas servidões” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 24). Viver em um mundo com estas características apresenta o ônus da responsabilidade de “encontrar um sentido para a sua existência”. Como afirmam os já referidos autores, “a carga é tanto mais pesada quanto Deus, o diabo, o acaso ou o destino já não podem atuar como terceiro responsável garantido pelo Estado quando um acontecimento imprevisto sobrevém e o singulariza” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 24). Nesse contexto, surge a questão: onde encontrar os responsáveis?

É assim que o indivíduo moderno está entre dois fogos cruzados: o igualitarismo democrático e seu individualismo. “Queremos todos ser ao mesmo tempo iguais e diferentes” (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 24). Para resolver essa tensão entre igualdade de princípio e desigualdade de fato, é preciso tornar-se vencedor, tornar-se herói. Somente o herói se destaca por conseguir distinguir-se da massa indistinta de seus semelhantes. É a *vítima*, segundo Eliacheff e Larivière, quem assume a figura do herói moderno:

Como conservar o sentimento de que se escolhe a própria vida quando se sofre um dano, senão reivindicando a existência de um terceiro responsável que venha garantir que não se trata de vicissitudes de um destino caprichoso? Privado de um além-mundo oficial, onde se acertariam as dívidas, a sociedade democrática deve dar conta imediatamente do prejuízo sofrido por um de seus membros e apresentar uma origem para o ocorrido. Um culpado de carne e osso. Por outro lado, a *vítima*, evidenciada pelas mídias, se vê no palco, como os campeões e as estrelas de cinema. Repentinamente célebre, ela sai da massa pelo sofrimento, brilhante em toda a sua inocência (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 25).

É justamente nesse encontro entre princípio da igualdade, compaixão, necessidade de se distinguir de seus semelhantes, de permanecer mestre de sua vida e de buscar reconhecimento que *vítimas* encarnam uma forma de heroísmo (ELIACHEFF; LARIVIÈRE, 2012, p. 26).

Nesse contexto, talvez fique mais claro compreender a força que a filosofia da justiça restaurativa⁶ ganha, como discurso de possibilidades e respostas à(s) demanda(s) da vítima insurgente.

O paradigma restaurativo abraça a demanda por reconhecimento e entende que a identidade em nosso mundo já não é garantida de forma estável. “O aparecimento da justiça reconstrutiva está em parte ligado ao problema especificamente moderno da identidade. O sujeito democrático, emancipado de toda a transcendência, paga a sua liberdade com a dificuldade de ser ele” (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 274). Nesse contexto, a vitimidade nasce da ameaça moderna de um desaparecimento total do agredido, até de uma negação da humanidade que está nele registrada. É justamente a compreensão da vitimidade contemporânea, como igualdade desfeita, capacidade entravada e identidade ameaçada que, segundo Garapon (2002, p. 286), esclarece as expectativas que se têm em relação à justiça restaurativa. Retomaremos esse tema ainda nesse trabalho.

Por agora, direcionemos nossos olhares para as proposições de políticas públicas brasileiras que, atentas ao contexto delineado, buscam alternativas que contemplem as vítimas de nossa contemporaneidade.

1.2 Novos rumos para as políticas criminais brasileiras

Intitulado “10 anos da política nacional de penas e medidas alternativas”, um documento publicado em 2010 pelo Ministério da Justiça brasileiro relata os principais avanços obtidos na área, os desafios enfrentados, bem como as metas de aperfeiçoamento da política. Além disso, o documento destaca que a legislação pertinente a penas e medidas alternativas tem, paulatinamente, mitigado a concepção que afasta a *vítima* do direito penal e do processo penal brasileiro. Isto é, na legislação brasileira e nos procedimentos perpetrados pelo sistema de justiça criminal como um todo, é cada vez maior o espaço dado à participação da *vítima* no processo penal, bem como a consideração de seus direitos quando da solução do conflito de médio e pequeno potencial ofensivo (BRASIL, 2010, p. 61).

⁶ Estudiosos da matéria atribuem a denominação “justiça restaurativa” ao psicólogo Albert Eglash que, em 1977, escreve o artigo *Beyond Restitution: Creative Restitution*. Tal expressão prevaleceu em nosso país ainda que a tradução de “*restorative justice*” esteja mais próxima de “justiça restauradora”. De todo modo, outras expressões tais como justiça “relacional”, “comunal”, “comunitária”, “recuperativa” e “participativa” são igualmente usadas (ANDRADE, 2012, p. 333). No presente trabalho, adotaremos o termo “justiça restaurativa”.

Fabiana Barreto, presidente da Comissão Nacional de Apoio ao Programa de Penas e Medidas Alternativas (CONAPA), gestão 2009/2010, e redatora do referido documento, destaca que, no mesmo contexto, o plano da política de alternativas penais em curso em nosso país tem incentivado novos procedimentos para lidar com o conflito de natureza penal, sobretudo aqueles que pensam a interação entre autor e *vítima* e entre aquele e a comunidade atingida pelo delito (BRASIL, 2010, p. 59).

Em 2011, com o intuito de reunir especialistas na temática de alternativas penais para auxiliar o debate e o desenho da política pela Coordenadoria Geral de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA/DEPEN/MJ), foi instituído o Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais⁷, cujo trabalho resultou no documento oficial “Alternativas Penais: bases e ações prioritárias de uma nova política de segurança pública e justiça”⁸. Como explicam os redatores do referido documento, seu objetivo “é expor o estágio atual das reflexões e debates sobre a política de alternativas penais com vistas a consolidar as conquistas dos últimos anos e firmar as bases que propiciem a ampliação do seu alcance nos anos que estão por vir” (BRASIL, 2013).

Encontra-se, nesse documento, a *agenda positiva* de estratégias de atuação, direcionada aos diversos atores envolvidos na política. Os especialistas reconhecem as “dificuldades enfrentadas no primeiro movimento em direção às alternativas penais realizado no final da década de noventa”. Se, nesse momento, imaginou-se, como explica o Grupo de Trabalho, “realizar transformações profundas no sistema de justiça criminal por intermédio de alteração legislativa”, agora, as novas diretrizes contextualizam-se nas “dificuldades enfrentadas na última década por todo o país”, que

7 “O Grupo inicialmente contou com a participação dos seguintes membros: Heloisa Adário (DEPEN/MJ), que coordenou os trabalhos, Fabiana Costa Oliveira Barreto (Ministério Público/DF), Fabiana de Lima Leite (Instituto Albam/MG), Fábio Sá e Silva (IPEA/DF), Helena Malzoni Romanach (Instituto Sou da Paz/SP), Maíra Rocha Machado (DireitoGV/SP), Pedro Strozenberg (Diretor Executivo ISER/RJ), Rodrigo Duque Estrada (Defensoria Pública/RJ), Valdirene Daufemback (CNPCP/SC). O prazo de atuação do Grupo teve a sua vigência prorrogada por duas vezes, até 31 de julho de 2013 (Portarias publicadas no D.O.U de 01/03/2012 e de 10/12/2012). Na ocasião foram agregados ao grupo a promotora de justiça Maria Espéria Costa Moura (PR), o juiz Carlos Eduardo Ribeiro Lemos (ES), o psicólogo Elton Alves Gurgel (Psicólogo, Tribunal de Justiça/Ceará) e a assistente social Andrea Mércia Araújo (Gestora Pública/BA). A Secretaria Nacional de Justiça, a Secretaria de Reforma do Judiciário e a Secretaria de Assuntos Legislativos do MJ acompanharam os trabalhos com a colaboração dos diretores João Guilherme Granja, Kelly Oliveira Araújo e Gabriel de Carvalho Sampaio, respectivamente” (BRASIL, 2013). As Portarias DEPEN n° 226, de 10 junho de 2011, e a Portaria DEPEN n° 091, de 29 de fevereiro 2012, tratam da instituição e composição do referido Grupo de Trabalho. Disponível em < <http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7%7D¶ms=itemID=%7BFC706FC6-C46E-41D3-8ACA-C6077EA94C54%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 15 de jan. de 2015.

8 BRASIL. Ministério da Justiça. *Alternativas Penais: bases e ações prioritárias de uma nova política de segurança pública e justiça*. Heloisa Adário (Coord). Documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais (CGPMA/DEPEN/MJ). Brasília, agosto de 2013.

[...] registraram de modo muito contundente que não é possível “tirar a lei do papel” e produzir transformações substanciais e duradouras no sistema de justiça criminal sem a participação do poder executivo, nos três níveis de governo, e da sociedade civil, além da adoção de estratégias para o enfrentamento da cultura do encarceramento (BRASIL, 2013).

É assim, portanto, que o escopo da política perpassa desde institutos descriminalizadores até as penas restritivas de direitos, abrangendo, entre outros:

- a) os mecanismos extrajudiciais ou informais de intervenção existentes para enfrentar uma infração penal, como a mediação e a justiça restaurativa;
- b) conciliações, mediações programas de justiça restaurativa realizados por meio dos órgãos do sistema de justiça.

Além disso, é posto em destaque que

[...] a política de alternativas penais organiza-se em função de quatro princípios fundamentais: responsabilizar com autonomia e liberdade; promover o envolvimento, *a reparação e a proteção da vítima e da comunidade*; atuar de ponta a ponta no sistema de justiça e *investir na mediação e nas práticas restaurativa* (BRASIL, 2013) (grifo nosso).

Como se vê, os especialistas apontam, como característica fundante da política de alternativas penais, o dever de buscar a reparação dos danos das *vítimas* ou comunidade envolvida, a existência de mecanismos para garantir sua proteção e o incentivo à maior participação da comunidade na administração do sistema de justiça criminal, com vistas a fortalecer os vínculos entre os cumpridores das medidas não privativas de liberdade, suas famílias e a sociedade.⁹

De modo geral, para os gestores da área, quando a demanda da *vítima* chega ao sistema de justiça criminal, esta não se resume à sanção criminal: ela busca também a indenização de seus danos, a solução de questões na área de família, medidas de proteção. Argumenta-se que esse fato tem dado lastro para o crescente número de projetos com base nos princípios que orientam a justiça restaurativa e a mediação penal, as quais teriam o condão de

⁹ Além dos trabalhos citados, destacam-se os documentos: “Política de Alternativas Penais: A concepção de uma política de Segurança Pública e de Justiça”, produzido pela Coordenação Geral de Penas e Medidas Alternativas (CGPMA/DEPEN), com a colaboração da Comissão Nacional de Apoio às Penas e Medidas Alternativas (CONAPA) e de consultores externos, membros do já referido Grupo de Trabalho; e a Portaria nº 2.594, de 24 de novembro de 2011, do Ministério da Justiça, que institui a Estratégia Nacional de Alternativas Penais (ENAPE), com o objetivo de fomentar a política e a criação de estruturas de acompanhamento à execução das alternativas penais nos Estados e Municípios. Ambos os documentos tratam das ações de aplicação de alternativas penais enquanto “intervenções de Política Criminal que têm por finalidade (1) o incentivo à participação da comunidade e da vítima na resolução dos conflitos, (2) a responsabilização da pessoa submetida à medida e a manutenção do seu vínculo com a comunidade, com a garantia de seus direitos individuais e sociais, e (3) a restauração das relações sociais. Privilegia-se o enfoque restaurativo nas intervenções do sistema de justiça criminal, favorecendo a criação da cultura da paz e a redução da violência”. Ambos os textos estão disponíveis em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B47E6462C-55C9-457C-99EC-5A46AFC02DA7%7D¶ms=itemID=%7B9DBD6DCA-4293-4BBE-B379-9BE849A1AE82%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 15 de jan. de 2015.

resgatar a *vítima* para o espaço de solução dos conflitos penais. Por fim, tem-se entendido que a inserção da *vítima* no debate sobre as alternativas à prisão trouxe à tona não apenas o tema sobre como lidar com esse “novo” sujeito no processo penal, como também a possibilidade de que seja estreitada a conexão entre o direito penal e os demais ramos do direito.

Por fim, importante destaque: o escopo e princípios declarados pelo Grupo de Trabalho tiveram como norte a premissa de que “problemas diferentes, com níveis de complexidade e alcance distintos, exigem estratégias de responsabilização distintas também”. Assevera-se que as ações prioritárias propostas à consolidação de Política Nacional de Alternativas Penais buscam fazer crítica à cultura do encarceramento, “que há mais de dois séculos propaga que uma única consequência jurídica – a prisão – é capaz de lidar com os mais variados problemas sociais”. Nesse contexto, *a reparação e a proteção da vítima e da comunidade e as práticas da mediação e da justiça restaurativa* podem representar “práticas de política criminal fundadas em novas bases” – inovadoras, portanto.

Cabe ressaltar que se reconhece, no referido documento, que, devido à estrutura fragmentária do sistema de justiça, “novas formas de atuação no campo da justiça criminal” esbarram na ausência de “consenso entre atores de instituições e instâncias diversas”. Nas palavras dos próprios redatores do documento:

Além disso, a força da cultura do encarceramento mina a possibilidade de iniciativas dessa natureza, além de abafar aquelas que são construídas de forma pioneira por atores do sistema de justiça. É necessário um cenário institucional que favoreça o diálogo entre os atores do sistema de justiça e das políticas públicas, bem como fortaleça as novas práticas para que uma política de alternativas penais possa florescer. *Do contrário, deixada à deriva, a política de alternativas penais – como toda política para o sistema de justiça criminal – cai na sina da ampliação do controle, distanciando-se de seus objetivos e inspirações originais* (BRASIL, 2013) (grifo nosso).

Tendo sido destacada a relevância e atualidade do tema, cabe agora averiguarmos de que maneira a atual proposta de “*retorno da vítima ao sistema de justiça criminal*” pode, de fato, constituir uma política criminal inovadora para o Brasil.

A maior participação das vítimas no sistema de justiça criminal nos fornecerá outras formas de conceber e lidar com a diversidade de conflitos e problemas normalmente atribuídos ao direito penal? Poderá representar uma possibilidade de ruptura do que podemos chamar de racionalidade penal moderna, e se situar na contramão da cultura policializante adotada pelo Estado brasileiro, da política criminal de encarceramento e das atuais práticas judiciais, produtoras de subjetividades calcadas na insegurança e no medo?

Para melhor situarmos o problema apresentado, exploremos brevemente a ideia de *racionalidade penal moderna* desenvolvida pelo professor Álvaro Penna Pires. Para ele, a

maneira de pensar o sistema penal assume, no Ocidente, uma forma de organização sistêmica distinta dos outros sistemas de pensamento a partir da segunda metade do século XVIII. Esse sistema de pensamento, ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa como "justiça penal" ou "criminal", denominado como "racionalidade penal", produz um ponto de vista que contribui para construir um subsistema jurídico específico – o sistema penal moderno – e para justificar a forma específica que ele assume (2004, p. 40).

Em comentário sobre o direito penal moderno, escreve Roberto Machado:

[...] o direito penal moderno encontra-se enclausurado por um sistema de ideias que tornam extremamente difícil a emergência e a estabilização de soluções alternativas. Isto é, é muito difícil que ideias novas apareçam e, quando aparecem, que elas venham para ficar. Este sistema de pensamento representa, portanto, uma forte limitação à criatividade de todos nós, juristas, sociólogos etc., quando nos dedicamos a pensar sobre outras formas de conceber e lidar com a extraordinária diversidade de conflitos e problemas normalmente atribuídos ao direito penal” (MACHADO, 2009, p. 12).

Assim, desde já, um dos efeitos dessa *racionalidade penal moderna* é naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema penal, nos enclausurando nesse ideário. No caso, o professor refere-se à estrutura normativa telescópica sob a qual a norma de comportamento, na lei penal, é formulada: a justaposição de uma norma de sanção a uma norma de comportamento. Em segundo plano, estaria a linha de pensamento, medieval, segundo a qual é a pena que comunica o valor da norma de comportamento e o grau de reprovação em caso de desrespeito. “A combinação entre a estrutura normativa telescópica e essa linha de pensamento que valoriza a pena aflitiva dará a impressão de que a norma de comportamento e a pena aflitiva formam um todo inseparável, o que suscitará uma série de problemas e deslocamentos de sentido” (PIRES, 2005, p. 41).

Portanto, por essa *racionalidade*, “o crime (norma de comportamento) será definido pela pena tanto no direito como no saber jurídico e, muitas vezes, das ciências sociais”. E em especial, no direito, essa maneira de definir o crime produzirá uma imediata dogmatização da relação crime/pena (aflitiva). “Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflitiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal moderno” (PIRES, 2005, p. 41).

Uma segunda questão apontada por Pires seria “uma ilusão de simplicidade quanto ao trabalho do legislador e do juiz no momento da escolha da sanção”, isto é, tende-se a crer que eles devem privilegiar a escolha da pena aflitiva, particularmente a de prisão.

Por fim, um terceiro problema é verificado no plano filosófico: a combinação entre crime e pena aflitiva engendra uma formidável ilusão de necessidade e identidade quanto à

natureza dessa associação, supondo que as normas de comportamento e sanção são igualmente obrigatórias. Nas palavras desse autor:

a suposição de que a sanção que afirma a norma no direito penal deve ser estritamente negativa, de modo que entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza: uma vez que o crime é visto como um mal (de ação), a pena também deve ser concebida como um mal (de reação), buscando direta e intencionalmente produzir um mal para "apagar" o primeiro mal ou para efeito de dissuasão (PIRES, 2005, p. 42).

Esse sistema de pensamento é basicamente formado pelas teorias modernas da pena (retribuição, dissuasão, reabilitação prisional e denúncia). Apesar de apresentar essas teorias como construídas em oposição umas às outras, ao menos no que concerne ao modo de justificar a punição, tais teorias foram conjuntamente construídas, apesar de suas diferenças: “o acoplamento que se opera entre as normas de comportamento (os crimes) e as normas de sanção (as penas) e, entre estas, a utilização quase exclusiva da pena de prisão” (MACHADO, 2009, p. 12).

Assim, a exclusão das alternativas e a intensa valorização da sanção prisional estão intimamente ligadas à forma particular de definir a punição como “infligir sofrimento” e de definir a atuação do Estado diante de um conjunto de problemas como uma “obrigação de punir”. E de modo geral, “as ciências sociais, a filosofia e o saber jurídico têm dificuldade de pensar o crime e o sistema penal sem aplicar a esses objetos as categorias de pensamento produzidas e legitimadas pela própria racionalidade penal moderna”, enraizando-se, portanto, em seus postulados e constituindo um “obstáculo epistemológico ao conhecimento da questão penal e, ao mesmo tempo, à inovação” (PIRES, 2004, p. 43).

Como dito, para além da *racionalidade penal moderna*, outros desafios são igualmente postos a superar quando o tema é a *maior participação das vítimas no sistema de justiça criminal*. Para Vera Malaguti Batista, com o contributo dos saberes *psi* à criminologia – em especial a partir de estudos de autores como Foucault, Deleuze e Guatarri, que avançaram na crítica aos limites da psicanálise na interpretação da lógica do poder punitivo –, o campo das ideias de *subjetividade e subjetivação* apresenta um amplo caminho para avaliar “aquilo que nos funda e nos regula na interpretação do real e de nós mesmos em todas as consequências para a nossa experiência social” (MALAGUTI BATISTA, 2011, p. 58).

No nosso tema em verificação, “como avançar em novos campos de conversação”, para além das “afinidades entre os assujeitamentos e a subjetividade imposta pela cultura punitiva, que tem na figura da vítima seu principal dispositivo, e no medo sua mais potente metodologia” (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 308)?

Assim, está posto o desafio: como lidar com a presença do discurso que fomenta e legitima a *cultura policializante adotada pelo Estado brasileiro, a política criminal de encarceramento e as atuais práticas judiciais, produtoras de subjetividades calcadas na insegurança e no medo*, mas que são, ao mesmo tempo, “acalentadoras da afetividade das massas”.

Como aprofundar a discussão acerca desse discurso legitimador capaz de garantir que as estruturas do processo de assujeitamento concretizado pelo controle punitivo nunca fossem abaladas – pelo contrário, permitiu que andassem de braços dados com ele, suprindo-as com uma subjetividade que dialoga com a demanda por ordem e punição? Como fomentar o debate que permita “que avancemos em novos campos de conversação, ao aprofundamento da discussão e à necessidade de demonstração dessa adesão subjetiva à barbárie que constitui a crescente demanda coletiva por castigo e punição”? (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 308).

Nessa esteira, entendemos o alerta levantado por Zaffaroni (2010, p. 54) ao oportunismo político que explora as *subjetividades* não elaboradas. Oportunismo que, de forma perigosa, busca manipular algumas *vítimas*, explorando e aprofundando sua patologia mediante sua elevação à condição de herói. Manipulações que tais são capazes de provocar “um alívio passageiro na *vítima*, mas na realidade constituem uma revitimização, sob a forma de um verdadeiro cinismo vitimizante” (ZAFFARONI, 2010, p.54).

Cecília Coimbra e Estela Scheinvar atentam para *o feitiço* do Estado Democrático de Direito, uma “entidade idealizada que alimenta uma retórica sustentada na fé, malgrado as práticas coloquem os seus ideais em questão”. Em virtude disso, ainda que as políticas não transformem, que os recursos não retornem ao erário, que a vida continue sendo refém do capital e que se mantenha a seletividade do sistema penal, “a punição é o que o Estado de Direito produz como esperança moral, em nome de princípios éticos” (2012, p. 62).

Nesse contexto, segundo as mesmas autoras, “a subjetividade punitivo-penal opera inventando regras e castigos em nome da segurança”. É assim que, em nosso mundo, “segurança e pena se associam como referência à resolução de conflitos, em uma perspectiva centrada no indivíduo como o responsável pelos delitos, tornando-o, em decorrência, a razão da lógica penal” (SCHEINVAR, *et al.*, 2012, p. 63).

De fato, vivemos em tempos que o “mal-estar” se enuncia “como dor e não como sofrimento, indicando com isso o incremento da experiência solipsista das individualidades em detrimento da experiência alteritária”. Justamente nesse fato reside a pobreza dos processos de subjetivação: “a miséria a que foram reduzidas as subjetividades” (BIRMAN, 2005, p. 89).

É esse o nosso mundo, onde *vítimas* e réus estão próximos em suas perdas, insatisfações e percepções. Somos todos *vítimas* e reconhecemos “a violência e o trauma” como o subproduto da experiência com sistema de justiça criminal. É, também, nesse nosso mundo que a manipulação – política – e a exploração de *subjetividades* pode acabar por representar espaços em que “se funda e se reproduz o capital simbólico, produtor de subjetividades e assujeitamentos” (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 310).

Um mundo caracterizado pela *polarização da segurança* e potencializador da *estratificação social da vulnerabilidade vitimizante*, o que, como explicam Raúl Zaffaroni, *et al.*, desencadeia

um efeito político perigoso para qualquer estado de direito: as classes mais desfavorecidas são mais vitimizadas e acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais. Não é de se estranhar o grande número de adeptos da pena de morte que se encontram nesses segmentos sociais, o que não se vincula nem à menor escolaridade nem a qualquer outra razão preconceituosa, mas à vivência cotidiana da vitimização incrementada pela prédica vindicativa dos operadores de agências do sistema penal. Quando tal prédica induz o direcionamento das justas insatisfações desses estratos sociais para as infecundas intervenções do sistema penal, criam-se condições para a discriminação de certos grupos humanos, então identificados como responsáveis por todos os seus males (*bodes expiatórios*) (ZAFFARONI, *et al.*, 2003, p. 55).

Em suma, um mundo em que “as subjetividades punitivo-penais” são produzidas por meio da lógica segundo a qual a segurança é garantida pelo controle das pessoas, única possibilidade para se alcançar felicidade e realização (SCHEINVAR, *et al.*, 2012, p. 63).

Nilo Batista, em texto que dialoga com Loïc Wacquant – tendo como pano de fundo um artigo escrito por este último intitulado “*Forjando o Estado Neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social*” –, concorda com a assertiva de que o punitivismo neoliberal não deve ser visto como

um dilema criminológico resolvido do controle e sim uma “estratégia política notadamente bem sucedida”, capaz de revitalizar o mito moderno da eficácia punitiva estatal e de condenar a “difusa ansiedade” social açulada pelo desamparo neoliberal (BATISTA, 2012, p. 222).

É este mesmo autor quem analisa os efeitos que o punitivismo neoliberal foi capaz de exercer sobre o criminal, e que dizem respeito, por consequência, à lógica da “redescoberta” da *vítima* para o processo penal. Considerações igualmente imprescindíveis quando se quer pensar reais inovações para sistema de justiça criminal.

Uma questão por ele salientada refere-se à categoria do *bem jurídico*, fruto do princípio liberal da lesividade e “indispensável à caracterização de um delito e a ofensa a outro: sem alteridade não há conflito que interesse ao direito” (BATISTA, 2012, p. 223).

Nilo Batista explica que a categoria *bem jurídico* substituiu o direito subjetivo da *vítima* como signo dela no conflito e foi apropriada por uma teorização legitimante do poder punitivo, segundo a qual a principal função da criminalização primária seria a proteção de bens jurídicos. “Sobrevive nesta noção de bem jurídico tutelado um vestígio do argumento contratualista hobbesiano; que tenha ele se mantido sob o neoliberalismo é espantoso” (BATISTA, 2012, p. 223).

Nesse contexto punitivista neoliberal – capaz de legitimar a intervenção criminal estatal sob a abstrata categoria abstrata de *bens jurídicos*, ao invés do conflito e seus eventuais prejuízos para as partes –, cumpre refletir se é real esperar um discurso e uma prática criminal imunes à disfuncionalidade do sistema de justiça criminal que, por exemplo, venham a entender *bem jurídico* como as demandas por reconhecimento e reparação de *vítimas*. Isto, tendo como horizonte um mundo cuja sociabilidade está calcada no individualismo e na indiferença. Pode ser vislumbrada a possibilidade de romper o enclausuramento do sistema de ideias a que o direito punitivo moderno está submetido?

Estamos cientes de que a implementação de novas estratégias e procedimentos que visam à maior participação da *vítima* no sistema de justiça criminal brasileiro podem correr o risco de representar “mais do mesmo”, com permanência em relação à forma como as representações e práticas hegemônicas em torno do crime e da punição sempre foram construídas. Isto é, sem ruptura com o *discurso legitimante*. Daí, a “nova” *vítima*, ainda que promovida por uma filosofia calcada na reparação e no reconhecimento, andaria de mãos dadas com o fervor punitivo que nos assola. Reforçaria, ao revés, e ainda que com um discurso diferente do que conhecemos, a nunca antes abalada *legitimidade* do controle punitivo.

Corre-se o risco, sabemos, de a vítima ser elevada à categoria de herói midiático tão somente para, uma vez coisificada, tornar-se personagem central e produtora para a *(re)legitimação* do sistema de controle punitivo tal qual já o vivenciamos hoje.

Mas, como avançar em novos campos de conversação? Afastando a postura simplória de um pessimismo paralisante, temos que seguir em busca de “respostas percursos”.

1.3 Uma proposta metodológica com Michel Foucault

Não há em Michel Foucault uma unidade metodológica. Cada obra sua, do ponto de vista metodológico, será sempre diferente da anterior, o que nos leva a falar da existência de uma trajetória (MACHADO, 2006, p. 11).

De um modo geral, a filosofia de Foucault pode ser caracterizada por três fases: *arqueológica*, *genealógica* e *ética*. A fase *arqueológica* inaugura uma ruptura com a tradição filosófica, sendo seu foco a investigação dos tipos de *discursos* como regra para a constituição de áreas de conhecimento. Na *genealógica*, o *saber* representado pelas ciências do homem e o *poder* pelas relações históricas. E a *ética*, o sujeito produzido por diferentes tipos de *saberes*, por *relações de poder* e por relações do sujeito consigo mesmo.

A *arqueologia do saber* (obra publicada originalmente em 1969), embora Foucault não pretendesse construir uma teoria ou uma metodologia da história arqueológica, foi um trabalho apresentado com o objetivo principal de refletir o procedimento por ele utilizado em suas investigações, por vezes explicitados em seus trabalhos de pesquisa nos livros anteriores¹⁰. Nesse livro, ele procura precisar suas categorias de análise, superar eventuais problemas de pesquisa, bem como apontar novas direções para seu projeto teórico: “procura sistematizar teoricamente o que, em momentos diferentes e de modo não homogêneo, foi praticado e, mais uma vez, redefinir a história arqueológica” (MACHADO, 2006, p. 143-144).

A *arqueologia* é definida como uma análise de *discursos*. Explica Foucault que a “arqueologia busca definir não os pensamentos, as imagens, os temas, as obsessões que se ocultam ou se manifestam nos discursos, mas os próprios discursos, enquanto práticas que obedecem a regras”. O *discurso* não é tratado como *documento* a ser investigado. A *arqueologia* se dirige a ele em seu volume próprio, não busca interpretá-lo, nem desvendar “outro *discurso*” mais oculto. Ele é analisado em sua exterioridade, a partir dos jogos de forças, dos duelos do exterior e não na interioridade organizadora de uma consciência. A

¹⁰ Trata-se de suas análises históricas da loucura, da clínica médica e dos saberes sobre o homem – a primeira fase de sua história arqueológica realizada em *A História da loucura, O Nascimento da clínica, As palavras e as coisas* – em que Foucault se volta para o nível arqueológico do pensamento que forma os conceitos, os experimentos e as teorias em um período particular. Essas obras marcam uma nova forma de investigação, diferente dos métodos da história das ideias ou das ciências (FOUCAULT, 2014, pp. 165-171). Seu diferencial em relação a esses dois métodos fica evidente no conceito elaborado por Judith Revel sobre o verbete arqueologia, tendo por base a obra foucaultiana: “uma arqueologia não é uma ‘história’ na medida em que, como se trata de construir um campo histórico, Foucault opera com diferentes dimensões (filosófica, econômica, científica, política etc.), a fim de obter as condições de emergência dos discursos de saber de uma dada época. Ao invés de estudar a história das ideias em sua evolução, ele se concentra sobre recortes históricos precisos – em particular, a idade clássica e o início do século XX –, a fim de descrever não somente a maneira pela qual os diferentes saberes locais se determinam a partir da constituição de novos objetos que emergiram num certo momento, mas como eles se relacionam entre si e desenham de maneira horizontal uma configuração epistêmica coerente (REVEL, 2005, p.16) (grifo nosso).

arqueologia não é ordenada pela figura da obra, ela define tipos e regras de *práticas discursivas* que atravessam obras individuais, “a instância do sujeito criador, enquanto razão de ser de uma obra e princípio de sua unidade, lhe é estranha”. Ela não procura “reconstruir o que pôde ser pensado, desejado, visado, experimentado, almejado pelos homens no próprio instante em que proferiam o discurso”, não tenta repetir o que foi dito, reencontrando sua própria identidade, “não é nada além e nada diferente de uma reescrita: isto é, na forma mantida da exterioridade, uma transformação regulada do que já foi escrito” (FOUCAULT, 2014, p. 169-170).

Para tanto, os *discursos* são abordados em um nível anterior à sua classificação em tipos, sem obedecer às distribuições tradicionais dos *discursos* em ciência, filosofia, medicina, gramática, econômica política etc. São rejeitados os balizamentos tradicionais, unidades que nem sempre existiram, mas aceitas, por exemplo, como forma de situar objetos de pesquisa histórica. Em verdade, era preciso renunciar aos postulados que, na sua visão, tinham por função garantir “a infinita continuidade do discurso”. Foucault não está preocupado em demonstrar evoluções e continuidades, mas em descrever irrupções de acontecimentos e descontinuidades na história do pensamento ocidental.

Assim, Foucault vai justificar *discursos* como *dispersão*. Os *discursos* não têm princípios de unidade. “A dita unidade de um discurso, como uma ciência por exemplo, unidade procurada nos níveis do *objeto*, do *tipo de enunciação*, dos *conceitos básicos* e dos *temas*, é, na realidade, uma dispersão de elementos”. A *arqueologia* analisa os *discursos*, portanto, neutralizando as possíveis unidades: “a análise dos discursos será a descrição de uma dispersão” (MACHADO, 2005, p. 146).

Ao mesmo tempo em que se descreve essa *dispersão*, serão estabelecidas regras capazes de reger a *formação dos discursos*, chamadas por ele de *regras de formação*, as quais possibilitam determinar os elementos, seus diversos níveis, que compõem o *discurso*: os diferentes *objetos* que surgem, coexistem e se transformam num dado espaço discursivo; os *tipos de enunciação* que podem permear o discurso; a maneira como os *conceitos* se apresentam, e as transformações em um campo discursivo; os *temas (teorias, estratégias)* que são permitidos ou excluídos a partir de um sistema de relações estratégicas. O objetivo, portanto, é “formular regras capazes de reger a formação dos discursos”. *Regras de formação* as quais, nas palavras de Roberto Machado, “são as condições de existência de um discurso, e devem explicar como os discursos aparecem e se distribuem no interior de um conjunto” (MACHADO, 2005, p. 146).

No entanto, essa unidade não é uma individualização, mas está caracterizada como regularidade que, segundo Foucault (2014, p. 46), diz respeito a “uma ordem em seu aparecimento sucessivo, correlações em sua simultaneidade, posições assinaláveis em um espaço comum, funcionamento recíproco, transformações ligadas e hierarquizadas”.

Em outras palavras, perante a impossibilidade de estabelecer uma unidade a partir de *objetos, enunciados, conceitos e temas*, a análise se inverte: ao invés de serem analisados como regras, esses componentes são regulados em seu aparecimento e transformação. E, conforme Foucault:

no caso em que se puder descrever, entre um certo número de enunciados, semelhante sistema de dispersão, e no caso em que entre os objetos, os tipos de enunciação, os conceitos, as escolhas temáticas, se puder definir uma regularidade (uma ordem, correlações, posições e funcionamentos, transformações), diremos, por convenção, que se trata de uma *formação discursiva* (2014, p. 47).

Assim, podemos dizer que um sistema de *regras de formação* determina uma *formação discursiva*. “As regras de formação são condições de existência (mas também de coexistência, de manutenção, de modificação e de desaparecimento) em uma dada repartição discursiva” (FOUCAULT, 2014, p. 47). Assim, um *discurso*, considerado como *dispersão* de elementos, pode ser descrito como regularidade, e portanto individualizado, descrito em sua singularidade, se suas *regras de formação* forem determinadas nos diversos níveis. No entanto,

o ponto importante da análise é que as regras que caracterizam um discurso como individualidade se apresentam sempre como um sistema de relações. São relações entre objetos, entre enunciativos, entre conceitos e entre estratégias que possibilitam a passagem da dispersão à regularidade. Assim, enquanto se processam emergências e transformações, na medida em que se estabelece a regularidade da relação, o sistema permanece com características que permitem individualizá-lo (MACHADO, 2005, p. 148).

Essa regularidade, por outro lado, não significa priorizar um dos quatro níveis: eles estão relacionados entre si, formam um sistema único, ainda que ao definir as *regras de formação dos objetos, das enunciações, dos conceitos e estratégias*, se privilegie algum dos níveis. De todo modo, a *análise arqueológica*, como descrição dos *discursos*, não deve se fechar no interior do próprio *discurso*, deve articular o acontecimento *discursivo* com o *não-discursivo*, as *formações discursivas* com as *não-discursivas*, buscar estabelecer uma relação com acontecimentos de outra ordem, seja técnica econômica, social ou política (MACHADO, 2005, p. 149).

Por fim, Foucault preocupa-se em definir aspectos relativos a *enunciados*, eis que a articulação do *enunciado* com a análise do *discurso* é indispensável para que se possa definir com maior precisão o objeto da *análise arqueológica*. Nas palavras de Roberto Machado:

Descrever um enunciado é descrever uma *função enunciativa* que é uma condição de existência. Não existe, portanto, incompatibilidade entre análise do discurso e descrição dos enunciados. *Os discursos são analisados no nível do enunciado, e o que circunscreve, delimita e regula um grupo de enunciados é uma formação discursiva* (MACHADO, 2005, p. 152) (grif o nosso).

Assim posto, Foucault definirá discurso em sentido pleno como “um conjunto de enunciados, na medida em que se apoiem na mesma formação discursiva”. E prossegue o autor:

ele não forma uma unidade retórica ou formal, indefinidamente repetível e cujo aparecimento ou utilização poderíamos assinalar (e explicar, se for o caso) na história; é constituído de um número limitado de enunciados para os quais podemos definir um conjunto de condições de existência. *O discurso, assim entendido, não é uma forma ideal e intemporal que teria, além do mais, uma história: o problema não consiste em saber como e por que ele pôde emergir e tomar corpo num determinado ponto do tempo; é, de parte a parte, histórico – fragmento de história, que coloca o problema de seus próprios limites, de seus cortes, de suas transformações, dos modos específicos de sua temporalidade, e não de seu surgimento ab-rupto em meio às complicitades do tempo* (FOUCAULT, 2014, p. 143).

A par dessa definição plena de *discurso*, Foucault estabelece o que chama de *prática discursiva*, “um conjunto de regras anônimas, históricas, sempre determinadas no tempo e no espaço, que definiram, em uma dada época e para uma determinada área social, econômica, geográfica ou linguística, as condições de exercício da função enunciativa” (FOUCAULT, 2014, p. 144). Para Foucault, as *práticas* sociais não só produzem certos *saberes*, como também fazem surgir novos conceitos e objetos. Tais *práticas* são bem datadas, definidas em certo momento histórico, não por uma racionalidade ou causalidade, mas por múltiplas causas relacionadas entre si. Foucault propõe que se inverta a lógica que privilegia o evidente, e se busque, justamente, o que se encontra ocultado, ou seja, as *práticas*. Práticas que são ocultas não porque misteriosas, mas porque as pessoas, ou os agentes não estão conscientes delas.

Nessa lógica, os *saberes* são apresentados como independentes das ciências e encontram-se também em outros tipos de *discursos*. “A *arqueologia* tem no *saber* seu campo próprio de análise, o que permite compreender em que sentido a ciência não é propriamente seu objeto de estudo. O saber não é uma exclusividade da ciência” (MACHADO, 2005, p. 154). Ao revés, a ciência se localiza no campo do *saber* e pode ser analisada como tal. “Para a arqueologia a questão da cientificidade ou não de um discurso não tem importância”. “Para

que haja ciência é preciso que os discursos obedeçam a determinadas leis de construção das proposições, regras que dão aos discursos o caráter distintivo de ciência” (MACHADO, 2005, p. 154).

Para haver saber basta a existência de uma prática discursiva, e a arqueologia tem como objetivo determinar suas regras de formação [...] Enquanto a epistemologia, situando-se em uma perspectiva normativa, recorrente, pretende estabelecer a legitimidade de conhecimento, a arqueologia, neutralizando a questão da cientificidade, interroga as condições de existência de discursos, até mesmo quando os discursos analisados são ou se pretendem científicos (MACHADO, 2005, p. 155) (grifo nosso).

A *arqueologia* não se interessa pelos *discursos* possíveis, *discursos* para os quais se estabelecem princípios de verdade ou de validade a serem realizados; ela estuda os *discursos* reais, efetivamente pronunciados, existentes como materialidade (MACHADO, 2005, p. 153). A *arqueologia* é uma história dos *discursos* considerados como monumentos, e não documentos, isto é, em sua espessura própria, na materialidade que os caracteriza; ela procura determinar as condições de existência do *discurso* tomado como acontecimento em relação a outros acontecimentos, discursivos ou não. Isso significa dizer que a *arqueologia* analisa os *discursos* como *práticas* que obedecem a *regras de formação: dos objetos, dos modos de enunciação, dos conceitos e dos temas e teorias*. Analisar as *regras de formação dos discursos* é estabelecer o tipo de positividade que os caracteriza. E essa positividade é a positividade de um *saber* e não de uma ciência. “Quando a arqueologia descreve uma “formação discursiva”, determinando em seus quatro níveis suas regras de formação, aquilo que está sendo definido é saber” (MACHADO, 2005, p. 154).

E mais, nos dizeres de Roberto Machado, os estudos arqueológicos de Foucault, podem ser caracterizados, em realidade, como “uma única e extensa pesquisa centrada na questão dos saberes sobre o homem da modernidade” (MACHADO, 2006, 158).

Conforme explicação de Judith Revel, um dos interesses de Foucault pelos *planos discursivos* era descrever a transformação dos tipos de *discurso* nos séculos XVII e XVIII, isto é, historicizar os procedimentos de identificação e de classificação próprios desse período: nesse sentido, a arqueologia foucaultiana dos *discursos* não é apenas uma análise linguística, mas uma interrogação sobre as condições de emergências de dispositivos *discursivos* que sustentam *práticas* (como em *História da Loucura*) ou as engendram (como em *As Palavras e as Coisas* ou em *A Arqueologia do Saber*) (REVEL, 2005, p. 37-38).

Nesse sentido, os *discursos*, para Foucault, designam, em geral, “um conjunto de enunciados que podem pertencer a campos diferentes, mas que obedecem, apesar de tudo, a

regras de funcionamento comuns”, a “*ordem do discurso*” própria a um período particular, que possuiu uma função normativa e reguladora e coloca em funcionamento mecanismos de organização do real por meio da produção de *saberes*, de estratégicas e de práticas (REVEL, 2005, p. 37).

Em suma, Foucault deixa explícito que *práticas* e *discursos* são percebidos como inseparáveis, não se referem a uma ideologia, nem são racionalizados pelos indivíduos. Ele busca descrever as condições de existência do que é dito, bem como descrever quais *discursos* são admitidos em um certo momento histórico em detrimento de outros. Suas ideias oferecem um conjunto de diretrizes para uma análise desses *discursos* – em sua exterioridade, descrevendo sua *dispersão*. Com o filósofo, é possível investigar as regras capazes de reger a *formação desses discursos* – condições de existência que expliquem tais *discursos* aparecerem e se distribuírem no interior de um conjunto. São analisadas suas relações – entre *objetos*, entre *enunciativos*, entre *conceitos* e entre *estratégias* – que possibilitam a passagem da *dispersão* à *regularidade*. Por fim, qual sua relação com a *prática*, no tempo e no espaço? Que saber é esse? Qual é a “ordem do discurso”?

Se os estudos arqueológicos se voltaram para o modo como se constituíram os *saberes* da psiquiatria, da medicina moderna e das ciências humanas, privilegiando as relações discursivas e sua articulação com as instituições, em *A vontade de saber*, primeiro volume da *História da sexualidade*, Foucault introduz a questão do *poder* como instrumento de análise capaz de explicar a *produção de saberes* (MACHADO, 2005, p. 167).

Nessa linha, o objetivo de Foucault é explicar, em última análise, o aparecimento de *saberes* a partir de condições de possibilidade externas aos próprios *saberes*, ou melhor, imanentes a eles – pois não se trata de considerá-los como efeito ou resultante –, situando-os como elementos de um dispositivo de natureza essencialmente política.

E como explica Judith Revel (2005, p. 77), *saber* em Foucault:

está essencialmente ligado à questão do poder, na medida em que, a partir da idade clássica, por meio do discurso da racionalidade – isto é, a separação entre científico e o não-científico, entre o racional e o não-racional, entre o normal e o anormal – vai-se efetuar uma ordenação geral do mundo, isto é, dos indivíduos, que passa, ao mesmo tempo, por uma forma de governo (Estado) e por procedimentos disciplinares.

Assim, será na análise dos *saberes*, pela qual pretende explicar sua existência e suas transformações, situando-os como peças de *relações de poder* ou incluindo-os em um *dispositivo político*, que Foucault chega à *genealogia*: “análise histórica das condições políticas de possibilidade dos discursos” (MACHADO, 2005, p. 167).

O enfoque *genealógico* trata:

de ativar saberes locais, descontínuos, desqualificados, não legitimados, contra a instância teórica unitária que pretendia depurá-los, hierarquizá-los, ordená-los em nome de um conhecimento verdadeiro [...]. As genealogias não são, portanto, retornos positivistas a uma forma de ciência mais atenta ou mais exata; as genealogias são mais exatamente *anti-ciências*. *O método genealógico é, portanto, uma tentativa de desassujeitar os saberes históricos, isto é, de torná-los capazes de oposição e de luta contra “a ordem do discurso”* (REVEL, 2005, p. 53) (grifo nosso).

Três eixos possíveis para a *genealogia* foram problematizados por Foucault em *História da Loucura, Nascimento da Clínica e As Palavras e as Coisas* (em especial o eixo sobre a verdade), *Vigiar e Punir* (em especial o eixo sobre poder) e *História da Sexualidade* (em especial o eixo sobre a moral). Segundo Revel (2005, p. 53), Foucault indica três domínios possíveis de genealogia:

uma ontologia histórica de nós-mesmos em nossas relações com a verdade, que permite nos constituirmos como sujeitos de conhecimento; nas nossas relações com um campo de poder, que permite nos constituirmos como sujeitos que agem sobre os outros; e em nossas relações com a moral, que permite nos constituirmos como agentes éticos.

Em especial as análises *genealógicas do poder* – relevantes para a presente pesquisa por fornecerem importante instrumental de análise – produziram, segundo Roberto Machado, importante deslocamento com relação à ciência e à filosofia políticas, as quais privilegiam o Estado em suas investigações sobre o *poder*. Foucault, ao revés, ao estudar a formação histórica das sociedades capitalistas, por meio de pesquisas sobre o nascimento da instituição carcerária e a constituição do dispositivo de sexualidade, delineia claramente uma não-sinonímia entre Estado e poder (MACHADO, 2005, p. 168).

Como foi dito, as investigações sobre *saber e poder* evidenciam que os indivíduos se submetem, ao mesmo tempo, a uma forma de governo central, o Estado, e a procedimentos disciplinares. De acordo com os estudos de Foucault, as condições de possibilidades políticas de *saberes* específicos podem ser encontradas não por uma relação direta com o Estado, considerado como um aparelho central e exclusivo de *poder*, mas por uma articulação com poderes locais, específicos, circunscritos a uma pequena área de ação. O que fica mais minucioso e sistemático com a *análise genealógica* é justamente a existência dessas formas de exercício do poder, diferentes do Estado, e como elas se articulam a ele de maneiras variadas e indispensáveis à eficácia de sua ação. Essa tese, da *microfísica do poder*:

visa a mostrar a diferença entre as grandes transformações do sistema estatal, as mudanças de regime político no nível dos mecanismos gerais e dos efeitos de conjunto e a mecânica de poder que se expande por toda a sociedade, assumindo as formas mais regionais e concretas, investindo em instituições,

tomando corpo em técnicas de dominação. Poder esse que intervém materialmente, atingindo a realidade mais concreta dos indivíduos – o seu corpo –, e se situa no nível do próprio corpo social, e não acima dele, penetrando na vida cotidiana, e por isso pode ser caracterizado como micropoder ou subpoder (MACHADO, 2005, p. 168).

Como explica Roberto Machado, as análises de Foucault indicam claramente que tais poderes periféricos não foram confiscados e absorvidos pelo aparelho de Estado, nem, se nascidos fora dele, reduzidos a uma forma ou manifestação do aparelho central. Eles são exercidos em níveis variados e em pontos diferentes da rede social. A análise proposta por Foucault não tem o Estado como ponto de partida necessário, o qual não é considerado o foco de origem de todo o tipo de poder social, na explicação da constituição dos *saberes* nas sociedades capitalistas. “Foi muitas vezes fora dele que se instituíram as relações de poder, essenciais para situar a genealogia dos saberes modernos, que, com tecnologias próprias e relativamente autônomas, foram utilizadas e transformadas pelas formas de dominação do aparelho de Estado” (MACHADO, 2005, p. 170).

Para Foucault, o *poder* não será algo que se detém como uma coisa, uma propriedade, que se possuiu ou não. Ele não existe: existem práticas ou *relações de poder*:

Ora, o estudo desta microfísica supõe que o poder nela exercido não seja concebido como uma propriedade, mas como estratégia, que seus efeitos de dominação não sejam atribuídos a uma “apropriação”, mas a disposições, a manobras, a táticas, a técnicas, a funcionamentos; que se desvende nele antes uma rede de relações sempre tensas, sempre em atividade, que um privilégio que se pudesse deter [...] Temos, em suma que admitir que esse poder se exerce mais que se possui, que não é “privilégio” adquirido ou conservado da classe dominante, mas efeito de conjunto de suas posições estratégicas – efeito manifestado e às vezes reconduzido pela posição dos que são dominados (FOUCAULT, 2007, p. 26).

“E esse caráter relacional do poder implica que as próprias lutas contra seu exercício não podem ser travadas de fora, de outro lugar, do exterior, pois nada está isento de poder (MACHADO, 2005, p. 170-171). Onde há *poder*, há resistências. Elas não estão em posição de exterioridade a ele: em realidade, inscrevem-se no campo estratégico das *relações de poder* distribuídas de modo irregular. Essas *relações* supõem condições históricas de emergência complexas, que implicam efeitos múltiplos (REVEL, 2005, p. 67). Embora essas *relações de poder* sejam intencionais, tenham objetivos, obedeçam à racionalidade do poder em nível local onde se exercem, elas não dizem respeito fundamentalmente ao direito, nem à violência; nem são basicamente contratuais, nem unicamente repressivas.

Segundo Judith Revel (2005, p. 67), as análises de Foucault sobre poder efetuam dois deslocamentos importantes:

Se é verdade que não há poder que não seja exercido por uns sobre os outros – “os uns” e “os outros” não estando nunca fixados num papel, mas sucessiva, e até simultaneamente, inseridos em cada um dos pólos da relação –, então uma genealogia do poder é indissociável de uma história da subjetividade; se o poder não existe senão em ato, então é à questão do “como” que ele retorna para analisar suas modalidades de exercício, isto é, tanto à emergência histórica de seus modos de aplicação quanto aos instrumentos que ele se dá, os campos onde ele intervém, a rede que ele desenha e os efeitos que ele implica numa época.

Um tipo especial de investigado por Foucault em sua *genealogia sobre o poder* foi a *disciplina*, ou *poder disciplinar*. Este dispositivo de poder funciona como uma rede que atravessa o Estado sem se limitar a suas fronteiras, “são métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que asseguram a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade” (FOUCAULT, 2007, p. 118).

A *disciplina* é um tipo de organização de espaço, “inserção dos corpos em espaço individualizado, classificatório, combinatório”, é controle do tempo, é vigilância contínua, perpétua. O *poder disciplinar* é o diagrama de um poder que não atua do exterior, mas trabalha o corpo dos homens, manipula seus elementos, produz seu comportamento (MACHADO, 2005, p. 173-174).

A grande importância estratégica que as *relações disciplinares de poder* desempenha nas sociedades modernas desde o século XIX vem justamente do fato de elas não serem negativas, mas positivas. “O momento histórico das disciplinas é o momento em que nasce uma arte do corpo humano, que visa não unicamente o aumento de suas habilidades, nem tampouco aprofundar sua sujeição, mas a formação de uma relação que no mesmo mecanismo o torna tanto mais obediente quanto é mais útil, e inversamente” (FOUCAULT, 2007, p. 119).

E aqui surge uma das teses fundamentais da genealogia: o *poder* é produtor de individualidade, o indivíduo é uma produção *do poder e do saber*, o indivíduo não é o outro do *poder*, que seria anulado por ele; é um dos seus efeitos mais importantes. Como destaca Foucault, trata-se de “uma ‘anatomia política’, que é também uma ‘mecânica do poder’”, o poder disciplinar não destrói o indivíduo; ao contrário, fabrica-o como “corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’” (FOUCAULT, 2007, p. 119).

O adestramento do corpo, o aprendizado do gesto, a regulação do comportamento, a normalização do prazer, a interpretação do discurso, com o objetivo de separar, comparar, distribuir, avaliar, hierarquizar, tudo isso faz com que apareça pela primeira vez na história a figura singular, individualizada do *homem como produção do poder*. Mas também, e ao mesmo tempo, como objeto do saber. Das técnicas disciplinares, que são

técnicas de individualização, nasce um tipo específico de saber: as ciências do homem (MACHADO, 2005, p. 176) (grifo nosso).

A constituição histórica das *ciências do homem* é uma questão central das investigações de Foucault. Por que as ciências do homem apareceram?

Com a *geneologia*, o *saber* – compreendido como materialidade, prática, acontecimento – foi considerado como peça de dispositivo político. A *geneologia* mostrou como se formaram domínios de *saber* a partir de *práticas políticas disciplinares*, a partir a *relações de poder* que o constituem. Não há *saber* neutro. Todo *saber* é *político*. “O fundamental da análise é que saber e poder se implicam mutuamente: não há relação de poder sem constituição de um campo de saber, e, reciprocamente, todo saber constitui novas relações de poder. Todo ponto de exercício do poder é, ao mesmo tempo, um lugar de formação de saber” (MACHADO, 2005, p. 177).

Com o decorrer de sua pesquisa, Foucault (2010) descobre que os dispositivos por ele estudados até então não eram apenas do tipo disciplinar, por não atuarem unicamente para formar e transformar o indivíduo pelo controle do tempo, do espaço, da atividade e pela utilização de instrumentos como a vigilância e o exame. Eles também se realizam por uma *biopolítica da população*, para regulação das populações. Esse *biopoder* desenvolveu e se organizou mediante um jogo duplo entre as tecnologias de disciplina mencionadas e tecnologias de regulação da população, agindo sobre a espécie humana, sobre o corpo como espécie, com o objetivo de assegurar sua existência por meio de intervenções diretas de controle sobre a vida. Segundo Foucault, é por volta da metade do século XVIII, que essas tecnologias do poder se voltam para os fenômenos de população: os processos biológicos, nascimento, número de mortes, longevidade, saúde pública e habilitação.

Se antes o poder de morte do soberano se fundamentava em seu direito de defesa – fazer morrer ou deixar viver –, no século XIX, esse poder se apresenta de forma positiva sobre a vida, ou como um poder que gere a vida, que se exerce ao nível da espécie, raça e dos fenômenos de população. Porém, o poder soberano não foi com isso, substituído, mas modificado, perpassado por um uma forma de poder que investe sobre a vida (e seu desenrolar), ou que faz viver e deixa morrer (FOUCAULT, 2010).

Ainda com os estudos *genealógicos* foucaultianos, segundo Machado, o estudo da gestão dos indivíduos e das populações, que desponta em *A vontade de saber*, mas ainda é realizado em termos de relações ou técnicas de poder, se desenvolve a partir de 1977 como estudo do governo dos homens, da arte de governar (MACHADO, 2005, p. 178).

Em resumo, para Foucault, a questão do governo considerado como um conjunto de procedimentos destinados a dirigir a conduta dos homens se apresenta de dois modos: *poder pastoral* e *razão de Estado*.

O *poder pastoral*, de origem religiosa, refere-se a um tipo de poder que não se exerce sobre um território, mas sobre uma multiplicidade de indivíduos, zelando por cada um deles em particular. “Foucault se dedica a mostrar como esse poder se exerce sobre o indivíduo com o objetivo de conhecimento exaustivo de sua interioridade, da produção de sua verdade subjetiva, através das técnicas da confissão, do exame de consciência, da direção espiritual” (MACHADO, 2005, p. 179).

O outro tipo de gestão dos indivíduos e das populações estudado por Foucault é a racionalidade da arte de governar, capaz de conhecer e aumentar a potência do Estado, a racionalidade política moderna que se desenvolveu nos séculos XVII e XVIII, o tipo de racionalidade política introduzido pelo Estado moderno. Assim, surge nos estudos de Foucault, o projeto de explicar “a gênese do Estado a partir das práticas de governo que têm na população seu objeto, na economia seu saber mais importante e nos dispositivos de segurança seus mecanismos básicos” (MACHADO, 2005, p. 179-180).

A *governamentalidade* designa o desenvolvimento de uma política moderna, ou de uma racionalidade da arte de governar. Com essa expressão Foucault (2010), queria dizer três coisas:

1 - o conjunto constituído pelas instituições, procedimentos, análises e reflexões, cálculos e táticas que permitem exercer esta forma bastante específica e complexa de poder, que tem por alvo a população, por forma principal de saber a economia e por instrumentos técnicos essenciais os dispositivos de segurança; 2 - a tendência que em todo o Ocidente conduziu incessantemente, durante muito tempo, à preeminência deste tipo de poder, que se pode chamar de governo, sobre todos os outros – soberania, disciplina, etc – e levou ao desenvolvimento de uma série de aparelhos específicos de governo e de um conjunto de saberes; 3 - o resultado do processo através do qual o Estado de justiça da Idade Média, que se tornou nos séculos XV e XVI Estado administrativo, foi pouco a pouco governamentalizado.

De um modo geral, para Foucault, as formas de governo são múltiplas e não se reduzem a certas instituições políticas ou a uma racionalidade política. O Estado moderno ocidental integrou uma nova forma do poder que se desenvolveu tanto de modo globalizado e quantitativo, no que tange à população, quanto analítico, no que concerne ao indivíduo. Em outros termos, nessa perspectiva, o Estado moderno é, a um só tempo, individualizante e totalizador.

O referencial teórico-metodológico de Foucault permite compreender a importância de mapearmos os discursos que circundam nosso objeto de análise, no caso da presente pesquisa, *a vítima no Brasil contemporâneo*. Tais discursos nos conduzem, inevitavelmente, a saberes e a poderes, bem como nos indicam possíveis relações entre estes. Os dispositivos e relações de poder investigadas e relatadas por Foucault, bem como a caracterização da arte de governar, individualizante e totalizadora, nos fornecem insumos para problematizar nosso objeto de análise.

Com Foucault, vimos que, nos discursos, são articulados poder e saber. É “preciso admitir esse jogo instável em que o discurso pode ser, ao mesmo tempo, instrumento e efeito de poder, e também obstáculo” (FOUCAULT, 2011, p. 111). A questão não é a teoria, a moral, ou a ideologia que os discursos representam, mas interrogar sobre sua “produtividade tática” (os efeitos de poder e saber) e sua “integração estratégica” (o que torna necessária sua utilização em dado momento) (FOUCAULT, 2011, p. 113).

Assim, não resta dúvidas de que a obra produzida por Foucault em sua fase genealógica contribui para este estudo, na medida em que nos impulsiona a desassujeitar os saberes e a torná-los capazes de oposição e de luta contra “a ordem do discurso”.

Assim, sem a pretensão de desvelar, ou interpretar seus sentidos ocultos, mas localizá-lo, apresentá-lo em sua exterioridade, realizando um recorte provisório das relações que estabelece com suas condições de existência, expomos na presente pesquisa alguns *discursos vitimais de nossa contemporaneidade*.

1.4 Discursos vitimológicos desde nossas margens

Em sendo nosso investigado o personagem vítima no cenário criminal do Brasil contemporâneo, iniciemos, pois, procurando compreender um pouco acerca dos principais discursos elaborados pelo e para o universo do sistema de justiça criminal brasileiro sobre as vítimas.

O presente estudo, parte, portanto, de como os discursos vitimológicos foram apresentados e incorporados em nossa margem (ZAFFARONI, 2003).

Ainda que seu objeto de estudo seja a criminologia, em “*Criminología: aproximación desde un margen*”, fato é que a perspectiva de análise apresentada por Eugênio Raúl Zaffaroni extrapola seu objeto inicial de investigação e nos revela o mais sensato olhar

investigativo acerca de qualquer tema relacionado a questão criminal desde a margem latinoamericana.

O autor alerta para o fato de que

Quase todas as discussões registradas nos países centrais têm repercussão (ou reprodução) na América Latina, ou, pelo menos, em alguns países latino-americanos, mas as ideologias em conflito nos países centrais não têm o mesmo significado no contexto de nossa periferia (ZAFFARONI, 2003, p. 1) (tradução nossa).

É assim que Zaffaroni, na década de 1980 (quando a referida obra foi editada pela primeira vez), segue afirmando que a criminologia na América Latina, embora exerça a “desafiante fascinação de sua intensa vitalidade”, corre o risco de representar não mais que uma “aproximação” do que os países europeus, os Estados Unidos e os países socialistas vinham tratando sob a denominação de criminologia. Nossos fenômenos, como explica Zaffaroni (2003, p. 2), “são qualitativa e quantitativamente diferentes dos que procuram explicar os marcos teóricos condutores dos países centrais” (tradução nossa).

Ao ensaiar o caminho de aproximação, devemos atentar para os obstáculos a enfrentar. Embora o texto de Zafaroni tenha sido escrito na década de 1980, essas observações são atuais.

Cabe ao investigador assumir uma aproximação “desde a margem latino-americana”, eis que somente a posição marginal é apta a superar o papel de mero reprodutor de um conhecimento “universal”, quando na verdade, “centro” e “margem” de poder existem e, a tendência, reducionista, “cosmo-centrista” do homem, é resultado de “uma técnica de domínio mundial e da pretensa universalização do modelo de sociedade industrial central” (ZAFFARONI, 2003, p. 3) (tradução nossa).

De fato, a estrutura do poder mundial está organizada em centro e periferia, sendo que esta última ainda engloba uma série de lugares marginais. Zaffaroni explica que nossa aproximação será somente desde um destes lugares marginais, porque sempre haverá tantos outros lugares marginais dos quais saberemos muito pouco. Saibamos, ademais, que não se trata somente de nos conscientizarmos de nosso isolamento intermarginal, mas também intramargens, eis que sabemos muito pouco dos lugares de nossa própria margem. O que deve estar esclarecido para nós, portanto, é que a imposição de conhecimento, e o relativismo com que esse foi construído, não são ingênuos nem despropositados. “Isto tampouco é um acidente, mas parte da técnica de poder, uma das chaves sempre foi o monopólio da informação e comunicação com as margens” (ZAFFARONI, 2003, p. 3) (tradução nossa).

Portanto, no estudo do curso dos discursos investigados, falaremos da margem brasileira e, igualmente, seguiremos o horizonte metodológico proposto por Vera Malaguti Batista para se trabalhar a criminologia: “história social das ideias” (2011, p. 17).

Como explica a autora,

[...] todas as definições da criminologia são atos discursivos, atos de poder com efeitos concretos, não são neutros: dos objetivos aos métodos, dos paradigmas às políticas criminais. Aqui reside o enigma central da questão criminal. Talvez seja essa a lição principal do inspirador livro de Pavarini: para entender o objeto da criminologia, temos de entender a demanda por ordem de nossa formação econômica e social. A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem (MALAGUTI BATISTA, 2011a, p. 19).

Não interpretaremos, no entanto, os sentidos ocultos e os conteúdos de ditos discursos, mas nos ocuparemos de tentar compreender os jogos de forças em seus usos e suas condições de sua existência em certo momento histórico em detrimento de outro.

Consideraremos, também, que a história não é linear, nem evolutiva, eis que feita de rupturas e permanências.

O sistema de justiça criminal e seus fundamentos são um fenômeno histórico, protagonizado por homens e o seu estudo não se originou “em nossa margem”. O discurso jurídico e o discurso criminológico são importados do centro, com níveis de elaboração e compressão muito peculiares. Por tais razões, a perspectiva histórica, desde nossa margem, deve, portanto, ser a premissa metodológica de nossos estudos (ZAFFARONI, 2003, 19).

Por fim, cumpre registrar qual seja a mais importante de qualquer aproximação criminológica latinoamericana: a crítica ideológica. Segundo Zaffaroni,

Primeiramente será necessário expor, com a brevidade do caso, as relações de poder e as implicações em nossa margem no panorama geral destas relações, o que implica enunciar como foi gestado o poder em nossas sociedades e de que maneira foi entregue historicamente nossa população e instado as sucessivas formas de controle. (ZAFFARONI, 2003, 29) (tradução nossa).

Nesse sentido, a perspectiva histórica não só da criminologia e de suas correntes, como proposto por Zaffaroni em seu livro, mas de todo conhecimento importado para a Latino-américa, deve ser objeto de acurada investigação: seu contexto de origem, sua descrição, suas funções reais e latentes. Deve-se dar especial atenção ao significado que determinado conhecimento alcançou em nossa realidade marginal.

Um estudo do gênero, em relação à *vitimologia*, é o que se pretende apresentar na primeira parte desse estudo, bem como em todo o percurso que se seguirá.

2 1ª ETAPA, DIGRESSÃO VITIMOLÓGICA

Heitor Piedade Júnior¹¹, em livro publicado no início da década de 1990, destaca a importância e o objetivo de sua obra: para que a *vitimologia* “fosse mais conhecida pelos principiantes e interessados em seu estudo” (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 12).

Para ele, à época, vivenciava-se o momento em que a *vítima* ocupava uma posição de relevância no contexto das pesquisas em busca de conhecimento do homem (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 72). Expandia-se como objeto de interesse da trama criminal, e, também, para além desta.

No fim da primeira metade do século passado, mais precisamente com as consequências desastrosas da Segunda Guerra Mundial, uma nova dinâmica para a compreensão do crime surge, passando a *vítima* a compor a trilogia do delito. Agora, “na configuração estrutural do crime, estariam necessariamente presentes: o agente, a conduta e a *vítima*” (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 72).

Até então, ainda que conhecidas e estudadas, as *vítimas* não ultrapassavam ou transcendiam o *status* de “sujeito passivo” do crime, deixando de representar interesse político e social logo após a realização do crime. O foco era mantido para o agente do crime: “o fato criminoso e seu autor esgotavam o estudo do problema criminológico” (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 72).

Este é o ponto de partida dos primeiros “*vitimólogos brasileiros*” – estudiosos que se propuseram a dedicar-se ao estudo das *vítimas* –, os quais direcionaram suas investigações, principalmente nas décadas de 1980 e 1990, em nosso país.

Quando surgiu essa nova disciplina, a *vitimologia*? Podemos considerá-la uma ciência autônoma? O que pretendiam os primeiros estudiosos brasileiros com a *vitimologia* no Brasil? Quais foram as premissas que orientaram seus estudos? Como tais estudos interferiram na formulação da política criminal à época?

2.1 O que é a *vitimologia*

¹¹ PIEDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia*, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

De um modo geral todos os autores que se dedicam ao estudo da *vítima* e da *vitimologia* apontam Benjamin Mendelsohn e Hans von Hentig como os precursores dos estudos vitimológicos no mundo ocidental:

De pouco tempo para cá, com as pesquisas de Benjamim Mendelson, advogado de Jerusalém, sociólogo, autor de vários trabalhos sobre Sociologia Jurídica, nas décadas de 1940 e 1950, com as de Von Hentig, criminologista alemão, exilado nos Estados Unidos na década de 1940 e outros pesquisadores, começou-se a perceber que no comportamento humano juridicamente reprovável, havia um personagem, de extrema relevância, não explorado até então, qual seja a vítima (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 98).

Afirma Ester Kosovski que o termo *vitimologia* – expressão neológica “etimologicamente derivada da palavra latina *vítima* e da raiz grega *logos*” – foi, pela primeira vez, empregado por Benjamin Mendelsohn, em 1947, em conferência pronunciada em Bucareste intitulada “*Um Horizonte Novo na Ciência Biopsicossocial: a vitimologia*”. Na ocasião, ele chama de *vitimologia* ao que Von Hentig já havia denominado por “vitimogênese”: a origem da “vitimidade” – estado ou condição de ser *vítima* (KOSOVSKI, 2007).

O precursor do estudo dessa matéria, portanto, seria Hans Von Hentig, professor alemão exilado nos Estados Unidos da América, o qual em 1948 publicou pela Universidade de Yale a obra “*O Criminoso e sua Vítima*”, na qual é assinalada a importância da relação delinquente-*vítima* para a gênese do crime, bem como é procedida diferenciações nas relações delinquente-*vítima* e discriminados diversos grupos de *vítimas*.

Assim, a *vitimologia* passa a ser estudada e apresentada ao mundo de braços dados aos saberes *psi*. Os estudos de Von Hentig foram complementados pelo trabalho do psiquiatra Henry Ellenberger, na obra “*Relações Psicológicas entre o Criminoso e sua Vítima*”, de 1954. Aqui é apresentada uma proposta de classificação das *vítimas*, bem como um ensaio de interpretação psicológica sobre o tema, aprimorando a doutrina que se propôs a investigar a relação delinquente-*vítima* (BITTENCOURT, 1971, KOSOVSKI, 2007).

Heitor Piedade Junior explica que se, em um primeiro momento, a partir da segunda metade do século passado, o criminoso foi tido como o sujeito de estudo de uma ciência positivista, impunha-se naquele momento que a *vítima* fosse, também, assim considerada. A personalidade da *vítima* é incorporada aos estudos, admitindo-se agora duas vias paralelas para a composição do “complexo criminógeno”: de um lado, o criminoso; do outro, a *vítima* (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 120). Sobretudo, depois da obra de Von Hentig, “a

Criminologia começa a admitir que a *vítima* de um crime representa um papel criminógeno, ou pelo menos provocador” (BITTENCOURT, 1971, p. 15).

Em 1956, Mendelsohn apresenta seu mais consagrado trabalho, “*Vitimologia*”, obra publicada na *Revista Internacional de Criminologia e de Política Técnica*.

Embora Edgard Moura Bittencourt (1971, p. 14) destaque que não foram estas obras verdadeiras novidades quanto ao estudo das *vítimas* nas ciências penais, representando na verdade uma nova fase em que o estudo é colocado “de forma metódica, para a tentativa de um estudo quanto possível completo”, sua importância não deixa de ser reconhecida. Mesmo em trabalhos desenvolvidos por autores críticos aos exageros dedicados a ostentação atribuída a Mendelsohn enquanto precursor da *vitimologia*, como, por exemplo, Jimenez de Asúa¹² (1961, p. 19-41), são destacados apenas dois trabalhos antecedentes a referida publicação de Mendelsohn de 1956: os trabalhos de Ellenberger (1954) e o de Von Hentig (1948). Todas as demais obras são posteriores à tese de Mendelsohn e a ela se referem.

Representando, também no Brasil, uma obra de referência para estudos e pesquisas em *vitimologia*, em síntese, o estudo de Mendelsohn

põe em destaque a conveniência do estudo da *vítima* sob diversos ângulos – no Direito Penal, na Psicologia e na Psiquiatria. Observa os fenômenos de ordem psicológica e social no tocante à *vítima*, como sujeito passivo do crime em sua relação com o criminoso. Examina causas e efeitos, propondo a sistematização de pesquisas e estudos sobre o assunto, subordinados não a um simples departamento da ciência penal, mas à necessidade de se erigirem, os conhecimentos e sua metodização sobre, em ciência, unida à Criminologia, sob a denominação de – *Vitimologia* (BITTENCOURT, 1971, p. 16).

Como se vê, se está tratando de uma proposta de estudo interdisciplinar, que ultrapasse o discurso proposto pela dogmática e pela doutrina penal. Sua importância é destacada, antevedendo novas formulações e aplicação da lei penal, bem como a prevenção do fator criminógeno (BITTENCOURT, 1971, p. 16).

No entanto, apesar do destaque dado aos estudos de Mendelsohn, e de ser apontado como um verdadeiro marco para a *vitimologia*, ele não deixou de ser alvo de crítica. Muitas delas sustentadas em estudos, antigos e modernos, que tiveram a *vítima* como objeto de pesquisa.

De fato, apesar da constatada evolução das ciências penais que teria reorientado o foco das investigações, deixando-se de concentrá-las tão somente no “crime” e no “delinquente”, mas por igual à *vítima*, fato é que não se poderia atribuir ao advogado de Jerusalém o mérito

¹² Jurista e político espanhol que durante a ditadura franquista se exilou na Argentina.

da “descoberta da *vítima*”. E de igual modo, a sua pretensão de ter defendido incisivamente a *vitimologia* como uma ciência autônoma, mesmo em relação à criminologia (BITTENCOURT, 1971, p. 23).

Fato é, que a *vitimologia*, ao menos em território brasileiro, nunca ganhou *status* de ciência autônoma. Nas palavras de Edgard Bittecourt, “se na atualidade os princípios sistematizados não permitem incluir a *vitimologia* no rol das ciências autônomas, muito menos se poderá dizer que esteja ela simplesmente ligada à criminologia” (BITTENCOURT, 1971, p. 28).

Prossegue o referido autor explicando que o “fenômeno vitimal” não é de interesse exclusivo da criminogênese – busca pelas causas do crime. Abrange outros campos de saberes, não apenas da criminologia, sendo que sua sistematização é capaz de conduzir o estudo da vítima aos diversos ramos do direito:

O conjunto de conhecimentos sobre seu papel na gênese do delito e nas relações sociais, econômicas e jurídicas, já assume forma nítida; não se prende a uma ciência apenas (muito menos se prenderá exclusivamente à Criminologia), mas se intercomunica com outras e muitas. A necessidade de sua autonomia será perfeitamente, com a evolução e progresso dos estudos e resultados, ser levado em boa consideração (BITTENCOURT, 1971, p. 28).

Mendelsohn, no primeiro momento, coloca a *vitimologia* ao lado da criminologia, depois insiste no argumento de independência ao mesmo tempo em que propõe que sejam ampliados os limites de sua ciência: “a ciência sobre a vítima e a vitimidade”, a qual se alicerçaria sobre os seguintes planos constitutivos:

a) o plano primordial, que é biopsicossocial, onde se estuda a vítima sob todos os seus aspectos e maneiras a respeito de como alguém pode tornar-se uma vítima; b) o plano criminológico, no qual o problema da personalidade da vítima é examinado em relação biopsicossocial somente com o conjunto de problemas da criminalidade nos aspectos terapêuticos e profilático vitimal; c) o plano jurídico, que avalia a vítima em relação com a lei, sob o aspecto penal, quando a relação é com o delinquente, ou civil, quando se cuida de indenização (MENDELSON, apud PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 119-121)

Heitor Piedade Júnior, sobre esse tema, e na esteira dos argumentos do que o autor entende ser a corrente majoritária,¹³ vislumbra ser esse debate, do ponto de vista prático, absolutamente estéril e inútil, talvez mesmo até prejudicial para o atingimento dos objetivos da *vitimologia*.

¹³ A título de exemplo de autores que não se convenceram na controvérsia sobre ser a *vitimologia* ciência: Luis Jiménez de Asúa, Henry Ellemberger, Fritz R. Paasch, Paul Cornil, Has Göppinger, Claude-Roland Souchet, Willwy Calemart, Manuel da Costa Andrade, Elias Neuman, Abdel Fattah, Manuel Lopez Rey e Heitor Piedade Júnior (1993, p. 124-129).

A busca por tal rotulação – ser a *vitimologia* ciência ou não – seria contraproducente com o real enfoque que os estudos em *vitimologia* deveriam seguir:

conhecer a complexa órbita da manifestação do comportamento da vítima, face ao delito, ou ao dano negligente, aos abusos do poder, bem como face a todo e qualquer processo vitimizante, numa visão interdisciplinar, no universo biopsicossocial da vítima, tentando buscar alternativas para a prevenção e reparação nos processos de vitimização (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 129-30).

De modo geral, vigorou no Brasil a compreensão de que o caráter multidisciplinar dos estudos vitimológicos permitiria atingir os objetivos dos estudos.

2.2 A “nova” disciplina em terras brasileiras

Heitor Piedade Júnior (1993, p. 149) relata que se tem notícia de que a Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Paraná no final da década de 50,¹⁴ transcreveu o trabalho de Paul Cornil, sobre *Vitimologia*. Trabalho que havia sido apresentado nas Jornadas Criminológicas Holando-Belgas, em dezembro de 1958 e publicado na *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, de Bruxelas. Este teria sido o primeiro artigo acadêmico sobre o tema publicado em nosso país.

É registrado, a partir dessa época, um rol de profissionais que passaram a se interessar e divulgar a matéria no Brasil. Sem a pretensão da exaustão, destacam-se as seguintes referências enquanto divulgadores da *vitimologia* em terras brasileiras: Armida Bergamini Miotto (Brasília), Edgard de Moura Bittencourt (São Paulo), Eduardo Mayr (Rio de Janeiro), Ester Kosovski (Rio de Janeiro), Eros Nascimento Gradowski (Paraná), Fernando Whitaker da Cunha (Rio de Janeiro), Heber Soares Vargas (Paraná), Laércio Pellegrino (Rio de Janeiro), José Arthur da Cruz Rios (Rio de Janeiro), Paulo Ladeira de Carvalho (Rio de Janeiro), René Ariel Dotti (Paraná), Damásio de Jesus (São Paulo).

Não poderíamos deixar de destacar que a chegada dessa “nova” disciplina em terras brasileiras, bem como o registro de sua maior produção, é concomitante aos anos em que se imperou em nosso país a ditadura militar (1964 a 1985). Esta, como sabemos, foi marcada pela violação dos direitos políticos de todos os cidadãos brasileiros, e, sobretudo, caracterizada como um período de exceção total e permanente, controle e sistemática censura

¹⁴ Segundo o autor, anos VI e VII, n.ºs. 6 e 7, de 1958 e 1959.

sobre a mídia e a educação, prisões, torturas, assassinatos e desaparecimentos forçado de opositores do regime. Precisamos, portanto, ponderar os discursos apresentados, bem como o engajamento, de alguns teóricos da *vitimologia* brasileira, os quais se, por um lado, vieram a apresentar-se como defensores dos direitos da *vítima* e entender o Brasil como uma nação vitimizada, ao mesmo tempo, foram condescendentes com aquele momento político e social no Brasil.

Fato é, o contato desses profissionais com o que se pesquisava e debatia internacionalmente teve um papel significativo, ainda que de meros reprodutores do ideário *vitimológico*. Trazia-se “de fora relevante material que serviu de sementes e fontes para a reflexão de nossos estudiosos, que logo começaram a produzir frutos entre nós” (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 150).

No primeiro volume do ano de 1964 da *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, órgão oficial do Instituto de Criminologia da Universidade da Guanabara, o estudo de Armida Bergamini Miotto intitulado “*Considerações a respeito da denominada ‘Vitimologia’*” foi publicado. Era o momento em que “acendeu-se e projetou-se luz sobre o problema da vítima”, o qual deveria “ser tratado diretamente e explicitamente, não como problema acessório, isto é, que existe em razão e decorrência de outro, mas como tendo a sua própria existência” (MIOTTO, 1964, p. 128).

Em 1971, Edgard de Moura Bittencourt lançou o livro “*Vítima: vitimologia, a dupla penal delinquente vítima, participação da vítima no crime, contribuição da jurisprudência brasileira para a nova doutrina*”. Trata-se da primeira obra dedicada exclusivamente ao tema editada no Brasil.

Como dito, os vitimólogos brasileiros foram buscar, inicialmente, na Europa e nos Estados Unidos, a *vitimologia*. As primeiras obras e estudos brasileiros publicados são frutos desse intercâmbio. No contexto internacional o tema foi posto em destaque na ocasião do 1º Simpósio Internacional de *Vitimologia*, ocorrido entre 2 e 6 setembro de 1973, sob o patrocínio da Sociedade Internacional de Criminologia, do Governo de Israel e da Universidade Hebraica de Jerusalém.

Laercio Pellegrino explica que este primeiro Simpósio teve por escopo tratar dos problemas vitimológicos dentro da estrutura da Criminologia: “o que representaria à Criminologia ser enriquecida por uma orientação vitimológica” (PELLEGRINO, 1987, p. 7). Fato é que, fruto dos debates travados na ocasião, a *vitimologia* ganha autonomia e abrangência definindo-se como estudo da *vítima* em geral.

Novas abordagens reverberaram, frutos do encontro realizado na cidade de Jerusalém. Para além do estudo da cooperação da *vítima* na gênese do crime, ou seja, a análise da “dupla penal *vítima-delinquente*”, temas como tipologia de *vítimas*, *vitimização* – “ato de tornar-se *vítima*”, proteção às *vítimas*, direito à compensação foram incorporados ao debate (PELLEGRINO, 1987, p. 10-12).

Registram-se, também, que temas como a prevenção e o controle do crime, vistos como mecanismos para “reduzir o sofrimento humano” são incorporados às finalidades da *vitimologia*, tendo na *vítima* encoberta o mesmo obstáculo encontrado na criminalidade encoberta para a criminologia¹⁵.

O foco, portanto, já não eram tão somente as causas da vitimização, mas a prevenção, o tratamento e a investigação. A crença instaurada era de que a *vitimologia*, permitindo o maior conhecimento do papel da *vítima*, conduziria a uma melhor sentença e ao aperfeiçoamento dos procedimentos legais e, igualmente, poderia ajudar a evitar a reincidência e a redução dos riscos da vitimização (PELLEGRINO, 1987, p. 8-9).

Assim, o estudo da *vitimologia* projetou a crença de que um equilíbrio deveria e poderia ser alcançado entre as necessidades da *vítima* e do próprio réu. Procedimentos institucionais deveriam ser providos para proteger a *vítima* contra consequências prejudiciais não intencionais pelo processo judicial – *vitimização secundária*. Ao mesmo tempo em que a *vítima* não deveria pôr em risco o processamento do réu, mantendo-se o dito equilíbrio (PELLEGRINO, 1987, p. 9).

Como dito, o tema da compensação das *vítimas* de crimes foi abordado, também, tendo-se considerado a recomendação de que todas as nações estabelecessem um sistema de estado de compensação para *vítimas* de crimes (PELLEGRINO, 1987, p. 9). Em que pese este tema ter “ganhado repercussão” com o movimento *vitimológico*, fato é que esse tema não deve ser atribuído aos *vitimólogos*.

A preocupação com a vítima é antiga e data 1887, quando Raffaele Garofalo escreveu um livro sobre o tema, “*Indenização às vítimas do delito*”. Ainda que dentro dos postulados positivistas, o criminólogo italiano levantou questões em contraposição à Escola Clássica, a qual teria concentrado “seus estudos na qualidade e na quantidade da pena que devia impor-se às distintas espécies de delitos e deixou de lado, como coisa alheia à repressão penal, a

¹⁵ No caso, o conceito de *vítima encoberta* faz um paralelo ao do de *criminalidade encoberta*, *cifra negra*, *criminalidade oculta*. Acerca da *cifra negra* ensinam Jorge Figueiredo Dias e Manuela da Costa Andrade, que “muitas vezes o crime nem chega a nascer como facto estatístico, ou seja, não se dá a sua apresentação ou recepção no sistema de instâncias formais de controle: é o que acontece com a criminalidade oculta, expressão que abrange todo o crime que não atinge o limiar mínimo de crime conhecido pela polícia” (ANDRADE; DIAS, 1997, p. 133).

matéria da reparação do dano” (1887, p. 56). Garofalo, por outro lado, coloca a reparação do dano e a tutela da sociedade como finalidades do controle do crime pelo Estado. E discorrendo especificamente sobre a reparação pecuniária, já naquela época, asseverou que o direito indenizatório originado da sentença penal condenatória “é um ato de ironia para com a vítima” (1887, p. 64). Para Garofalo, a satisfação à vítima preencheria as necessidades de reação penal (como sucedâneo da pena) em todos os casos em que não se verificasse incompatibilidade do réu com o particular ambiente social (GAROFALO, 1887, p. 85) e, principalmente, evitaria o “renascimento dos tristes sentimentos de vingança que deveriam ser apaziguados mediante uma reparação” (GAROFALO, 1887, p.95).

Feito essa ressalva, outro tema que chega às nossas margens e que ganha especial atenção é o fato de grupo, sociedade ou nação passarem, também, a ser estudados na lógica da “dupla penal”, seja delinquente ou *vítima*. Sobre esse tema, reconheceu-se

que se pode ser vitimado por uma catástrofe ou desastre, mas, tão logo a calamidade ou desastre possam ser atribuídos à culpa de pessoas individuais ou povo, sociedades ou nações, há vitimização num sentido criminológico. Por outro lado, entendeu o Simpósio, dentro do mesmo aspecto, que a *vítima* de grupos de pessoas é tão importante quanto a vitimização no nível de pessoa para pessoa. Reconheceu ainda que a inadvertência, a negligência e a violência, na nossa industrializada e motorizada sociedade, são as grandes causas de vitimização direta, até mesmo intencional, em atos de pessoa para pessoa (PELLEGRINO, 1987, p. 8)

Outro fato importante que marca a “nova” disciplina em terras brasileiras e, portanto, para a estudo da *vitimologia* no Brasil foi a criação da Sociedade Brasileira de *Vitimologia*.

Esta foi fundada em 28 de julho de 1984, num encontro de estudiosos interessados no conhecimento do tema, tendo como objetivo:

conjuguar todos os especialistas interessados na área da Vitimologia; estimular o estudo e a pesquisa da Vitimologia, nas universidades e nas sociedades científicas; promover congressos, simpósios, encontros e outras reuniões científicas, onde a vítima seja debatida; manter contato e propiciar intercâmbio entre sociedades congêneres internacionais e sociedades jurídicas, psicológicas, médicas que se interessem pelo assunto; editar, logo que possível, uma revista especializada sobre a matéria; despertar entre universitários e/ou profissionais liberais as vocações sobre Vitimologia¹⁶.

De um modo geral, a Sociedade Brasileira de Vitimologia foi responsável por, na década de 1980 e início da de 1990, promover estudos, debates, organizar publicações de estudiosos que se dedicaram ao tema da *vitimologia*. Como, por exemplo, o I Congresso

¹⁶ Boletim da Sociedade Brasileira de Vitimologia, nº 1 – julho /agosto de 1988. Disponível em <<http://sbvitimologia.blogspot.com.br/>>. Acesso em novembro de 2013.

Brasileiro de *Vitimologia*, o qual ocorreu na cidade de Londrina, no estado do Paraná, no mesmo ano de 1984.

O Brasil, nesse período, definitivamente passa a fazer parte do ciclo de discussões vitimológicas, projetando-se internacionalmente. Sedia, inclusive, em 1991 no Rio de Janeiro, o VII Simpósio Internacional de *Vitimologia* que, segundo Heitor Piedade Júnior, se deveu a dois fatores significativos: “o reconhecimento no concerto das nações de que o Brasil, como lídimo representante da América Latina e, conseqüentemente, do terceiro mundo, é uma nação vitimizada, necessitando, com urgência, refletir sobre sua realidade histórico-cultural [...] a outra razão foi a garra da Professora Ester Kosovski, então presidenta da Sociedade Brasileira de Vitimologia e vice-presidenta da Sociedade Mundial de Vitimologia” (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 160).

2.3 O que pretendiam os primeiros vitimólogos brasileiros?

A *vitimologia* passa a ser desenvolvida e investigada tendo como ponto de partida o que os vitimólogos brasileiros apreenderam do desenvolvimento da matéria no cenário internacional.

Os conceitos, a doutrina desenvolvida sobre a nova disciplina, e mesmo os questionamentos levantados reproduziam o que era tema dos debates nos simpósios internacionais e do que se produzia e pesquisava fora de nosso país.

O movimento vitimológico no mundo ocidental se estrutura com maior intensidade após a Segunda Guerra Mundial, mais precisamente a partir de 1947, tendo-se desenvolvido com rapidez, movido pelo estudo e pelo sentimento humanitário de apoio às vítimas do referido conflito mundial (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 131).

No Brasil, como se viu, o livro *Vítimas*, de Edgard Moura Bittencourt, publicado em 1971, é destacado como a primeira obra brasileira dedicada exclusivamente ao tema. Este livro bem retrata o que inaugurava a *vitimologia*, nesse primeiro momento, quando a disciplina chega em terras brasileira. De um modo geral, a apresentação do desenvolvimento teórico da nova disciplina, realizado por pesquisadores e doutrinadores estrangeiros, e a análise da legislação brasileira a partir do que se pesquisara até então.

Nesse momento, final da década de 1960 e início da década de 1970, a *vitimologia* é apresentada em terras brasileiro como um estudo a ocupar, não só, mas também, o campo do

Direito. A premissa de seu estudo é destacada: não mais restringir a *vítima* à condição de sujeito passivo do delito, ampliando sua compreensão do ponto de vista biológico, psicológico e social (BITTENCOURT, 1971, p. 18). Afinal, *vítima* e sujeito passivo não mais deveriam ser compreendidos enquanto sinônimos, dever-se-ia restringir o conceito de sujeito passivo ao ambiente jurídico, e abranger o de *vítima* ao criminológico ou vitimológico (PIEIDADE JÚNIOR, 1993, p. 96).

Heitor Piedade Júnior afirma ter ocorrido, nos anos da década de 1970, uma verdadeira expansão dos estudos sobre a *vítima* no campo do Direito, os quais passam a transitar pela Sociologia Jurídica, Medicina Legal e Psicologia. Indo, inclusive, para além do terreno da Criminologia, da Política Criminal e da Dogmática Penal, reverberando em outros ramos das ciências sociais (PIEIDADE JÚNIOR, 1993, p. 78-9). O campo de pesquisa da *vítima* passa a ser, definitivamente, para além do Direito Penal.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que os estudos brasileiros tiveram no conceito de *vítima* elaborado por Mendelsohn uma referência. Para este, *vítima* seria a personalidade do indivíduo ou da coletividade “afetada pelas consequências sociais de seu sofrimento determinado por fatores de origem muito diversificada, físico, psíquico, econômico, político ou social, assim como do ambiente natural ou técnico” (apud PIEIDADE JÚNIOR, 1993, p. 88).

Como se vê, um conceito que amplia o campo de análise para além do proposto pela Dogmática e Doutrina Penal, mas sempre vinculada ao sofrimento.

A partir desse conceito de vítima, Mendelsohn aponta quais seriam as finalidades do estudo da *vitimologia*:

a) estudo da personalidade da *vítima*, de modo a apurar-se se ela foi *vítima* de um delinquente, ou de outros fatores, como consequência de suas inclinações subscientes; b) descoberta dos elementos psíquicos do complexo criminógeno existente na dupla-penal, em potencial receptividade vitimal; c) análise da personalidade das *vítimas*, sem intervenção de terceira pessoa, tendo em atenção especial às *vítimas* de acidentes do trabalho e de circulação; d) estudo dos meios de descoberta dos indivíduos com tendência para tornarem-se *vítimas* e dos métodos psico-educativos correspondentes para organizar sua própria defesa, sendo estes os fins mais importantes dessa ciência ou doutrina; e) descoberta dos meios terapêuticos, a fim de evitar a reincidência vitimal (apud BITTENCOURT, 1971, p. 29).

Nessa esteira, Bittencourt lista quais seriam, para ele, os objetos de estudo da *vitimologia*: a) a *vítima* dos delinquentes; b) a *vítima* sem intervenção de terceiros, como nos acidentes de trabalho; c) os fatores comuns às *vítimas*; d) as diversas categorias de *vítimas*, e

e) a reincidência vitimal. Estudo esse que consideraria a abordagem em três dimensões: plano bio-psico-social, plano criminológico e plano jurídico (BITTENCOURT, 1971, p. 29-30).

Em síntese, seguem quais seriam para García-Pablos de Molina¹⁷ os centros de interesses da *vitimologia*: (i) uma nova imagem da vítima – segundo o autor, seriam diversas as variáveis relacionadas à pessoa da vítima que condicionariam o sucesso do crime ou o próprio risco de ser vítima, portanto, não se pode prescindir dela no momento de explicar cientificamente o delito e seu concreto modo de ocorrer; (ii) vítima e prevenção do delito – os programas de prevenção da criminalidade devem, também, ser direcionados aos grupos que exibam mais riscos de vitimização; (iii) vítima como informadora – a vítima pode auxiliar o poder público e a academia a realizar “pesquisas de vitimização” a fim de investigar a criminalidade oculta; (iv) vítima e efetividade do sistema legal – devem ser efetivadas medidas que garantam a participação da vítima, eis que sua alienação provoca o incremento da cifra oculta sendo responsável pelo desprestígio do sistema; (v) vítima e medo de delito – o temor em converter-se vítima de crime é um problema, sendo ele objetivo ou imaginário, eis que provoca a alteração de comportamento da população, desencadeando em políticas criminais passionais; (vi) vítima e política social – a efetiva ressocialização da vítima exige intervenção positiva dos particulares e do poder público (MOLINA, 1990, p. 175-176, apud CALHAU, 2003, p. 40-41).

Frente a esse leque de possibilidades, o que se destacou no estudo da *vitimologia* no Brasil foi a advertência sobre não se poder fazer um juízo de valor sobre o fenômeno criminal sem o cuidadoso estudo sobre *vítima*, não apenas como sujeito passivo de uma relação, mas como possível protagonista no drama criminal, superando a crença de que o sujeito vitimizado é inteiramente inocente no processo. A *vitimologia* apresenta então o “sujeito-vítima”, a outra face da moeda da “investigação positiva”, o que veio a ser denominado por Mendelsohn como “dupla-penal”. A existência do delinquente, enquanto tal, só é possível com a correlata existência da *vítima*.

Ambicionava-se preencher a “lacuna fundamental da moderna ciência criminológica”, reconhecendo não somente no criminoso, mas também na *vítima*, a incidência no plano das causas com potencialidade criminógena (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 11; BITTENCOURT, 1971, p. 19).

Com a *vitimologia* e o estudo da “dupla-penal” – relação delinquente-*vítima* – uma nova chave para a gênese do delito, ao analisar-se a culpabilidade, foi incorporada. Ao lado

¹⁷ MOLINA, Antonio García-Pablos de. *La resocialización de la víctima: víctima, sistema legal y política criminal*. Doctrina Penal: teoría y práctica en las ciencias penales. Buenos Aires, v. 13, n. 49/52, 1990.

do exame do dolo e da culpa do agente, a possível e eventual culpa da *vítima* ou de sua participação inconsciente no delito passam a ser consideradas. Tal ideário representava a possibilidade de um julgamento mais justo.

No entanto, para esse objetivo, orientar a cominação da pena e sua aplicação ao infrator, a análise não deveria restringir-se a prática do ato delituoso, deveriam alcançar os elementos ligados à personalidade moral, antecedentes e condições pessoais do ofendido que eventualmente pudessem exercer influência na classificação do crime e na aplicação da pena. Nesse sentido, como explica Bittencourt:

A nova doutrina, entre outras proposições, entrosadas em diversos ramos do conhecimento humano, sugere que na fixação em espécie da relação criminal (infrator e vítima), não se abandone o estudo, com o mais puro objetivismo, do papel de cada um dos sujeitos, ativo e passivo do delito. Por essa forma se estabelecerá a contribuição de cada qual, não na causa e no resultado, dogmaticamente apurados, senão nas causas próximas ou remotas, mas adequadas, da ocorrência prevista na lei penal. Na longa linha de conduta de cada sujeito da infração, que vai da legítima defesa (em que só a vítima ocasionou o delito) até o crime mais hediondo, em que nada se pode atribuir à vítima, sob qualquer aspecto – há uma escala que reclama cuidadosa observação. Dentro dela, a contribuição, considerada moral ou materialmente, social ou psicologicamente, será deste ou daquele sujeito do crime, com reflexos na dosagem da pena (o que já é de direito positivo, sem discussão) e na impunidade (o que pode ser boa interpretação da lei) (BITTENCOURT, 1971, p. 37-38).

Dada a amplitude que a nova disciplina de fato conquistou, sobretudo, em face ao distendido conceito de *vítima* proposto, outras finalidades, para além do direito penal, para além de uma cominação da pena mais justa, foram campo de exploração.

Por exemplo, Heitor Piedade Junior propôs a tese de ser objeto da *vitimologia* não apenas a *vítima* de um delito, mas toda e qualquer *vítima* de conduta ilícita do homem, desde que houvesse um processo vitimizatório (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 91). No mesmo sentido, anos antes, Armida Bergamini Miotto destacou que a *vitimologia* estudaria “não a vítima de delito, mas a vítima em geral, isto é, a pessoa que de qualquer modo sofreu um prejuízo, um dano, uma lesão ou mesmo a destruição de um bem seu” (MIOTTO, 1964, p. 129-30).

A *vitimologia* não ficou limitada, portanto, apenas ao estudo daqueles que foram vitimizados por crimes, mas envolveu todos os que teriam sofrido processo de vitimização por intermédio de outras causas, de qualquer outro evento vitimizador.

Nesse sentido, a seguinte fala de Piedade Junior demonstra quão extenso o campo de estudo proposto pelos primeiros vitimólogos brasileiros:

Vitimização, ou vitimação, ou processo vitimizatório, é a ação ou efeito de alguém (indivíduo ou grupo) se autovitimar ou vitimizar outrem (indivíduo ou grupo). É o processo mediante o qual alguém (indivíduo ou grupo) vem a ser vítima de sua própria conduta ou da conduta de terceiro (indivíduo ou grupo), ou de fato da Natureza. No processo de vitimização, salvo no caso de autovitimização quando ocorre a autolesão, necessariamente, encontra-se a clássica dupla vitimal, ou seja, de um lado, o vitimizador (agente) e de outro a vítima (paciente) (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 107).

No processo de vitimização, portanto, não necessariamente a *vítima* concorre para seu estímulo, mas, também, outrem ou um fato fortuito. Tanto a *vítima* quanto o ofensor, no esquema da dupla-penal, concorrem consciente ou inconscientemente para determinado evento. Para desvendar tais motivos, sobretudo, os inconscientes, os vitimólogos propõem-se valer-se dos *saberes psi*.

A importância de se entender esse amplo processo de vitimização tinha a pretensão de aferir culpabilidade e, igualmente, instrumentalizar outros temas afetos a *vitimologia*: a proteção à vítima e a reparação do dano.

“Evidentemente, cogita-se aqui do amparo que extravasa a tutela visada pela própria norma penal, onde a finalidade de proteção ao indivíduo e à coletividade é uma constante” (BITTENCOURT, 1971, p. 32). Para Edgard Bittencourt o referido amparo à vítima é o relativo à reparação do dano. Com esses dizeres, o autor procura sustentar seu ponto de vista: “na cominação, não há ainda vítima real a ser protegida; a aplicação da pena contra o acusado não melhora a situação do ofendido”.

Assim, ao lado da participação das *vítimas* as reparações dos danos precisavam ser asseguradas sempre que a culpabilidade do infrator fosse reconhecida. Chegou a ser defendido pelo autor ser maior o dever da coletividade em indenizar a *vítima* do que castigar o criminoso (BITTENCOURT, 1971, p. 32-3).

Tal posicionamento, no entanto, não foi unânime dentro os estudiosos, por entendê-lo um desvio das próprias premissas da *vitimologia*, eis que

a reparação de natureza puramente econômica, com que a legislação trata de remediar, nos limites do relativo, as consequências emergentes de um delito não pode integrar o conteúdo real da disciplina em estudo. Porque em relação a esse aspecto econômico [...] a vítima não é tomada nem considerada como causa do delito, senão como um simples efeito da realização concreta de uma conduta delituosa (BITTENCOURT, 1971, p. 33).

Bittencourt insiste, por outro lado, que a finalidade da *vitimologia* deve extravasar a área das ciências penais e introduzir-se no “Direito Social”, protegendo a vítima ou seus dependentes, em caso de morte daquela. Segundo o autor, a resistência a esse entendimento

reside no fato da sociedade ter mais ódio contra o criminoso do que piedade para o ofendido. Para ele, a onda de caridade em prol do ofendido se confunde com a revolta contra o criminoso (BITTENCOURT, 1971, p. 33).

Assim, para Edgard Bittencourt, a *vitimologia* deve também reagir “no setor do Direito Social”, evitando que o Estado lance mão de uma justiça pela metade:

Responsabiliza o culpado, punindo com detenção (com ou sem sursis) ou reclusão. Mas a *vítima*? Os danos que o ofensor lhe causa ou a seus herdeiros não serão ressarcidos (salvo em demanda contra o ofensor rico, como já foi notado), porque o expediente jurídico assenta-se em política legislativa individualista. O estado pune, prevenindo a coletividade contra o criminoso, ou retribuindo a este o mal infligido a sociedade. Mas não assume o dever de resguardar, em medida tomada a posteriori, a sorte do ofendido ou de seus dependentes (BITTENCOURT, 1971, p. 33-34).

Fato é, a proposta de assistência à *vítima* passa a representar um dos postulados fundamentais da *vitimologia* (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 50), mesmo que sob fórmulas de reparação pela coletividade, através do Estado ou de Fundo de contribuição obrigatória e de natureza autárquica, como ocorre em outros países, desde que não se extravase “o razoável equilíbrio econômico decorrente da responsabilidade social” (BITTENCOURT, 1971, p.34). “Pois também ao indivíduo, como ser social, cabe suportar os danos os meios de manutenção e sobrevivência, quando a composição completa desses danos não pode ser obtida do próprio autor do delito” (BITTENCOURT, 1971, p. 34-5).

2.4 “Renovação” positivista em busca da “idade de ouro”

Os primeiros estudos *vitimológicos* no Brasil se legitimaram no ideário de que a *vitimologia* buscava fazer um contraponto aos estudos dedicados pela Escola Positiva, a criminologia, os quais tiveram como principal personagem o “delinquente”.

A Criminologia, fruto da Escola Positiva, procurando definir um conceito naturalístico de crime, conceituando-o como “comportamento desviante”, e vendo no seu autor uma realidade social e biológica, e sempre psicologicamente, dizia-se, um anormal, de forma temporária ou permanente, aproximou seus estudiosos e pesquisadores de uma visão voltada para o estudo da vítima.

Nessa consonância, conforme entendimento de alguns estudiosos, a Vitimologia, podendo até ser ramo da Criminologia, teve forte influência da Escola Positiva (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 62).

Fato é certo, independente de vínculo, ou não, com a criminologia, os primeiros estudos *vitimológicos* são metodologicamente produtos da Escola Positiva.

Em um momento inaugural, os estudos desenvolvidos a partir da sistematização do conhecimento que inaugurou a *vitimologia* focaram sua investigação no papel da *vítima* na ocorrência delituosa. A busca era elucidar as causas do crime e qual o papel da *vítima* para sua ocorrência. Isso é, embora o “delinquente” não fosse mais objeto de pesquisa, mas a *vítima*, o paradigma positivista e etiológico foi o marco teórico orientador desses estudos. Os objetivos da investigação eram os mesmos. Tanto é verdade que o primeiro campo exploratório da *vitimologia* foi a catalogação dos vários tipos de *vítimas* (BITTENCOURT, 1971; PIEDADE JÚNIOR, 1993).

Especificamente, no Brasil, o interesse pela tipologia da *vítima* ocupou plano secundário, registrando-se o maior mérito, segundo Heitor Piedade Júnior, na “descoberta de que a vítima nem sempre é aquela pessoa inofensiva, passiva, inocente” (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 106).

Para além desse, outro tema mobilizou muitos dos estudiosos dedicados a *vitimologia*: as razões do suposto esquecimento da *vítima* pelas ciências penais (BITTENCOURT, 1971, p. 13). E esse caminhar, das elucidações dos porquês do ostracismo, representava uma “renovação”, e não uma “inovação”, como defendido por Edgard Bittencourt. Afinal, não se tratava de uma “descoberta científica” fruto da investigação da Escola Positiva. Tratava-se de uma “renovação, em termos de valoração, de pesquisas e observações em torno da *vítima* e do fenômeno vitimal” (BITTENCOURT, 1971, p. 13). Em suma, havia o reconhecimento de que o tratamento da *vítima* pelas ciências penais não era algo novo.

De modo geral, a literatura sobre *vítimas* no Brasil preocupa-se em fazer um resgate do que seria a história da *vitimologia* (PIEADADE JÚNIOR, 1993; OLIVEIRA 1999). Busca-se resgatar pistas, textos, costumes, legislação, práticas, antecedentes históricos que confirmem a presença da *vitimologia* desde tempos remotos.

O argumento apresentado é que, embora o termo *vitimologia* seja recente, o seu objeto de investigação, pelo menos em parte, bem como os mecanismos legais de amparo à *vítima* de um dano remontam à longínqua antiguidade (PIEADADE JÚNIOR, 1993, p. 21).

Assim, é comum observarmos a *vitimologia* e os princípios vitimológicos serem buscados na “idade de ouro” da vítima, a qual é identificada coma a fase da “vingança ou da justiça privada”. Isto é, uma historiografia da *vítima* é realizada desde as sociedades primitivas, passando pelo “assim chamado” Código de Hammurabi, de Manu, Lei das XII Tábuas em Roma, antigo direito penal germânico e direito canônico.

Segundo Lélío Braga Calhau (2003, p. 25), esses documentos históricos testemunhariam que as teses *vitimológicas* atravessaram os séculos. Sobretudo, o socorro à vítima e a reparação do dano – fosse como imposição sagrada da divindade, manifestação do poder político dos governantes, anseio de um povo sedento de justiça ou imperativo da consciência dos povos.

A importância de se estabelecer as características de tal período, como destaca Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999, p. 18), seria estabelecer as características principais desse período a fim de colaborar com os estudos atuais acerca do “redescobrimento da vítima”. Isso por não se tratar, como já dito, de uma nova descoberta, mas da recuperação de algo que se perdeu na história: o protagonismo da vítima.

Embora pondere, e reconheça, que buscar no passado e analisar as regras de natureza penal vai de encontro com a evolução não cronológica de determinadas categorias, como público e privado, e a não linearidade da própria história do direito penal, ainda assim os autores localizaram na história uma “idade de ouro” para vítima. Esta é identificada como aquela que compreende os primórdios da civilização até o fim da Alta Idade Média. Com o início da Baixa Idade Média (século XII), período identificado com a crise do feudalismo, pelas Cruzadas e surgimento do processo inquisitivo, quando se assiste ao início do processo que conduziu ao ostracismo da vítima no conflito de natureza criminal, sendo substituída pelo soberano (OLIVEIRA, 1999, p. 18-19).

Esse período é descrito como a época em que a *vítima* gozava de certos direitos e papel de destaque na solução do problema decorrente da prática do crime. “A elas facultava-se requerer a vingança ou a compensação. Fase que terminou com o desaparecimento da vingança privada, quando o Estado passou a ser o titular da *persecutio criminis*” (CALHAU, 2003, p. 24).

Por conclusão, muitos *vitimólogos* reconhecem nos documentos históricos estudados, embora os antepassados longínquos não tivessem a noção técnica do direito, a prova de que as teses *vitimológicas*, sobretudo o socorro à *vítima* e o aguçado sentido de reparação do dano, sempre estiveram presentes na consciência dos povos, seja enquanto imposição sagrada na divindade, manifestação do poder político dos governantes ou anseio de um povo por justiça (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 22).

A “noção de reparação do dano”, encontrada, por exemplo, no Código de Hammurabi, é trazida para os dias de hoje. A reparação por um valor monetário que tinha como objetivo repor as coisas lesadas ao seu *status quo ante* ou dar compensação monetária à vítima, é identificado pelos *vitimólogos* no referido Código. Assim como a imposição de uma pena

econômica, à custa da diminuição do patrimônio do lesionador, com fins de proporcionar à vítima uma satisfação compensatória, é ideário defendido pela *vitimologia* (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 23).

Para Heitor Piedade Júnior, a *vitimologia* inova com o estudo da personalidade da vítima, de seu comportamento, de sua relação íntima com o processo vitimizante e, conseqüentemente, com o resultado vitimizador, mas, também, guarda com os nossos antepassados o ideário do amparo à vítima (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 51). Para ele, nossos antecedentes históricos revelam que desde o Código de Ur-Nammu, até as Escolas Penais encontrou-se a

preocupação dos antepassados pela reparação do dano, como meio de amparar a *vítima* nos seus infortúnios. Assim foram vislumbradas as primeiras manifestações daquilo que hoje chama-se *Vitimologia*. Observou-se, ainda, a preocupação da legislação antiga com a prevenção ao crime e com a resposta penal. Registrou-se a presença do agente do crime, como figura central, protagonista mesmo do processo criminal. Mas a *vítima* ficou em toda a história do desenvolvimento das ciências e dos costumes inteiramente marginalizada. Ela, quando muito, foi considerada como sujeito passivo de um processo, mas nunca como agente desse mesmo processo (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 68).

Pois bem, é frente a tais argumentos que os *vitimólogos* defendem a expressão “idade de ouro”. Ana Sofia de Oliveira (1999, p. 32) diz que tal expressão dá conta de um período anterior à publicização do direito penal, quando a existência de uma ofensa à comunidade na prática do delito não implicava a exclusão da vítima da solução do conflito.

Segundo esta autora, a historicização do sujeito *vítima* permite evidenciar que este foi levado a uma posição periférica no sistema penal, sendo relegado a um papel circunstancial, informativo. A retirada desse papel central na solução do conflito penal está relacionada à acumulação de armas, riquezas e, conseqüentemente, poder nas mãos de uma minoria, mesmo momento de assunção pelo Estado do poder punitivo (OLIVEIRA, 1999, p. 32).

O processo de neutralização da vítima é, portanto, vinculado às próprias origens do processo legal moderno, mecanismo de mediação e solução institucionalizada dos conflitos que objetiva e despersonaliza a rivalidade entre as partes contendoras (OLIVEIRA, 1999; CALHAU, 2003).

Em suma, o século XII é apresentado como o limite entre um período histórico em que a *vítima* gozava de um relativo protagonismo para resolver conflitos de natureza penal e a fase em que o Estado assume o controle e o exercício do *jus puniendi*, quando a persecução penal e a imposição das sanções passam a não mais depender da iniciativa da *vítima*, nem atender aos seus interesses. As partes diretamente envolvidas perdem o direito de buscar para si a

solução do litígio e devem necessariamente submeter-se a um poder exterior a elas que se reveste como poder judiciário e poder político (OLIVEIRA, 1999, p. 33-35).

De fato, vimos na primeira parte desse trabalho, com Foucault (2003), que com o surgimento do procurador, a vítima vai sendo substituída por este em nome do soberano. Mesmo momento em que a noção de infração aparece em substituição a de dano, e este passa a ser não uma ofensa de um indivíduo a outro, mas de um indivíduo ao soberano e, em última instância, um ataque à própria lei do Estado.

E pouco a pouco o alargamento da jurisdição dos tribunais eclesiásticos e a grande influência do direito canônico constituíram importante elemento no conjunto de motivos que desencadearam o ostracismo da vítima. O método adotado para alcançar-se a verdade passa a ser o modelo utilizado pelos tribunais eclesiásticos, a *inquisitio*, o qual prosperou do final da Idade Média e durante a Idade Moderna no desenvolvimento dos Tribunais da Inquisição. Aqui, o conflito já não será resolvido entre partes, e o representante do soberano, o procurador, não iria participar de um duelo com o acusado, como outrora. Estaria sacramento o mecanismo que, definitivamente, teria gerado absoluto afastamento da vítima (OLIVEIRA, 1999, p. 33-35).

De fato, como explica Foucault (2003, p 71), quando a Igreja se torna o grande corpo econômico-político da Europa nos séculos X, XI e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados e os proveitos reunidos, acumulados, distribuídos, etc. Este modelo subsistiu até o século XII, quando o soberano surge como fonte de todo o poder e passa a confiscar os procedimentos judiciários, os quais, no entanto, já não podiam funcionar segundo o modelo de prova. O mecanismo encontrado pelo procurador para estabelecer que alguém é culpado será o modelo espiritual, administrativo, religioso, político encontrado na Igreja: o inquérito. O inquérito que terá na confissão a sua melhor prova de verificação de verdade. É esse o modelo que vai ser retomado no procedimento judiciário. O procurador vai reproduzir o modelo dos eclesiásticos, procurando estabelecer por *inquisitio* se houve crime e quem o cometeu.

De fato, como explica Foucault (2003, p. 67-68), a adoção da *inquisitio* representa um grande momento da história do Ocidente. O que foi um mecanismo adotado como opção ao soberano em não se submeter ao modelo belicoso de obtenção de prova, da luta entre dois adversários para saber se alguém é culpado ou não, irá sacramentar um modelo de busca de verdade, que sustentado na confissão, representará mais que um modelo de obtenção de provas, mas

uma forma política, uma forma de gestão, de exercício do poder que, por meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade, de adquirir coisas que vão ser consideradas como verdadeiras e de as transmitir. O inquérito é uma forma de saber-poder (FOUCAULT, 2003, p. 78).

Os excessos cometidos pelo poder punitivo, identificados nos castigos físicos e no arbítrio dos soberanos, em confronto com o ideário iluminista, estão registrados na obra paradigmática de Beccaria, do século XVIII. Nesse período, os expoentes da Escola Clássica não fizeram da *vítima* objeto de análise ou preocupação.

Segundo Ana Oliveira (1999, p. 37), levando em conta a finalidade atribuída à pena pelos expoentes dessa Escola, que buscavam “na sanção retributiva o restabelecimento de uma ordem ideal maculada”, é compreensivo o afastamento da *vítima* dos debates travados. “O crime era antes uma ofensa à ordem pública que a uma pessoa em especial; o conceito jurídico do delito nasce, com a Escola Clássica, sem a necessidade de referência à vítima”.

A Escola Positiva, já no século XIX, como fora dito, sustentou seus estudos na pessoa do delincente. E, apesar de nas primeiras décadas do século XX assistir-se ao desenvolvimento das explicações sociológicas do crime, com grande reflexo no percurso das teorias criminológicas no mundo ocidental, fato é que a Escola Positiva foi, como dito, a referência epistemológica dos primeiros estudos *vitimológicos*.

Ainda que contrapontos ao paradigma etiológico tenham surgido na criminologia, a partir da década de 60, com o paradigma da *reação social (labelling approach)*, e mais tarde, a partir da década de 70, com a criminologia crítica, vigorou o paradigma positivista no nascedouro da redescoberta da vítima pela *vitimologia*.

Podemos compreender que a história do nascimento da pena pública, o suposto momento em que vingança foi abandonada, que é a história do confisco do conflito, quando surge o sistema penal tal como é concebido na atualidade, é, também, a história da vítima. No entanto, um personagem vítima tal qual hoje o entendemos. Localizar na história uma suposta “idade de ouro” na tentativa de identificar um momento glorioso em que a parte desfavorecida no conflito tinha plenitude e protagonismo na resolução do conflito nos parece uma incorreção, um discurso simplista que busca encontrar no passado respostas para as demandas de nossos tempos. É diverso, por outro lado, compreender que o modelo de justiça que se inaugura com o confisco do conflito é legitimado por um discurso, um saber-poder, que o acompanha e o legitima enquanto única opção política de resolução de conflitos até os nossos dias.

2.5 “Redescoberta” da vítima no Brasil

O ideário é de que a *vítima* ficou em “toda a história do desenvolvimento das ciências e dos costumes inteiramente marginalizada”. Muito se teorizou sobre o assunto.

Heitor Piedade Júnior (PIEIDADE JÚNIOR, 1993, p. 68) recorre a um suposto “estigma do vencido”, carregado pela *vítima*, para justificar as raízes do esquecimento e a dita marginalização. O “vencido tem em si a marca da fraqueza, do fracasso, da inferioridade”, enquanto que “os seres humanos têm muito em comum com o agente vitimizador, o vitimário”, explica o autor. Em razão dessa “falta de identificação com a *vítima*”, esta teria ficado muito distante dos sentimentos mais íntimos dos homens, e por consequência, dos estudos sociais. Por outro lado, o “criminoso, ou o vitimário, ocupa outro *status* social. Ele vem, quase sempre, revestido de sua característica de violência real ou psicológica” (PIEIDADE JÚNIOR, 1993, p. 69). Seria identificado com a figura do mais forte o que prevaleceria na consciência das pessoas:

[...] a sociedade se identifica com quem realiza as condutas proibidas e, em relação a que teme, apenas se preocupa. Nessa mesma orientação, poderia ser ressaltado o fascínio que exerce o criminoso. Se à vítima corresponde a representação psicológica da derrota, da passividade, da fragilidade, do medo, é em suma, “*the loser!*”. Ao criminoso, por outro lado, corresponderia a imagem da ousadia, da força, da agressividade, do dominador (OLIVEIRA, 1999, p.55).

Para Ana Sofia Schmidt de Oliveira (1999, p. 53-55), “verifica-se a procedência da afirmação de que o surgimento do direito penal moderno implicou no afastamento da vítima do cenário em que se dá a resolução do conflito penal”. No entanto, para ela, a síntese referente à evolução do pensamento criminológico não esclarece o porquê de “uma ciência vocacionada para a realidade fenomenológica” não ter levado em conta a *vítima* do crime, vez que esta, tanto quanto o autor, fazem parte da mesma unidade fática.

Citando o autor mexicano Luis Manzanera¹⁸, Heitor Piedade Júnior questiona qual seria o interesse do Estado – a quem é atribuído o dever de zelar pelos seus cidadãos – pelos

¹⁸ MANZANERA, Luis Rodríguez, *Victimologia – Estudio de la Víctima*, México, Editorial Porrúa S.A., 2ªed., 1989.

interesses das *vítimas*, vez que é o criminoso o verdadeiro “bode expiatório” social, a quem é identificado a insegurança do governo e da ordem social. Afinal, para esse autor haveriam

[...] *vítimas* a quem o Estado tem interesse em deixar no esquecimento, de que podem representar sério custo político, tais como *vítimas* das injustiças sociais, do abuso do poder, da violação dos direitos humanos, da marginalidade, da segregação racial ou religiosa, da fraude eleitoral, do Direito Internacional, da criminalidade dourada etc (MANZANERA, 1989, apud PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 70-71)

Nessa linha de raciocínio, a suposição de Ana Sofia Oliveira seria plausível: “é possível que o afastamento da vítima, na criminologia, deva-se à incorporação de uma justificativa mais adequada à ciência do direito penal: a neutralização da vítima seria a maneira de neutralizar também a cadeia da violência ou da vingança” (OLIVEIRA, 1999, p.55).

Ester Kosovski (1999, p. 9) reforça o argumento, sobre o esquecimento da vítima, destacando que esta, em verdade, sempre representou o papel de herói esquecido no drama criminal, seja antes, durante ou após o ato jurídico.

Fato é: a *vítima* vem paulatinamente ganhando posição de relevância no contexto social e deixa de ser esquecida e passa a ser conhecida. Ainda que, em um primeiro momento, apenas como objeto na trama criminal.

Por muito tempo ela não ultrapassava o limite de “sujeito passivo” do crime, permanecendo, portanto, ainda marginalizada, eis que o interesse político e social sobre o seu personagem desaparecia logo após a realização do crime. Continuava interessando ao Direito ou à sociedade apenas o autor do fato, o delinquente. O fato criminoso e seu autor esgotavam o estudo do problema criminológico.

Porém, como já dito, na primeira metade do século passado com as consequências da Segunda Guerra Mundial surge uma nova visão na dinâmica do crime, com a *vítima* compondo a trilogia do delito (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 72).

Foi este o momento em que o novo protagonista aparece despertando a preocupação dos pesquisadores, estudiosos, e Poder Público. Foi o momento em que o número de vitimizados ultrapassou os limites da normalidade, chamando a atenção dos povos. Daí os fundadores da *vitimologia* porem em questão o desinteresse lançado em relação à vítima, entendendo ser impossível fazer-se justiça esquecendo-se dela (PIEDADE JÚNIOR, 1993, p. 73).

A *vítima* deixa de estar limitada, portanto, restrita, a mero sujeito passivo de uma conduta típica e ilícita. Ela passa a ser estudada com vista a que esteja sempre presente, direta

ou indireta, consciente ou inconsciente, voluntariamente ou involuntariamente, na dinâmica do delito. E, sobretudo, no imaginário de cada cidadão: todos são potenciais *vítimas*.

Tal marco histórico foi capaz de incutir na consciência das pessoas um novo imaginário no pós-Guerra. O mesmo Estado à quem é atribuída a função de proteção e segurança de seus povos é, também, capaz de atrocidades inimagináveis. A *vítima*, nesse momento, precisa ser reconhecida enquanto um *sujeito de direitos*.

Antônio Scarance Fernandes (1995, p. 56) entende que, embora a vítima seja juridicamente sujeito passivo de direito no processo, ela deve ser entendida, antes de tudo, como um *sujeito de direitos* que deve ter no processo meios de defendê-los de maneira concreta e eficaz. Sejam eles direitos ligados a interesses civis e criminais, sejam direitos como “à tranquilidade, à sua vida privada, à intimidade”. Direitos que extrapolem a própria relação jurídica processual.

A partir de então, vive-se um contexto político e social cada vez mais voltado para o tema das *vítimas*. Frutos desse período são a fundação da *vitimologia*; a farta bibliografia sobre o tema (não restrita ao âmbito do direito, mas transitando em diversas áreas de conhecimento); a presença constante, em nível mundial, da temática vitimológica em seminários, congressos e simpósios; a criação de diversas organizações governamentais e não governamentais de proteção à *vítima*; as notícias de reformas legislativas e projetos centrados na preocupação com a criação de medidas penais que atendem aos interesses da *vítima*, dentre outros (OLIVEIRA, 1999, p. 57).

Nesse percurso, especial destaque para um marco legitimante desse discurso, a *Declaração sobre os princípios fundamentais de Justiça para as vítimas de delitos e abuso de poder*¹⁹, emitida por ocasião do Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Delito e Tratamento do Delincente, na cidade de Milão, realizado de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985. Esse documento apresenta um conceito internacional de *vítima*:

Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Essas evidências sustentam a defesa de que ocorrera uma “redescoberta” da *vítima*.

No entanto, cumpre destacar que esse termo, “redescoberta”, não é consenso entre os estudiosos. A hipótese defendida por Ana Sofia Oliveira é de que o espaço hoje ocupado e

¹⁹ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985.

relacionado à temática da vítima e a forma de sua abordagem sinalizam não se tratar de um “movimento para trás, do descobrimento de um mesmo objeto”:

Em primeiro lugar, deve-se considerar que a vítima que hoje desponta no campo do direito penal, independentemente do impacto teórico ou prático que vá causar nesse ramo do direito, não é a mesma vítima da história distante. A ela foram agregados os atributos que integram a “dignidade da pessoa humana”, no exato sentido e extensão conferidos ao termo no art. 1º da Constituição do Brasil. E mais. O contexto social em que está inserida não é formado por grupos vinculados só pelas urgências da vida, nem dominado por um soberano centralizador. É o contexto do Estado Democrático de Direito. Aí já reside uma distinção fundamental que torna, no mínimo, perigosa a utilização da expressão “redescobrimto” (OLIVEIRA, 1999, p. 58).

Por tais elucidações acerca de quem é a vítima “redescoberta” – não sendo a vítima da história distante, mas a vítima de nosso contexto sociopolítico, do atual direito penal, sujeito de direitos, protegida pelas garantias constitucionais – fica mais evidente que as respostas ao “fenômeno da *vitimação*” não serão encontradas pelos *vitimólogos* na idade de ouro, nem de braços dados ao paradigma etiológico, restringindo seu campo de análise à figura da dupla-penal.

Ana Sofia Oliveira (1999, p. 62) registra o amplo espectro que tais estudos ganharam e destaca que hoje a vítima tem, também, ocupado grande espaço no meio acadêmico, bem como importante vocação prática, frente a proliferação de organizações destinadas à proteção das vítimas e pela profusão de projetos e reformas legislativas atentas à questão.

No entanto, para a autora, as expressões “redescobrimto” ou “novo protagonismo” parecem inadequadas para evidenciar a importância do tema. “A primeira, porque faz uma indevida remissão ao passado. A última porque pressupõe um incontestável protagonismo no presente”. Para ela, a expressão “movimento vitimológico” seria mais adequada por trazer a ideia de dinamismo e invocar a *vitimologia* sem esgotar-se nela (OLIVEIRA 1999, p.62).

A temática relacionada à *vítima* tem ocupado um importante espaço no campo das ciências e das ciências penais. E se, por um lado, a disciplina (ou ciência) da *vitimologia* encontrou campo fértil em terras brasileiras, sobretudo após a década de 1970, é importante reconhecer que o seu objeto investigativo, a *vítima*, não restou subsumida ao seu estudo. Hoje temos pesquisadores dedicados ao estudo das *vítimas* que não são reconhecidos ou se reconhecem enquanto *vitimólogos*.

A interdisciplinaridade, caracterizadora da *vitimologia*, desde seu nascedouro, talvez resuma o caminhar do movimento vitimológico no Brasil, desde o momento em que a nova

disciplina é apresentada por aqui até nossos dias atuais. A *vitimologia*, hoje, definitivamente, não encerra os estudos sobre *vítimas* no Brasil.

Importa destacar, inclusive, que o *movimento dos direitos das vítimas*, como não poderia deixar de ser, é um bom exemplo do que representa este amplo leque de possibilidades que os estudos vitimológicos permitiram.

Robert Elias²⁰(1986, p. 19-20, apud OLIVEIRA, 1999, p. 123) fez uma síntese da evolução do contexto político em que os movimentos de defesa dos direitos das vítimas surgem nos Estados Unidos da América. No final da década de 1960, políticos conservadores rejeitaram decisões judiciais que, por garantir direitos dos acusados, foram vistos como instrumentos que impediam a polícia de trabalhar. A repercussão de tal fato e o apoio que receberam da opinião pública motivaram mais ainda a preocupação pelas vítimas. “Nessa conjuntura, posicionamentos baseados no movimento da Lei e da Ordem e uma proposta de tratamento mais dura para os criminosos foram a plataforma eleitoral da campanha vencedora de Nixon para a presidência, em 1968”.

A década subsequente foi marcada pelo fortalecimento da política da Lei e da Ordem e pelas demandas do movimento feminista que impulsionaram mais uma vez as reivindicações das vítimas. Segundo Robert Elias, durante a administração Carter, embora o foco tenha sido a proteção dos direitos humanos, e não as reivindicações das vítimas de crimes, registra-se uma conexão entre ambos.

Na era Reagan, registra-se um recrudescimento do movimento da Lei e da Ordem, sobretudo a partir de 1982, quando foi criada uma comissão especial ligada ao presidente e integrada pelos conservadores cuja finalidade foi elaborar uma proposta a proteção das vítimas (*President's Task Force on Victims of Crime*).

Conforme destaca Ana Oliveira, a par dessa evolução, é possível observar, já na década de 1980, um certo antagonismo entre os movimentos pelos direitos civis e os movimentos de proteção às vítimas.

O paradoxo que está no cerne desse antagonismo, verificado também em nossa sociedade, é apresentado por Maria Lucia Karam (1996), que bem explica como setores de esquerda e grupos de defesa das minorias, inebriados pela reação punitiva, fazem eco aos discursos repressivos, incentivando e propondo medidas penais rigorosas inspiradas no movimento da Lei e da Ordem, não conseguindo perceber que, sendo a pena, em essência,

²⁰ ELIAS, Robert. *The politics of victimization: victims, victimology and human rights*. New York: Oxford University, 1986..

pura e simples manifestação de poder, é necessária e prioritariamente dirigida aos excluídos, aos desprovidos deste poder. Nas palavras dessa autora:

Distanciando-se das tendências abolicionistas e de intervenção mínima, resultado das reflexões de criminólogos críticos e penalistas progressistas, que vieram desvendar o papel do sistema penal como um dos mais poderosos instrumentos de manutenção e reprodução da dominação e da exclusão, características da formação social capitalista, aqueles amplos setores da esquerda, percebendo apenas superficialmente a concentração da atuação do sistema penal sobre os membros das classes subalternizadas, a deixar inatingidas condutas socialmente negativas das classes dominantes, não se preocuparam em entender a clara razão desta atuação desigual, ingenuamente pretendendo que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem ao enfrentamento da chamada criminalidade doutorada, mais especialmente aos abusos do poder político e do poder econômico (KARAM, 1996, p. 80).

As conquistas do movimento pelos direitos das vítimas nos EUA, desde a década de 1960 até hoje foram muitas: sensibilização da opinião pública e a criação de inúmeros serviços de proteção e assistência, a aprovação em 1984 do Fundo para as Vítimas de Crimes (*Victims of Crime Act*), programas de compensação às vítimas em todos os estados norte-americanos, emendas constitucionais prevendo direitos para as vítimas, entre outros. (OLIVERIA, 1999, p. 124).

Porém, como sinalizam Maria Lucia Karam e Ana Oliveira, essas conquistas apresentam, igualmente, um lado perverso. Os discursos políticos direcionados às vítimas fomentam a ideia de que a garantia de seus direitos estará contemplada a partir da restrição dos direitos dos criminosos. Conforme explica Karam (1996, p. 81), ao propor a retirada de direitos e garantias penais e processuais, a *esquerda punitiva* esquece a “vulneração repercute sim – e de maneira muito mais intensa – sobre as classes subalternas, que vivem o dia-a-dia da justiça criminal, constituindo a clientela para a qual esta prioritariamente se volta”.

O crescimento vertiginoso da população carcerária, a aprovação de leis rigorosas e o aumento da vigilância e do controle policial direcionados são produtos dessa demanda por Lei e Ordem. E em nosso país, efeitos direcionados, principalmente, à população empobrecida e negra das periferias. Como avalia Maria Lucia Karam:

Não percebem que o clima geral de exacerbação do desejo punitivo, que conta com seu decidido apoio, é o grande incentivador da violência da repressão informal, dirigida contra aqueles que correspondem à imagem de criminosos. Não percebem que o apelo à autoridade e à ordem e a ampliação do poder punitivo do Estado - resultado da demanda de maior repressão à criminalidade – embute uma crescente desumanidade no combate ao crime, favorecendo o aprofundamento e a crueldade da repressão informal, seja através da atuação ilegal de agentes policiais, seja através da ação de grupos de extermínio, seja através de linchamento (KARAM, 1996, p. 88).

Ana Oliveira destaca que em nosso país a repercussão do movimento da Lei e da Ordem tem clara influência constatada, por exemplo pelo teor do inciso XLIII do art. 5º da CF²¹ e pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – lei de crimes hediondos.

2.5.1 Vitimologia à brasileira: como tais estudos “influenciaram” nossa política criminal²²

As referências às vítimas no campo da política criminal revelam a existência de várias vertentes, mas todas com a origem comum no pleito por maior relevância da vítima no sistema de justiça criminal. O direcionamento dessa demanda pode tomar rumos diversos: seja o antagonismo entre os direitos das vítimas e os direitos dos acusados; seja redirecionamento das finalidades da pena e a criação de novas medidas que busquem proporcionar maior satisfação à vítima (OLIVEIRA, 1999, p. 122). Segundo Ana Oliveira, o impacto do movimento vitimológico nas concepções de políticas criminal toma, portanto, dois caminhos, da exclusão ou da inclusão.

A primeira direção tece críticas ao direito penal, considerando-o voltado exclusivamente para o criminoso e contrapõe o excesso de direitos e garantias deste aos praticamente inexistentes direitos das vítimas. Registra-se um certo “inconformismo com o que considera uma tendência do direito penal de proteger os culpados e descuidar dos inocentes e, em uma visão maniqueísta, propõe, para a proteção dos direitos dos inocentes, a exclusão dos culpados” (OLIVEIRA, 1999, p. 122).

Segundo Fernando Galvão Rocha (ROCHA, 2003), em apresentação ao trabalho de Lélío Braga²³, o legado garantista deixado pelo Estado de Direito Liberal foi por consolidar diversos institutos que hoje conferem atenção especial ao réu e ao condenado. Por outro lado,

²¹ Art. 5º, XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

²² De um modo geral, segundo bibliografia dos autores consultados para essa parte do trabalho, entendida dentro de um conceito restrito às recomendações para produção legislativa. Entendemos, por outro lado, o campo da política criminal de uma amplitude enorme, não a reduzindo a “conselheira da sanção penal”, que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas”. Com Nilo Batista (2001, p. 34), entendemos por política criminal: “Do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentam novas ou antigas propostas do direito penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, dos avanços e descobertas da criminologia, surgem princípios e recomendações para a reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos encarregados de sua aplicação. A esse conjunto de princípios e recomendações denomina-se *política criminal*. Segundo a atenção se concentre em cada etapa do sistema penal, poderemos falar em política de segurança pública (ênfase na instituição policial), política judiciária (ênfase na instituição judicial) e política penitenciária (ênfase na instituição prisional), todas integrantes da política criminal”.

²³ CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

segundo este autor, “no Estado Democrático de Direito as preocupações de índole garantista da liberdade individual devem ser complementadas com institutos que permitam igualmente valorizar a situação de fragilidade da vítima do fato delituoso”.

No que se refere a “políticas de inclusão”, estas contemplariam as demandas criadas pela “vítima real²⁴”. Para esta a concepção de crime como ofensa pública seria uma construção jurídica desastrosa, tendo apenas legitimado o confisco do conflito e da reparação ao dano. Assim, estariam justificados os pleitos por uma política criminal mais adequada aos interesses das vítimas sob os seguintes argumentos: i) a finalidade preventiva da pena não é cumprida de forma eficaz; ii) os objetivos de prevenção especial igualmente não são atendidos; iii) a despersonalização do conflito é negativa para vítima e acusado; iv) a vítima não recebe espécie de compensação, mesmo quando o autor é condenado ao pagamento de multa que não é revertida em favor da vítima; v) ao ser colocada em uma posição periférica pelo sistema, a vítima padece da vitimização secundária (OLIVEIRA, 1999, p. 128-129).

No mesmo sentido, para Guilherme Costa Câmara, uma política criminal orientada para as vítimas e uma vitimologia coerente e consciente de seu “papel trans-histórico” não pode deixar de considerar um “*foco bidimensional*” que deve orientar toda a construção intelectual de índole vitimológica, a qual, segundo o autor, está voltada não apenas “à *proteção vítima virtual (orientada para o futuro) e ressocialização da vítima real*, como também, com não menor ênfase, para os direitos e garantias do acusado, tanto no processo de conhecimento como no de execução” (CÂMARA, 2008, p. 152).

No entanto, este autor ainda aposta em modelos preventivos da pena, desde que sejam direcionados para as vítimas. Em suas palavras:

É axiomático que uma política criminal em que a vítima figure como destinatária não deve limitar-se apenas ao problema da prevenção do crime (i.e., prevenção da vitimização se subtrairmos da equação criminal os chamados crimes-sem-vítimas), porquanto, muito embora não se desconheça as suas necessidades de proteção preventiva (*prevenção geral*; aqui há de lembrar-se que comparece com muito mais frequência uma vítima virtual e apenas episodicamente também cubra interesses de prevenção da vítima real, direcionados a impedir uma eventual revitimização), devem concorrer, *paralelamente e em relação de simetria*, pontos de vista que acentuem a importância da *ressocialização da vítima concreta*. Tendo como paradigma uma política criminal teleológico-racional e preventivo-integradora (prevenção geral e especial), que encarecidamente estimamos como boa,

²⁴ “Vítima real”, criada pelo movimento vitimológico, estaria em contraposição a “vítima potencial”. Segundo os ideólogos da vitimologia, a política criminal orientada para a “vítima potencial” se sustenta na afirmação de que “o direito penal respondia às pretensões da vítima porque, como ramo do direito público encarregado do *jus puniendi*, realizava a pretensão retributiva dela, além de possuir funções preventivas. Os interesses penais da vítima, assim como os de todos os membros da comunidade, estariam, assim, atendidos” (OLIVEIRA, 1999, p. 128).

pode-se estabelecer a seguinte equação político-criminal-vitimológica: *prevenção geral (vítima virtual) + prevenção especial positiva (vítima real) = prevenção integral [...]* (CÂMARA, 2008, p. 153) (grifos do autor).

Para Guilherme Câmara a prevenção especial, nesse contexto, deve ser representada na ideia de ressocialização por intermédio tanto da concessão de maiores poderes processuais, como ampliação das possibilidades de reparação de danos (CÂMARA, 2008, p. 153).

Fato é certo, “não há dúvida de que as pessoas pedem uma mudança na situação atual” (2003, p.17). E são muitas as respostas apresentadas.

Por exemplo, para René Ariel Dotti (1998, p. 300), “o pensamento reformador do ordenamento penal da atualidade tem uma de suas bases essenciais fincadas na consideração da vítima como pedra angular do delito. É até recomendável que a doutrina elabore um direito penal da vítima”.

Por outro lado, Armida Miotto é direta ao especificar uma política criminal a partir dos conhecimentos vitimológicos: “para melhor defender a sociedade e cada um de seus membros (inclusive os potenciais delinquentes) contra o delito, abrangendo na sua atuação os estímulos ao delito que se encontram na pessoa das vítimas potencias” (MIOTTO, 1964, p. 136).

Maria Jesús Conde²⁵ lista quais seriam os interesses das vítimas criminais, direitos essenciais, que deveriam ser resguardados para se ter uma resposta mínima e digna para a sua situação de sofrimento: i) direito do acesso à justiça e ao recebimento de um tratamento justo; ii) direito de restituição e direito à reparação; iii) direito a uma indenização; iv) direito a serviço de orientação e assistência médica, policial, judicial, social, etc. (CONDE, 1992, 127-128, apud CALHAU, 2003, p. 17).

Na contramão a essa predisposição de atendimento às demandas das vítimas, o que corre, segundo Lélío Calhau, é um total o descaso do sistema penal, que se veem abandonadas pela máquina estatal.

Ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou o abrandamento da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em consequência da reação formal e informal derivada do fato. Não são poucos os autores a afirmarem que essa reação traz mais danos efetivos à vítima do que o prejuízo derivado do crime praticado anteriormente (CALHAU, 2003, p. 26).

Essa situação seria a responsável pela *sobrevitimização do processo penal* ou *vitimização secundária*, isto é, o dano adicional causado pela própria mecânica da justiça penal forma em seu funcionamento. Dano esse causado pelo descaso e desconfiança com que

²⁵ CONDE, Maria Jesús. *Los derechos humanos de la víctima*. Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, n. 6, 1992.

a vítima é tratada no processo penal ordinário e na fase de investigação policial pelas agências de controle formal. Para além disso, vislumbra-se a ocorrência de o que viria a ser uma vitimização terciária, advinda da falta de amparo dos órgãos públicos e da ausência de receptividade social em relação à vítima (CALHAU, 2003, p. 27).

A aposta era de que a *vitimologia*, no plano da política criminal, fosse capaz de contribuir para reformulações legais, dirimindo eventuais injustiças perpetradas pela lei, muitas vezes injustas, por deixar de considerar a conduta da *vítima*. Determinados delitos deveriam, inclusive, desaparecer do rol das infrações puníveis (JIMENEZ DE ASÚA, 1961). Além disso, em nosso país, a vitimologia apontou como grande objetivo o desenvolvimento de uma “nova” disciplina que, em última instância, equalizaria a “verdade jurídica” processual tão almejada, considerando as motivações de ambas partes, a dupla-penal, para a consecução da infração penal. Para os defensores desse ideário, o diferencial de incluir a (co)responsabilidade da pessoa da *vítima* para a ocorrência do crime, para além dos dispositivos *vitimológicos* até então presentes em nosso ordenamento, serviria a esse propósito. Segundo eles para além destes, certo é a necessidade de expedientes em nosso ordenamento jurídico que possibilitassem a apuração da personalidade e a conduta da *vítima*, assim como os já existentes em relação ao infrator (BITTENCOURT, 1971, p. 31-2).

Em nossa história recente, a suposta “redescoberta” da vítima estaria evidenciada, por exemplo, na reforma penal de 1984, quando foram inseridas circunstâncias judiciais relacionadas às consequências do crime e ao comportamento da vítima (art. 59 do CP)²⁶. No entanto, para Fernando Rocha, isso não significa que haja operacionalidade de tal instituto. Para o autor, acima de tudo, é necessária “mudança de paradigma cultural que não ocorre rapidamente” (ROCHA, 2003).

Para Laercio Pellegrino (1987), a *vitimologia* no Brasil, embora sem o uso do vocábulo e sem a sistematização adequada, já era conhecida e aplicada em seus princípios básicos na legislação penal brasileira. O autor destaca uma série de dispositivos penais em que, em tese, o *princípio da dupla-penal* teria sido observado.

No Código Penal Brasileiro de 1940²⁷, o art. 121, §1º, já previa desde que foi sancionado a diminuição especial da pena privativa de liberdade aplicável ao agente que cometa o crime de homicídio sob o “domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta

²⁶ 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” (grifo nosso).

²⁷ O qual aqui será denominado por CP. BRASIL, Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em 20 de novembro de 2013.

provocação da vítima”, reconhecendo, assim, como causa geradora do evento criminoso, a injusta provocação partida da própria vítima.

Igualmente, nos delitos de lesão corporal, o CP de 1940 já prescreve em seu art. 129, §4º uma diminuição especial da pena cominada ao agente que praticasse o crime “sob o domínio de violenta emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima”.

A discriminante da legítima defesa, prevista no mesmo CP, prevê como um dos seus requisitos objetivos a agressão injusta, praticada pela vítima: “Entende-se em legítima defesa, quem, usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem”.

O Código ainda estabelece como atenuante genérica o agente ter cometido o crime “sob a influência de violenta emoção, provocada por ato injusto da vítima” (art. 48, IV, alínea c). E o art. 140 § 1º, incisos I e II, prevê o perdão judicial no crime de injúria quando o ofendido, a *vítima*, de forma reprovável, houvesse provocado diretamente a injúria, bem como na hipótese de retorsão imediata, que consistia em outra injúria.

Laercio Pellegrino ainda destaca o crime de raptio consensual, art. 220, em que o consentimento da vítima seria levado em consideração, com a aplicação de uma pena atenuada ao raptor²⁸.

Outra evidência de princípios vitimológicos na legislação brasileira, aponta Laercio Pellegrino, é Lei nº 2.889²⁹, de 1º de outubro de 1956, que define e pune o crime de genocídio. Segundo o autor, esta lei seria uma antecipação em terras brasileiras de uma recomendação objeto de debates na ocasião do 1º Simpósio Internacional de *Vitimologia*, ocorrido em 1973, ocasião em que se considerou a possibilidade de um grupo, sociedade ou nação serem consideradas *vítimas*³⁰.

Já o Código Penal de 1969³¹ manteve em seu texto vários dispositivos que refletiam os “princípios vitimológicos” já previstos no anterior Código de 1940, buscando levar em consideração a conduta da vítima na prática criminosa para diminuir a responsabilidade do sujeito ativo ou até mesmo isentá-lo de pena (PELLEGRINO, 1987, p. 17).

²⁸ Este crime foi revogado pela Lei nº 11.106 de 2005.

²⁹ BRASIL. Lei nº 2.889, de 1 de outubro de 1956. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2889.htm> Acesso em 20 de novembro de 2013.

³⁰ Sobre o tema, põe-se em destaque o Decreto nº 30.822, de 1952, segundo o qual o Brasil promulgou a Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas.

³¹ Em verdade, a substituição do Código Penal foi proposta pelo Decreto-lei nº 1.004, de [21 de outubro de 1969](#), porém o texto foi modificado substancialmente pelas [Leis nº 6.016, de 31 de dezembro de 1973](#), e nº 6.063, de 27 de junho de 1974. Apesar de vários adiamentos para o começo de sua vigência, o texto foi definitivamente [revogado](#) pela Lei nº 6.578, de [11 de outubro de 1978](#). Texto do CP 1969 disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De11004.htm>, Acesso em: 15 de jan. de 2015.

Para Lélío Calhau, por outro lado, o CP de 1940 somente se referiu ao comportamento da vítima de forma reflexa na parte especial, no entanto, é com a nova parte geral de 1984 que se inova com a proposição de avaliação do comportamento da vítima, imputado especial relevo, a seu ver, para a atuação da mesma. O autor cita a Exposição de Motivos da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, que alterou a parte geral do CP:

As diretrizes para fixação da pena estão relacionadas no art. 59, segundo o critério da legislação em vigor, tecnicamente aprimorado e necessariamente adaptado ao novo elenco de penas. [...] Fez-se referência expressa ao comportamento da vítima, erigido, muitas vezes, em fator criminógeno, por constituir-se em provocação ou estímulo à conduta criminosa, como, entre outras modalidades, o pouco recato da vítima nos crimes contra os costumes”.

Ana Oliveira (1999, p. 152-157) explica que as alterações legislativas no direito penal brasileiro realizadas a partir do final da década de 1980 e início da década de 1990 têm revelado influência do movimento vitimológico. A autora cita o art. 245 da Constituição Federal, que estabelece a responsabilidade de assistência do Estado, ao prever que “o Poder Público dará assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, sem prejuízo da responsabilidade civil do autor do ilícito”.

A reparação do dano foi igualmente incorporada ao CP que hoje a estabelece como condições para obtenção de benefícios legais, como o *sursis* especial (art. 78, §.2º) e o livramento condicional (art. 83, IV), como condição para a reabilitação (art. 94, III), constituindo também pressuposto necessário de indulto e comutação de penas, nos termos dos decretos presidenciais editados anualmente. Por fim, a obrigação de reparar o dano é efeito automático da condenação (art. 94, I) e considerada no caso do arrependimento posterior, quando “nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente” (art. 16 do CP).

Outros dispositivos são igualmente destacados pelo movimento vitimológico como o já mencionado inciso XLIII do art. 5º da CF e a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990 – lei de crimes hediondo (e suas atualizações, como a Lei nº 8.930, de 6 setembro de 1994). São, igualmente relacionados, a Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, que modifica o art. 157 do CP, acrescentando uma qualificadora ao tipo penal de roubo no caso de o agente manter a vítima em seu poder, restringindo sua liberdade; a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (e suas alterações, como a Lei nº 9.602, de 21 de janeiro de 1998), Código de Trânsito Brasileiro, que institui a multa reparatória; a Lei 9.714 de 25 de novembro de 1998, que

alterou dispositivos referentes às penas alternativas introduzindo no Código Penal a pena de prestação pecuniária.

Em suma, a despeito das diferentes interpretações de possíveis influências vitimológicas em nossa legislação, a literatura dedicada ao tema, de modo geral, destaca a Lei nº 9.099, de 1995, lei que cria os juizados cíveis e criminais, como reflexo do movimento vitimológico. Esta lei é compreendida como a chancela da vertente vitimológica que pauta a satisfação da vítima na resolução de seus conflitos perante o judiciário.

São anotados pelos *vitimólogos* brasileiros que a jurisprudência dos tribunais brasileiros, inclusive a Corte Suprema, sempre considerou o comportamento das vítimas, ao decidir as questões criminais, demonstrando o reflexo da legislação pátria, bem como o “reconhecimento da importância a *vitimologia*, não apenas dentro da estrutura da criminologia, mas da aplicação da própria lei, como meio de melhor distribuição da justiça (PELLEGRINO, 1987, 17-21).

De modo geral, muitos dos destaques dados à suposta “influência” da vitimologia na política criminal brasileira pelos estudiosos dedicados à disciplina, pouco se referem a um verdadeiro amadurecimento proporcionado a partir das discussões e estudos vitimológicos. Percebe-se que o caminho percorrido foi inverso. Além da restrita compreensão acerca do que se entende por política criminal, buscou-se na legislação já consolidada aspectos que poderiam confirmar as teses vitimológicas e legitimar os discursos elaborados por seus especialistas.

Por fim, um dos debates recentes do movimento vitimológico no âmbito do direito penal revela que as questões mais frequentes podem ser separadas em duas categorias. De um lado, há uma discussão dogmática relacionada às consequências do comportamento da vítima na análise da culpabilidade do réu – *vitimodogmática* –, de outro lado, surgem de modo contundente a opção política criminal centrada na reparação à vítima.

Como explica Ana Oliveira (1999, p. 131), a proposta de um enfoque etiológico da vitimização foi alvo de críticas advindas de vários setores. O movimento feminista, por exemplo, via na discussão da culpabilidade da vítima uma grave ameaça para os direitos das mulheres.

No entanto, os estudos vitimológicos deixaram dúvidas acerca da efetiva existência de várias espécies de vítimas, colocando em xeque a dicotomia estabelecida entre inocentes e culpados. “Considerando que ao direito penal sempre interessou o autor, a reconstrução jurídica da realidade fática volta-se unilateralmente para este e a dinâmica real fica em definitivo transformada”. A dogmática penal não se quedou inerte. Surgiu, assim, a

vitimodogmática, compreendida como o conjunto das abordagens feitas pelos penalistas em que a vítima é considerada, dedicando-se atualmente à investigação da contribuição da vítima na ocorrência do delito e na repercussão que tal contribuição deve ter na fixação da pena do autor, variando de uma total isenção a uma simples atenuação. O que se destaca nessa nova disciplina não é o caráter inédito da discussão, mas o enfoque específico e originado não apenas na dogmática penal, mas em consideração das abordagens vitimológicas.

Algumas questões são postas para essa nova disciplina. Qual proteção deve merecer um bem jurídico cuja tutela não interessa ao único titular desse bem, seja porque ele próprio coloca em perigo ou porque renuncia à sua proteção? Em que medida a co-responsabilidade da vítima na ocorrência do delito pode ter repercussões sobre a valoração do comportamento do autor, na medida da culpabilidade do autor do fato? É possível a adoção da compensação de culpas no direito penal?

Para alguns autores, a *vitimodogmática* levaria a um ponto extremo o princípio da subsidiariedade do direito penal e da sua utilização como *ultima ratio*. “O recurso ao direito penal seria legítimo não apenas quando esgotadas todas as outras formas jurídicas ou sociais de controle, mas também quando esgotados os meios de autoproteção da vítima” (OLIVEIRA, 1999, p. 133-4; CALHAU, 2003, p. 87). Esta ideia, em última análise, diz que, se a vítima, podendo e devendo proteger-se, não o faz, a ocorrência do crime é a ela atribuída e o autor fica isento de pena.

Sobre a concorrência de culpas, Lélío Calhau logo destaca sua admissibilidade no direito civil brasileiro, mas não pela doutrina de direito penal, devendo a culpabilidade de cada um dos autores do fato ser individualizada de forma autônoma. Segundo o autor, caso os dois concorram culposamente para um resultado ilícito, ambos por ele respondem, conforme o art. 13 do CP³² (CALHAU, 2003, p. 86). Para Armida Miotto, será sempre válido o princípio segundo o qual “em Direito Penal não há compensação de culpas”, daí por que mesmo nos casos em que a vítima terá culpabilidade moral (porém não jurídica) ou, até, nos casos em que terá culpabilidade jurídica por outro delito que cometeu ou tentou cometer e o qual serviu de “isca” para ela ser “pescada” como vítima, mesmo nesses casos o delinquente terá a sua culpabilidade tanto quanto “fez o que não devia ser feito, e podia não tê-lo feito, ou deixou de fazer o que devia ter feito, e podia tê-lo feito” (MIOTTO, 1964, p. 136).

³² Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

De modo geral, as questões trazidas pela *vitimodogmática* são amplas e várias. A referência feita tem por maior finalidade, no presente trabalho, revelar uma das formas que tem tomado o impacto do movimento vitimológico no direito penal.

3 2ª ETAPA, O QUE É O DISCURSO ABOLICIONISTA NO BRASIL

3.1 O que é o abolicionismo penal

O abolicionismo penal assume papel de destaque enquanto uma das matrizes teóricas mais importantes no cenário dos grupos de estudos sobre controle social e políticas criminais nas sociedades capitalistas a partir da década de 1970³³. Representa, a “mais original e radical proposta político criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos”, segundo Raúl Zaffaroni (2001, p. 98). A partir do ideário do abolicionismo penal, discute-se a deslegitimação do sistema penal, do sistema carcerário e da própria lógica punitiva de nossa contemporaneidade.

De um modo geral o foco do abolicionismo não consiste no Direito Penal, enquanto “programação normativa e tecnológica do exercício de poder dos juristas”, mas no “sistema penal em que se institucionaliza o poder punitivo do Estado e sua complexa fenomenologia a que os abolicionistas chamam de ‘organização cultural do sistema de justiça criminal’ e que inclui tanto a engenharia quanto a cultura punitiva, tanto a máquina quanto sua interação com a sociedade” (ANDRADE, 2006, p. 169). Sistema penal aqui é compreendido como a

a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão), a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (direitos + ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação, e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraíza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais (ANDRADE, 2006, p. 169-170).

Para Vera Regina Andrade (2006, p. 169), a deslegitimação do sistema penal representa um amplo espectro de desconstruções teóricas e práticas, em cujo centro se encontra a consolidação do paradigma da reação social na forma de uma revolução de paradigmas em criminologia. O abolicionismo emerge nesse contexto e adquire significado na defesa de formas alternativas de resolução de conflitos.

³³ Igualmente estarão presentes os “minimalismos”, e um pouco depois o “eficientismo”. Ver: ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Sequência, n° 52, p. 163-182, jul. 2006. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15205>>

Realizemos, portanto, uma pequena retomada acerca dessas desconstruções teóricas para melhor entendermos o núcleo do discurso proposto pelo abolicionismo.

A partir da década de 1960, enquanto o marco criminológico europeu manteve-se relativamente estanque no enfoque positivista, do ponto de vista epistemológico, o desenvolvimento em áreas como a sociologia criminal, especialmente na América do Norte, favoreceu mudanças do paradigma em criminologia (ANDRADE, 1996, p. 279).

Foi com a introdução do *labelling approach*,³⁴ em razão da influência de correntes de origem fenomenológica (no caso, o interacionismo simbólico e a etnometodologia como esquema explicativo da conduta humana) na sociologia do desvio e do controle social, e de outros desenvolvimentos da reflexão histórica e sociológica sobre o fenômeno criminal e o direito penal, que se constitui um novo paradigma, alternativo ao etiológico na criminologia contemporânea. Trata-se do paradigma da “reação social” (*social reaction approach*), do “controle” ou da “definição” (ANDRADE, 1996, p. 279).

Baratta (2002, p. 85-89) explica que com a crítica desse novo paradigma à ideologia tradicional o objeto da pesquisa é deslocado dos fatores da criminalidade, etiologia, para a reação social. A criminalidade, portanto, deixa de ser considerada como um dado ontológico e pré-constituído, mas torna-se realidade social construída através de definições e da reação social.

Pela tese proposta

o desvio e a criminalidade não são uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica preconstituída à reação social e penal, mas, uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social; isto é, de processos formais e informais de definição e seleção (ANDRADE, 1996, p. 279-280).

Assim, o conceito de “criminoso” passa a ser relativizado, e deixa de ser entendido como uma característica do autor, ontologicamente diferente. Passa a depender da interação existente entre quem realiza o fato punível e a sociedade. E representa, portanto, um *status* social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal.

³⁴ O *labelling approach* (ou teoria do interacionismo simbólico, do etiquetamento, da rotulação, ou paradigma da “reação social”) surge nos Estados Unidos da América no fim da década de 1950 e início da década de 1960 com os trabalhos de autores como E. Goffman, H. Becker, E. Schurt T. Scheff, Lemert, entre outros. Estes pertenciam à chamada “Nova Escola de Chicago” e começavam a questionar o paradigma funcional, até o momento dominante dentro da Sociologia norte-americana. Divergindo do funcionalismo que pretendeu explicar o que mantém a sociedade unida, estes movimentos contestatórios revelavam que a suposta sociedade estável e consensual de que falavam os funcionalistas não existia. Neste contexto surgem as teorias interacionistas buscando interpretar a “conduta desviante”. Instaura-se o termo “desvio social” para referir-se a todas aquelas condutas que não podiam englobar-se dentro de definições legais ou psiquiátricas como homossexualidade, drogadoção, movimento hippie, prostituição, feminismo, negrismo etc. condutas que, em síntese, atentavam contra o *status quo*. Serão estes desvios “sem vítima” as formas desviantes estudadas pelos teóricos do interacionismo (ANDRADE, 2003, p. 186).

Essa ruptura epistemológica, e também política, no fim dos anos 1960 evidenciou os limites da criminologia clínica, cujo objeto de investigação eram os “bodes expiatórios” sancionados pelo sistema penal, ignorando a “cifra negra”, colaborando, assim, para a perpetuação das mazelas do sistema ao direcionar seus estudos para a criminalidade e nunca para os aparelhos que a geram e a manipulam (ANITUA, 2008, p. 660).

Ao mudar o enfoque de o que o homem faz e por quê o faz, para o modo como a sociedade responde ao crime e por quê o faz, a proposta interacionista converteu o estudo das instâncias de controle em objeto da criminologia.

Com o novo marco, evidencia-se que o sistema penal não se reduz ao complexo estático das normas penais, mas é concebido como um processo articulado e dinâmico de criminalização para o qual concorrem todas as agências do controle social formal, desde o legislador (criminalização primária), passando pela polícia e pela justiça (criminalização secundária) até o sistema penitenciário e os mecanismos de controle social informal (ANDRADE, 1996, p. 281).

O viés proporcionado pelas teorias conflituais da criminalidade e do direito penal (Lewis A. Coser, Georg Simmel, Austin Turk, Richard Quinney, e outros) viabilizou desenvolver uma dimensão política no interior do paradigma da reação social, ampliando seu enfoque para as estruturas gerais da sociedade e seus conflitos de interesse e hegemonia (ANDRADE, 2003, p. 213).

A relação instaurada entre conflito social e processos de criminalização, o desenvolvimento dado ao enfoque da reação social para explicar a qualidade desviante dos comportamentos e a perspectiva política na qual colocou o direito penal são apontados por Baratta (2002, p. 143) como contribuições das teorias criminológicas do conflito. Apresentam, portanto, em primeiro lugar

uma importante correção à imagem, própria das teorias funcionalistas e psicanalíticas, do desvio como relação antagônica entre a sociedade e o indivíduo, substituindo-a pela relação entre grupos sociais. Em segundo lugar, na medida em que transportaram o enfoque da reação social, das estruturas paritárias dos pequenos grupos e dos processos informais de interações que se desenvolvem no seu interior, às estruturas gerais da sociedade e aos conflitos de interesses e de hegemonia e, portanto, às relações de poder entre os grupos; de uma perspectiva microsociológica para uma perspectiva macrosociológica.

Em suma, com o desenvolvimento do aspecto político no paradigma da reação social, foi possível compreender a relação entre conflito social e processo de criminalização, bem como a natureza seletiva desse processo e a inevitável inserção do direito penal na perspectiva política.

É com a criminologia crítica, porém, que o enfoque tradicional do agente é mudado para o das condições objetivas, estruturais e funcionais, que se acham na origem dos fenômenos do comportamento desviante. Do interesse sobre as causas do desvio criminal, passa-se para os mecanismos de criação e aplicação das definições de desvio e de criminalidade, bem como se realizam processos de criminalização.

Apesar de reconhecer a não homogeneidade do pensamento criminológico contemporâneo, Baratta situa a peculiaridade da proposta da criminologia crítica, de vez que inova propondo um ponto de vista a partir da construção de uma teoria materialista, econômico-política, do desvio e dos comportamentos socialmente negativos e, portanto, da criminalização.

No mesmo sentido, Andrade (2003, p. 214) afirma que os aportes teóricos recebidos pela criminologia crítica são inúmeros. Estes permitiram ir para além do paradigma da reação social e desenvolver “a dimensão do poder numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrossociológica alça as relações de poder e propriedade em que se estrutura conflitivamente a sociedade capitalista”.

A criminologia crítica recupera, portanto, a análise das condições objetivas, estruturais e funcionais que originam, na sociedade capitalista, os fenômenos de desvio, interpretando-os separadamente conforme se tratem de condutas das classes subalternas ou condutas das classes dominantes (a chamada criminalidade de colarinho branco, dos detentores do poder econômico e político, a criminalidade organizada etc.) (ANDRADE, 2003, p, 217). Por essa perspectiva aquele *status*, atribuído a determinados indivíduos, se reveste de um fator próprio. Ele é consequência de uma dupla seleção: primeiramente, dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos destes bens; em segundo, dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A criminalidade é compreendida como um “‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos” (BARATTA, 2002, p. 161).

Assim, no marco da criminologia crítica, a descrição da fenomenologia da seletividade pela criminologia da reação social receberá uma interpretação macrossociológica que, aprofundando a sua lógica, evidencia o seu nexos funcional com a desigualdade social estrutural das sociedades capitalistas (ANDRADE, 2003, p. 276).

Nesse contexto, uma das posições teóricas assumidas com força singular a partir dos 1980, na Europa, foi o abolicionismo. Ainda que seu nome remeta-se à luta histórica contra a escravidão e contra a pena de morte, naquela década e no interior da criminologia crítica, essa

denominação fazia referência “`a deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva” (ANITUA, 2008, p. 695).

Segundo Gabriel Anitua, essa reflexão antipunitiva crítica ao positivismo e à sociedade disciplinar capitalista estava estreitamente relacionada às reivindicações teóricas e práticas de alguns criminólogos nos países escandinavos e na Holanda (ANITUA, 2008, p. 695), país em que as reflexões críticas começaram antes, com as figuras da pensadora libertária Clara Meijer Wichmann (1895-1922) e Willeam Bonger (1876-1940) (ANITUA, 2008, p. 671).

Embora os antecedentes do abolicionismo possam ser identificados desde os estudos dos teóricos do anarquismo, ao elaborarem críticas às relações entre organização política, contrato social, propriedade privada, Estado e castigo (BATISTA, 2011, p. 109), temos, na Holanda, o centro histórico de pensamento abolicionista.

Nesse país, as consequências do enfoque do etiquetamento foram interpretadas em comunhão com a tolerância, subsidiando uma proposta de política criminal de controle baseada mais no deixar fazer do que na intervenção punitiva. Dada a deslegitimação do sistema penal, entendeu-se que “uma política criminal pouco intervencionista seria ao menos socialmente menos danosa” (ANITUA, 2008, p. 695).

Vera Regina Andrade fala em “abolicionismos”, no plural, eis que “em qualquer temporalidade, no passado ou no presente, não fala uma só voz” (2006, p. 165). Para essa autora, o abolicionismo apresentou-se como uma dupla via, sendo compreendido enquanto perspectiva teórica e movimento social, teoria e prática, teorização e militância social.

Desde sua origem, o abolicionismo também apresenta-se como práxis. Um conjunto de movimentos políticos – grupos de ação ou de pressão contra o sistema penal e movimentos ou organismos com participação de técnicos, presos, liberados, familiares e simpatizantes em prol da causa abolicionista – que, nos anos 1960, dirigiu sua militância para os presos e seus familiares, tendo o abolicionismo como ideologia orientadora. Exemplo disso são os grupos KRUM, na Suécia, em 1965, KRIM, na Dinamarca, em 1967, KROM, fundado por Thomas Mathiesen, na Noruega, em 1968, KRAK, na Alemanha, em 1970, a Liga Coohnhert, iniciada por Louk Hulsman, em 1971, e o RAP – Radical Alternatives to Prison, na Inglaterra, nos anos 70 (ANDRADE, 2006; BATISTA, 2011, p. 109).

No plano teórico, diferentes fundamentações metodológicas, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar objetivos identificam diferentes abolicionismos. Poder-se-ia associar Michel Foucault à variante estruturalista; Thomas Mathiesen, ao materialismo de orientação

marxista; Louk Hulsman, à fenomenologia; Nils Christie, à variante fenomenológico-historicista (ANDRADE, 2006, p. 166-167, ZAFFARONI, 2001, p. 98).

No mesmo sentido, Zaffaroni (1991, p. 98) faz a seguinte tipologia desse movimento: Foucault estaria na análise estrutural historicista das fundações discursivas; Mathiesen, no paradigma marxista-materialista; Christie, no modelo fenomenológico-historicista do controle; e, Hulsman, numa fenomenologia das situações problemáticas na perspectiva da abolição de todos os sistemas formais.

De todo modo, como bem ressalta Vera Malaguti Batista (2011, p. 108) “o abolicionismo é amplo, está na deslegitimação mais profunda da pena em diferentes estratégias políticas e jurídicas: no liberalismo, no marxismo, no anarquismo, mas também na criminologia crítica e no garantismo”.

Em suma, “inexiste uma ‘essência’ do abolicionismo, ou uma teoria totalizadora abstrata que abarque todos os aspectos de suas distintas variantes” (ANDRADE, 2006, p.167). Fato é, por outro lado, que, ainda que não partilhem de uma total coincidência de pressupostos, os abolicionistas se identificam pelos debates de questões-chave, como o objeto e os caminhos da abolição, ou seja, sua extensão, métodos e táticas, bem como seu impacto na sociedade (ANDRADE, 2006, p.167).

De um modo geral, em nosso país, temos como fonte primária das teorias abolicionistas os estudos que tiveram a sua aurora no contexto acima abordado. Reproduzimos desde nossa margem, inclusive a partir de grande bibliografia traduzida para nosso idioma, o pensamento de pesquisadores como Herman Bianchi, Michel Foucault, Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie.

Herman Bianchi, criminólogo holandês, ainda nos anos 1970, desenvolveu estudo crítico sobre as prisões e a ideia de castigo, bem como defendeu a incorporação de conceitos como tolerância, respeito, justiça, culpa, vergonha. Vislumbrou a necessidade de novo sistema alternativo de controle do delito que não se baseasse em um modelo punitivo, mas, sim, em outros princípios legais e éticos, tornando a prisão ou outro meio de repressão física desnecessária. Para ele, o sistema de justiça, orientado pelos princípios da reconciliação e da reimposição da paz, deveria proteger o estigmatizado (ANITUA, 2008, p. 696-697).

Também, holandês, Louk Hulsman, falecido no ano de 2009, desconstruiu a definição de delito como utopia negadora da realidade, propondo a ideia de *situação problemática* como um contraponto ao confisco da vítima.

Dá-se, igualmente destaque à obra do marxista norueguês Thomas Mathiesen, fundador do KROM – *Norsk forening for kriminal reform* –, associação norueguesa para

reforma penal. Para ele, o sistema penal pode sempre piorar e por isso problematiza a militância entre a reforma e a revolução, entre a luta pela extinção do sistema penal e sua melhora na atualidade, entendendo, portanto, a estratégia abolicionista enquanto uma estratégia política inacabada, em constante construção (BATISTA, 2011, p. 109-10).

Destaca-se, também, Nils Christie, sociólogo e criminologista norueguês, professor de Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Oslo. Embora hoje não se considere um abolicionista, mas um minimalista, é inquestionável a sua contribuição direta ao abolicionismo penal. Ainda no final dos anos 1970 escreveu uma obra ligada a sua militância comunitarista, “Conflitos como pertencimento”, e, em 1981, “Limites da dor”, em que se contrapõe à categoria ontológica de delito. Seu último livro, “Uma quantidade razoável de crime”, publicado em 2004, faz uma aguda crítica ao papel da utilização da vítima como dispositivo de expansão do poder punitivo, já que o abolicionismo propõe papel não vitimizável nos conflitos intra-humanos (BATISTA, 2011, p. 110).

Como explica Gabriel Anitua, o abolicionismo não se circunscreve aos mencionados autores, englobando muitos outros que, a partir de certas ideias comuns, deram contribuições diferentes. Na década de 1980, apareceram muitos seguidores, sobretudo nos países de origem dos autores referidos e também na Alemanha, a exemplo de Heinz Steinert e Sebastian Scheerer, que escreveram sobre o que denominaram empresários morais “atípicos”: realistas de esquerda, feministas, ambientalistas e outros (ANITUA, 2008, p. 712).

Segundo Vera Malaguti Batista (2011, p. 109), a história do abolicionismo “no mundo e no Brasil, pode ser conhecida em torno de Edson Passetti e seu Núcleo de Sociabilidade Libertária – Nu-Sol³⁵, que reúne as memórias e os devires do abolicionismo anarquista na criminologia”. No Brasil, Edson Passetti e o Nu-Sol são o grande foco de produção e militância acadêmica abolicionista (BATISTA, 2011, p. 110).

Em suma, o ideário abolicionista ofereceu a oportunidade de um discurso coerente com a ruptura epistemológica promovida a partir das décadas de 1960 e 1970, se descolando de criminólogos críticos que se denominariam de “realistas” e recuperariam mais adiante os discursos da criminologia sociológica; bem como de “garantistas”, que recuperariam o discurso da criminologia jurídica (ANITUA, 2008, p. 713).

³⁵ “O Nu-Sol é uma associação de pesquisadores libertários voltados para problematizar relações de poder e inventar liberdades [...] Ao lançarmos mão da análise a partir da genealogia do poder nos preparamos para atuar no interior das batalhas entre as forças sociais que buscam dar formas as experimentações de liberdades. Distanciamos-nos dos refúgios seguros trazidos pelas teorias, do conformismo emba lado pelas dogmáticas, dos zeladores das responsabilidades procedimentais e das confortáveis retóricas que alimentam os defensores das vítimas”. Ver o site: <http://www.nu-sol.org>.

Importa destacar, como explica Vera Malaguti Batista (2011, p. 108), que no Brasil, no âmbito das políticas criminais contemporâneas, ressurgiu o abolicionismo como decorrência do grande encarceramento por nós vivenciado, fruto da relação estabelecida entre a mudança político criminal que aparece no final da década de 1970 e o surgimento do ideário liberal.

Pedro Abramovay (p. 2010, p. 20) evidencia que, da mesma maneira que a relação entre a mudança de política econômica e as concepções sobre política criminal se fazem claras na passagem do Estado liberal para o Estado de bem-estar social, a chegada do chamado Estado neoliberal produz uma transformação de significativas proporções. De um lado, a concepção sobre o Estado e a sociedade ancorada no aparecimento, em vários ramos das ciências sociais, da teoria liberal impulsionando forte crítica ao peso do Estado construído a partir da década de 1930, e de outro, os já mencionados estudos de uma criminologia sociológica, que dão início na década de 1970, em diálogo com aquela nova visão onde se questionam as causalidades sociais para o crime, recuperando a ideia de crime como uma decisão individual (ABRAMOVAY, 2010, p. 20-21).

Loïc Wacquant destaca a clara relação entre a mudança política criminal que aparece a partir do final da década de 1970 e o surgimento do ideário liberal:

A análise comparada da evolução da penalidade nos países avançados durante a década passada evidencia, de um lado, um estreito laço entre a escalada do neoliberalismo como projeto ideológico e prática de governo que determinam a submissão ao “livre mercado” e a celebração da “responsabilidade individual” em todos os domínios e, do outro, o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas, centrada na delinquência de rua e nas categorias situadas nas fissuras e nas margens da nova ordem econômica e moral que se estabelece sob o império conjunto do capital financeiro e do assalariado flexível (WACQUANT, Loïc. 2007, p. 25).

Essa transformação teórica, marcada por uma mudança de concepção sobre o papel do Estado e do indivíduo na sociedade expressa nas teorias econômica e criminológica teve como consequência prática a maior política de encarceramento em massa de que se tem notícia. Explica Pedro Abramovay (2010, p. 24), “o ponto de partida de que indivíduos cometem crimes por decisões racionais individuais justificou a mudança do foco da política criminal que passou a ter – novamente – no Direito Penal seu principal instrumento de efetivação”.

Essa política foi reproduzida, em diversos graus, por todas as regiões do mundo, encontrando nos Estados Unidos da América a radicalização de seu uso. No Brasil, a articulação do movimento do capital neoliberal, “que precisa do aumento do controle de força sobre os que estão fora do mercado de trabalho”, somada à “infestação de uma cultura policial

e prisional norte-americana”, produziu, segundo Vera Malaguti Batista, “um embaraçamento e um limite dramático à discussão da ‘questão criminal’ e da questão penitenciária no Brasil”.

Nas palavras da autora:

Esses limites propiciaram o que chamo de “*adesão subjetiva à barbárie*”, que produz a escalada do Estado policial em todas as suas facetas sombrias: números astronômicos de execuções policiais disfarçadas de autos de resistência, uso da prisão preventiva como pena infamemente antecipada, aumento das teias de vigilância e de invasões à privacidade, escárnio das garantias da defesa, como se fossem embaraços antiéticos à busca da segurança pública. (BATISTA, 2010, p. 31 – grifo nosso)

Pois bem, é nesse cenário que, em nosso país, o discurso do abolicionismo ganha força. Assim, importante avançarmos um pouco mais nos seus principais argumentos, no intento de compreender qual é o ideário de seus principais teóricos, principalmente entre aqueles hoje lidos no Brasil. É importante perceber como esse referencial é internalizado em nossas discussões, em nosso imaginário. Como compõe o *quadro do discurso vital no Brasil contemporâneo*.

3.2 O abolicionismo penal de Louk Hulsman

Entre outras razões, Louk Hulsman apresenta três motivos fundamentais a favor do abolicionismo do sistema penal: é um sistema que causa sofrimentos desnecessários que são distribuídos socialmente de modo injusto; não apresenta efeito positivo sobre as pessoas envolvidas nos conflitos; e é sumamente difícil de ser mantido sob controle. Assim, por ser um problema em si mesmo e, diante de sua crescente inutilidade na solução de conflitos, torna-se preferível aboli-lo totalmente como sistema repressivo (ZAFFARONI, 2001, p. 98).

Tais motivos fundamentais apresentados por Louk Hulsman pressupõem de imediato a negativa da realidade ontológica de crime, que o autor explica ser, por outro lado, produto da política criminal.

Pelas lições de Hulsman, dentro do conceito de criminalidade, uma grande variedade de situações são colocadas juntas. A maioria delas, no entanto, tem propriedades separadas e nenhum denominador comum. Ademais, nenhuma estrutura comum pode ser encontrada na motivação daqueles que estão envolvidos em tais eventos, nem na natureza das consequências, nem nas possibilidades de se lidar com eles (seja no sentido preventivo, seja no sentido do controle do conflito). O que une tais eventos é o fato de que o sistema judiciário

está autorizado a tomar providências contra eles. E mais, se compararmos eventos criminais com outros eventos, não há – no nível daqueles diretamente envolvidos – nada de intrínseco que distinga estes “eventos criminais” de outras dificuldades ou situações desprazerosas (HULSMAN, 2003, p. 196).

Assim, ao negar a realidade ontológica do crime, Hulsman refere-se à proporção considerável de eventos que seriam definidos como crime no contexto do sistema de justiça criminal, mas que permanecem completamente fora desse sistema. Conflitos que são resolvidos dentro do contexto social no qual ocorrem (a família, o sindicato, as associações, a vizinhança) de uma maneira similar à qual outros conflitos “não criminais” são resolvidos (HULSMAN, 2003, p. 196 - 197).

Nessa esteira, o desenvolvimento do conhecimento acerca da “cifra oculta” foi de suma importância. O fato de muitos eventos criminalizáveis denunciados à polícia jamais chegarem aos tribunais, e o fato de eventos criminalizáveis não darem entrada no sistema criminal porque as vítimas não os denunciam a polícia, demonstra que a criminalização efetiva é um evento raro e excepcional e que os eventos criminalizáveis que pertencem a cifra negra são lidados de alguma forma fora da justiça criminal. Forma essa que encontra respaldo nas práticas diárias daqueles envolvidos direta ou indiretamente em eventos problemáticos, normalmente alternativas à justiça criminal e de natureza predominantemente não legal. “A excepcionalidade da criminalização efetiva de eventos criminalizáveis e o fato de que eles são, regra geral, lidados de diferentes maneiras sobre as quais nos faltam informações, tem, em muitos aspectos, relevância para a avaliação da legitimidade da justiça criminal” (HULSMAN, 2003, p. 205-206).

Destarte, para o autor, a justiça criminal tende a fornecer uma construção não realista do que aconteceu e, portanto, a fornecer igualmente uma resposta não realista e ineficiente, impedindo que as organizações formais tais como a política e os tribunais lidem de uma forma criativa com os eventos e que aprendam com eles. Nas palavras do autor:

A “criminalização” é injusta, já que, através de sua própria estrutura, nega as variedades existentes na vida social e os diferentes “significados” daí gerados, e porque ela é incapaz de percebê-los e lidar com eles. É injusta, também – em seus próprios termos –, porque não consegue lidar igualmente com agressores e vítimas: a maioria deles nem mesmo aparece na justiça criminal (cifra negra); regra geral, são lidados em algum outro lugar de forma que não é sequer conhecida pela justiça criminal (HULSMAN, 2003, p. 207).

Ainda sobre realidades não verificáveis no âmbito do sistema de justiça criminal, outra questão de suma importância para Louk Hulsman refere-se a utilização de uma

linguagem de punição que faz que as pessoas pressuponham existir congruência entre o contexto de punição com o qual estão familiarizadas, por experiência direta, e os processos internos da justiça criminal. Esta congruência, no entanto, não existe. Na verdade, a justiça criminal não atua como um sistema que distribui a punição, mas como um sistema que usa a linguagem da punição de uma maneira que esconde os reais processos que ocorrem. Mas, por outro lado, há o uso de uma linguagem falseada que gera apoio através da apresentação incorreta destes processos como semelhantes a processos conhecidos e aceitos pelo público (HULSMAN, 2003, p. 191). Isto é, o discurso da real operacionalidade do sistema de justiça criminal revela a não correspondência entre ela e a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que o sistema atue. Em outras palavras, a programação normativa se baseia em uma “realidade” que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuam de forma completamente diferente (ZAFFARONI, 2001, p. 12).

Por entender que a linguagem convencional do discurso público oculta as realidades de situações problema (crimes) e da criminalização, Hulsman destaca a importância de trabalhar a linguagem enquanto uma das principais estratégias acadêmicas para se pensar em “como abolir a justiça criminal”. Ele entende que a academia, quando se debruça sobre a questão criminal, a descrever e analisar os processos de criminalização de uma maneira que permita avaliar suas consequências e sua legitimidade; ou a ajudar as pessoas que tentam dar conta de situações problemas, que são o objeto da criminalização secundária, está lidando com a construção de uma linguagem que não pode ser a mesma por meio da qual a justiça criminal é praticada e legitimada. A “linguagem tem de tornar possível avaliar a legitimidade da justiça criminal sob a luz de certos valores explícitos”, os quais devem nos mostrar “para onde e como olhar” (HULSMAN, 2003, p. 193).

Assim, Louk Hulsman defendia os valores morais como o limite mais adequado para as violências, entre as quais historicamente, incluía as realizadas pelas burocracias criadas ao redor dos sistemas de justiça criminal (ANITUA, 2008, p. 697). A defesa é por um modelo normativo ao redor do qual um grande apoio possa ser mobilizado, o qual pode ser apresentado com indicadores/valores tais quais: (i) respeito da diversidade, pela diferença entre indivíduos, solidariedade; (ii) profissões e autoridades a serviço das pessoas em sua diversidade, isto é, autoridades e profissões somente são capazes de servir aos interesses dos clientes em sua diversidade quando estes têm *poder* para orientar suas próprias atividades; considerando que a reconstrução nunca é idêntica ao evento, aquela somente é válida se for baseada nos significados dos atores principais do mundo vivo (HULSMAN, 2003, p. 193-195).

Ato contínuo, o abolicionismo para Hulsman deve defender uma nova linguagem que suprima as categorias de ‘crime’ e ‘criminalidade’ que são ‘reificadas’ no pensamento ocidental, por escamotearem, na realidade, uma variedade imensa de conflitos que, obviamente, não desaparecerão com a supressão do sistema penal. Afinal, são palavras que o sistema penal criou para confundir e negar realidades. Propõe, por outro lado, recuperar outras palavras, como “santuário”, “reparação”, “conflito” e “situações problemáticas”, buscando assim novas alternativas (ANITUA, 2008, p. 698). Nas palavras de Louk Hulsman,

a abolição é a abolição da linguagem prevalecente sobre justiça criminal e a substituição desta linguagem por outra linguagem que permita submeter a justiça criminal à hipótese crítica; em outras palavras, que permita testar a hipótese de que a justiça criminal não é “natural” e que sua “construção” não pode ser legitimada. Se essa hipótese for validada, a linguagem prevalecente sobre a justiça criminal tem de ser desconstruída e a justiça criminal aparecerá como um problema público em vez de uma solução para problemas públicos. O primeiro tipo de abolição será assim legitimado (HULSMAN, 2003, p. 198).

Assim Hulsman propõe, enquanto ferramenta conceitual óbvia para iniciar uma nova maneira de olhar para a realidade, substituir o “comportamento criminoso ou criminalizável”, como a pedra fundamental do sistema criminal, pelo conceito de “situação problemática”.

A introdução desse conceito é uma estratégia para levantar questões. A primeira questão é: quem acha que esta situação (vagamente formulada) é problemática? Para Hulsman, quando tivermos uma resposta a esta primeira pergunta, temos de fazer uma distinção entre os que responderam, sabendo-se que a princípio não se está interessado nas respostas de profissionais que não estejam diretamente envolvidos. Para os que se encontram mais ou menos envolvidos, novas perguntas devem ser direcionadas, todas no intento de uma construção fidedigna do fato, sob o olhar das partes envolvidas. Para Hulsman, “agindo desta forma, liberamos a diversidade de pessoas que se sentem injustiçadas ou prejudicadas. E também libertamos a diversidade daqueles que são convidados a interferir em situações (profissionais ou não profissionais)” (HULSMAN, 2003, p. 208-209).

Em resumo, o objetivo maior é dar ênfase a situações, em vez de comportamentos; à natureza problemática do fato, em vez da eventual natureza ilegal criminosa do mesmo; à pessoa ou instância para quem algo é problemático, à vítima, em vez do agressor, o qual somente entra em cena quando a vítima define o evento de uma maneira que o torna relevante. Por fim, na questão “o que pode ser feito, por quem?”, para Hulsman, deve-se priorizar a perspectiva de um futuro com menos problemas ou menos problemático, e um passado mais reordenado, mas nunca tais premissas devem ser substituídas pela perspectiva da gravidade do evento e ou da culpa ao agressor (HULSMAN, 2003, p. 211).

A par dessas premissas, Louk Hulsman responde a questão, “por que abolir?”, defendendo não apenas uma nova linguagem, mas uma nova forma de encarar e solucionar os problemas.

Como dito, uma das constatações de Hulsman refere-se à ausência de efeitos positivos para as pessoas que levam ou tenham levado seus conflitos à organização social e cultural da justiça criminal. Isso se deve, em parte, pelo fato de que esta é responsável por construir (ou reconstruir) a realidade de uma forma muito específica: criminalizando-a.

O sistema de justiça criminal

enfoca um incidente, definido num tempo e lugar. Lançando um olhar para aquele incidente, enfoca um indivíduo, a quem se possa atribuir culpabilidade. Indivíduo que será discriminado, isolado de seu mundo e das pessoas que sentem-se vitimizadas numa situação que pode, de alguma maneira, ser atribuída à sua ação (HULSMAN, 2003, p.199).

Nesse proceder, “indivíduos fictícios”, interação “fictícia” e “realidade fictícia” são criadas pela justiça criminal.

Ademais, constatando a real operacionalidade do sistema criminal, tem-se que o trabalho executado não tem em vista seus reais interessados, não havendo espaço para a participação ativa das pessoas em cujo nome se está trabalhando. Hulsman denuncia o fato de que

quando a polícia está trabalhando dentro de um referencial de justiça criminal, tende a não ser mais dirigida pelos desejos e reclamações das pessoas que apresentaram a queixa, mas pelas exigências do procedimento legal que estão preparando. O queixoso – a pessoa que pediu providências para a polícia – torna-se, ao invés de um guia para suas atividades, uma “testemunha”. Uma testemunha é, principalmente, uma “ferramenta” para levar procedimentos legais a um fim com sucesso. De forma comparável, o modelo de procedimentos no tribunal impede – ou de qualquer jeito torna especialmente difícil – que a vítima expresse livremente sua visão da situação ou entre numa interação com a pessoa que está fazendo o papel de suposto agressor no tribunal. Também nessa situação, ela é, em primeiro lugar, uma “testemunha”, mesmo nos sistemas legais nos quais uma posição especial foi criada para as vítimas (HULSMAN, 2003, p. 201).

Assim, já que sua vocação consiste em designar os culpados para então castigá-los, o sistema penal não só reinterpreta os acontecimentos dos quais se ocupa, lançando mão de um rótulo rígido, mas produz, ao mesmo tempo, uma resposta estereotipada: a estigmatização do autor selecionado para ser castigado. Ele refuta, portanto, a atuação do sistema penal entendendo haver muitas outras formas possíveis – e geralmente melhores – de responder a um acontecimento desagradável ou doloroso.

Destarte, na tentativa de pensarmos “como abolir?”, Louk Hulsman pensa em uma “estratégia acadêmica” e outra “como movimento social”.

De um lado, temos uma postura abolicionista que se deve concentrar nas atividades de uma das organizações por trás da justiça criminal: a universidade e, mais especificamente, os departamentos de direito e criminologia. Referindo-se a valores acadêmicos que requerem independência acadêmica de práticas sociais existentes para permitir uma avaliação mais objetiva destas práticas sob a luz de critérios específicos, esta forma de abolicionismo reprovava as leituras dominantes do crime e da justiça criminal. Estas “leituras” dominantes, implicitamente, apoiam a ideia de uma “naturalidade e necessidade” da justiça criminal (HULSMAN, 2003, p. 197-198).

Por outro lado, a estratégia abolicionista enquanto “movimento social” considera a práxis que entende a resposta dada pela justiça criminal ilegítima e um problema público, o que implica que esses abolicionistas têm de cumprir uma dupla tarefa: direcionada a conter tais atividades da justiça criminal, e fomentar novas maneiras de lidar com situação-problema criminalizáveis fora da justiça criminal (HULSMAN, 2003, p. 197).

Nesse sentido, Hulsman defende a substituição da justiça criminal por formas descentralizadas de solução dos conflitos, onde os envolvidos na situação problema terão participação efetiva em uma composição. Para ele, se a comunidade aborda os eventos criminalizados e os trata como problemas sociais, isso permitiria ampliar o leque de respostas possíveis, não se limitando à resposta punitiva, que ao longo da história, não somente não resolveu nada, como também criou mais problemas, como o próprio sistema penal (ANITUA, 2008, p. 698).

Essa descontextualização das situações problemáticas e sua reconstrução num contexto alheio às vítimas, aos vitimadores e aos outros indivíduos, é para ele um dos problemas do sistema penal. Este cria individualidades irreais e uma interação fictícia entre eles, definindo as situações de problema ou conflito de acordo com as regulamentações e as necessidades organizativas do sistema penal e de suas agências burocráticas. A máquina estatal não se coloca como parte dos problemas, mas como solução. Dever-se-ia tentar compreender a realidade social a partir do ponto de vista dos indivíduos e não de acordo com as definições da realidade e do marco conceitual burocrático que o sistema penal assume (ANITUA, 2008, p. 699).

A “nova” forma de reconstrução da realidade deve respeitar a dinâmica do desenvolvimento de eventos para os diretamente envolvidos. A proposta é afastar-se das definições de realidade produzidas pela justiça criminal, arvorando-se dos valores e conceitos

mencionados, indo diretamente àqueles envolvidos no caso e perguntar-lhes sobre o que aconteceu, de que maneira eles se sentiram ou se sentem injustiçados por ele, a quem ou a qual “estado de coisas” eles atribuem responsabilidade pelo evento, o que desejam fazer a respeito dele e/ou o que eles querem que seja feito por outros (HULSMAN, 2003, p. 208).

Além disso, a substituição deveria ser por núcleos individualizados e “personalizados” para a solução dos conflitos. Cada conflito seria analisado e solucionado de acordo com as necessidades que os envolvidos na situação-problema demandam. Estes conflitos, no entanto, ao serem redefinidos como situações problemáticas podem encontrar soluções efetivas, ou seja, entre as partes envolvidas, um “cara a cara” similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial etc) que, diferentes do modelo punitivo, têm a vantagem de não serem, ao cenário deste modelo – cuja aplicação não exclui, automaticamente, os restantes – necessariamente alternativos (ZAFFARONI, 2001, p. 99). A proposta de Hulsman, portanto, dirige-se para a substituição direta do sistema penal não por um macronível estatal, mas sim por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas. Isto é, a aposta é que a ausência do Estado e de suas intervenções, inclusive as da lei será coberta mais satisfatoriamente por formas comunitárias, autônomas e pacíficas de manejar os conflitos. O modelo proposto por Hulsman é o de pequenas comunidades nas quais as pessoas se controlam informalmente e participam da resolução dos problemas (ANITUA, 2008, p. 701).

Nesse contexto, é importante considerar a “política criminal” como uma “política em relação a sistemas de justiça criminal”, que seria “multifocada”, tratando do desenvolvimento das instituições e dos sistemas de referência por elas adotados; de quais condutas seriam cuidadas pelo sistema e de como isso se daria; traçando diretrizes e recomendações sobre a “reorganização social em outras áreas da sociedade em relação a situações-problema que se tornaram o objeto de um debate de política criminal” (HULSMAN, 2003, p. 202-203).

Louk Hulsman acredita na prosperidade de tal modelo a partir de uma “conversão coletiva”, que o mesmo explica a partir de uma metáfora:

Podemos definir a nós mesmos como uma espécie de armário composto de múltiplas gavetinhas. Aí organizamos todos os dados que nos chegam: o que vemos, as mensagens que recebemos do exterior ou do interior; aí arquivamos também nosso saber. E temos a tendência de recusar as mensagens que não coincidem com esta organização pessoal. Se não temos mais gavetas, ou se aquilo que nos chega não vem no formato que se ajusta às gavetas existentes, nós o eliminamos. *Mas, se, ao invés de rejeitar o dado novo, aceitamos rever todas as classificações e reorganizar todas as gavetas, estaremos diante da conversão de que falo.* Na realidade, a conversão sempre implica num salto, porque não se sabe exatamente no que vai dar uma tal reorganização. *E um salto mortal, pois a conversão*

necessariamente se produz em dois níveis: o da compreensão da realidade e, paralelamente, o da prática que dela decorre (HULSMAN, CELIS, 1993, p. 47 e 48, grifo nosso).

Justamente por compreender que a conversão se dá nesses dois níveis, “o da compreensão da realidade” e o “da prática”, o abolicionista defende a dupla estratégia para responder a pergunta “como abolir?”: a “estratégia acadêmica” e como “movimento social”. São dois tipos de posturas abolicionistas: “de um lado, temos uma postura abolicionista que *nega a legitimidade* de atividades desenvolvidas na organização cultural e social da justiça criminal”, de outro lado, “temos uma postura abolicionista na qual não necessariamente a justiça criminal, mas *uma maneira de olhar para a justiça criminal é abolida*” (HULSMAN, 2003, p. 197)

3.3 O abolicionismo de Thomas Mathiesen

Thomas Mathiesen, sociólogo e filósofo marxista norueguês, vincula a existência do sistema penal à estrutura produtiva capitalista. Para ele é na história que se encontra a explicação do modo de formação do punitivo, funcional ao Estado e ao mercado e àqueles burocratas que prosperam em ambos os sistemas (ANITUA, 2008, p. 703-704).

Desde os anos 1960, para além de sua tarefa docente e investigativa, Mathiesen dedicou esforços à organização dos movimentos dos presos da Noruega, tendo fundado o KROM em 1968. Em 1974, escreveu *As políticas da abolição*, onde descreve as estratégias do movimento de desencarceramento escandinavo e assenta bases para uma estratégia em prol da abolição do punitivo (ANITUA, 2008, p. 702, BATISTA, 2011, p. 109-10).

Em *Juicio a la prisión*, obra originalmente escrita em 1987 e traduzida para o espanhol em 2003, o autor propôs receitas para sustar imediatamente o já espetacular aumento da população que vivia dentro das instituições penais. Após fazer balanço dos diferentes pensamentos criminológicos utilizados no final do século XX, sustenta a necessidade de opor resistência e, com paciência, ir construindo um espaço público alternativo e melhor, que, além da exclusão do punitivo abranja os princípios de inclusão política, econômica e social de toda a humanidade. Esse novo modelo seria um modelo participativo (ANITUA, 2008, p. 705-706).

Para Mathiesen, o sistema penal pode sempre piorar e por isso ele problematiza a necessidade de comprometer-se com a militância entre a reforma e a revolução, entre a luta pela extinção do sistema penal e sua melhora na atualidade, ainda que defenda não apenas a abolição do sistema penal, como também a abolição de todas as estruturas repressivas da sociedade (ZAFFARONI, 2011, p. 99).

Apresenta, assim, uma estratégia abolicionista “inacabada”, entendendo que a mudança total do sistema não é incompatível com melhoras, com reformas que reduzam a capacidade do sistema punitivo e carcerário, que reduzam suas características mais repressivas ou violadoras dos direitos humanos. Mudanças que possam ser implementadas uma vez afirmada a necessidade de eliminar a prisão, as quais não impedem o objetivo abolicionista de todo o punitivo ao longo prazo, que depende de mudar o pensamento a respeito do castigo e substituir o sistema carcerário por medidas mais modernas e adequadas. A curto prazo, portanto, advoga a derrubada de todos os muros que não sejam necessários: humanizar as distintas formas de detenção e aliviar o sofrimento que a sociedade inflige aos detentos.

Como explica Gabriel Anitua, para Thomas Mathiesen,

é fundamental que as forças progressistas lutem por estas reformas de redução da punitividade, mas que, igualmente, nunca admitam que estas reformas estejam “acabadas”, que a sua pretensão política se satisfaça com elas. A estratégia da abolição do punitivo é “inacabada”; nem sequer com a abolição das prisões esta busca de liberdade, igualdade e fraternidade estará terminada” (ANITUA, 2008, p. 703-704).

Esse esforço em conceituar o “inacabado” e a permanente insistência nesse tema por Mathiesen permitem-lhe traçar uma tática que não permanece neutralizada ou imobilizada por uma estratégia contrária de retrocessos parciais do poder, tal como entende ser o caso das descriminalizações e das penas alternativas da prisão. O autor explica que acaso sejam elaboradas alternativas para o sistema penal, as alterações estruturais podem ser transformadas em uma mudança marginal. Mathiesen está atento, portanto, ao fato de que os críticos do sistema penal correm o risco de cair em um imobilismo temeroso de que qualquer reforma seja cooptada pela legitimação do sistema que, em definitivo, eles pretendam abolir, ou de apoiar “alternativas” que não fazem senão ampliar e relegitimar o punitivo (ANITUA, 2008, p. 703).

No entanto, como explica Zaffaroni:

À opção, criada pelo poder, entre o de “dentro” e o de “fora”, Mathiesen opõe a alternativa do “inacabado” como uma trilha, um devenir sempre aberto.

Sua tática de práxis teórica implica sempre uma resposta ao funcionalismo; enquanto este descreve muito bem – e até mais detalhadamente – a forma de envolver o ‘de fora’ e colocá-lo ‘dentro’, fazendo disso o principal objetivo do sistema; Mathiesen elabora a estratégia inversa: o caminho aberto que impeça o poder de ‘fechar-se’ ‘fechando’ o de fora, tática esta que neutraliza a contratática da normalização mediante o ‘retrocesso tático’ do poder que faz com que todo retrocesso seja apenas isso e nada mais, como retrocesso do poder até a abolição do sistema penal (ZAFFARONI, 2011, p. 100).

Como se vê, a forma que Mathiesen encontrou para fazer uma “blindagem” e conferir uma efetividade a seu abolicionismo foi a criação e manutenção de algo “inacabado”, ou seja, algo que estará sempre em construção. É dessa forma que acredita poder evitar que sua teoria, que está “fora” do poder, seja englobada e posta para “dentro” através dos retrocessos.

Mathiesen mostra-se abertamente crítico a todas as construções teóricas que não se orientem ou que não permitam uma tradução mais ou menos imediata, no plano prático, de uma ação política “superadora de limites”, na forma de algo “sempre inacabado”. Ele entende que um movimento político, para se manter vital e em expansão, deve sempre estar em contradição e em competição com o sistema vigente. A alternativa proposta do “inacabado” deverá ser competitiva com o sistema existente, ou não será interessante a substituição de um pelo outro, o que irá retrair todo o movimento. É dessa forma que Mathiesen protege sua teoria de “contragolpes” do poder dominante, que, ao perceber críticas abolicionistas que estejam oferecendo qualquer risco às suas estruturas, dá um passo atrás para trazer a sensação de solução do problema, evitando, desse modo, um avanço na teoria abolicionista. A esse respeito, Zaffaroni explica que

Em sua *action research*, Mathiesen assinala que um movimento abolicionista deve reunir determinadas condições para manter sua vitalidade, tais como: sua permanente relação de oposição e sua relação de competição com o sistema. A oposição requer uma considerável diferença de pontos de vista sobre as bases teóricas do sistema, e a competição requer uma ação política prática fora do próprio sistema” (ZAFFARONI, 2011, p. 100).

É por essa razão que Mathiesen é considerado o “estrategista” do abolicionismo. Seu trabalho é considerado como o desenvolvimento de uma teoria de ação política.

Outra questão de extrema importância destacada na obra de Mathiesen refere-se a defesa que faz por uma comunicação alternativa àquela que atua hoje no intuito de desinformar e negar a realidade, sendo portanto, chave para acabar com os preconceitos e reduzir a violência e até mesmo eliminá-la. “Mathiesen se preocupava especialmente em insistir na informação e na destruição dos mitos relativos à prisão” (ANITUA, 2008, p. 704). Ele reconhece não ser suficiente uma mudança cultural no sistema penal e no senso de responsabilidade pessoal dos envolvidos profissionalmente nas instituições legais, uma vez

que o grande entrave para o abolicionismo é o fato do atual sistema penal ser elaborado por políticos, os quais são dependentes da opinião pública e dos meios de comunicação de massa. Segundo o próprio autor, “nós sabemos muito mais sobre as condições que sustentam os sistemas do que sobre aquelas que favorecem sua mudança radical” (MATHIESEN, 1997, p. 266). Mathiesen “estava convencido da necessidade e da plausibilidade de os cárceres serem abolidos e de que a sociedade podia ser organizada de forma tal que as prisões não tivessem mais razão de ser”, no entanto, essa meta seria alcançada “apelando à racionalidade comunicativa” (ANITUA, 2008, p. 704).

Se as pessoas realmente soubessem a falácia a respeito da suposta proteção que a prisão e as outras partes do sistema de controle criminal proporcionam; em verdade, como a prisão cria uma sociedade mais perigosa por produzir mais pessoas perigosas, o clima seria de desmantelamento das prisões. O autor acredita que

as pessoas, em contraste com as prisões, são racionais nesse assunto. Mas a informação fria e seca não é suficiente; a falha das prisões deveria se “sentida” em direção a um nível emocional mais profundo e, assim fazer parte de nossa definição cultural sobre a situação (MATHIESEN, 1997, p. 275-276).

As pessoas não sabem quão irracionais são nossas prisões. As pessoas são levadas a acreditar que as prisões funcionam. A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína (MATHIESEN, 1997, p. 277).

O autor entende que três “camadas” funcionam como escudos protetores para a prisão, mantendo a sua irracionalidade um segredo. A primeira camada, a mais central, consiste nos administradores, no sentido mais amplo da palavra, do sistema de controle. A segunda camada, ao redor da margem ou borda do sistema carcerário, compreende os intelectuais e os pesquisadores – cientistas sociais no sentido amplo da palavra. “Eles também estão silenciosos ou, no melhor dos casos, sussurrando seus protestos”. A terceira camada, a mais importante, existe ao longo da extremidade ou fronteira do sistema carcerário: “formada pelos meios de comunicação de massa enquanto uma esfera ou espaço público que consegue conter tudo na sociedade moderna ocidentalizada” (MATHIESEN, 1997, p. 277-280). Das três “camadas” que protegem a prisão e mantêm sua irracionalidade em segredo, a mais fundamental é a mídia (MATHIESEN, 1997, p. 283)

Para Mathiesen, a direção desse novo clima de desmantelamento das prisões, em virtude da evidente falha da solução repressiva, provavelmente implicaria numa ênfase

renovada no apoio real às vítimas, assim como nos recursos e serviços sociais aos transgressores (MATHIESEN, 1997, p. 275-276).

O autor reconhece que as vítimas não recebem absolutamente nada do sistema atual, mas que tal situação poderia ser diferente seja através de uma “compensação econômica (do Estado) quando isso for pertinente, um sistema de seguro simplificado, apoio simbólico em situações de luto e pesar, abrigos para onde levar as pessoas quando necessitarem de proteção, centros de apoio para mulheres espancadas, solução de conflitos quando isso for possível, e assim por diante” (MATHIESEN, 1997, p. 276). Outra proposta apresentada pelo autor, que embora reconheça ser uma mudança radical, seria racional do ponto de vista das vítimas e, provavelmente, também, útil para superar a resistência ao desmantelamento do sistema atual:

ao invés de aumentar a punição do transgressor de acordo com a gravidade da transgressão, o que é básico no sistema atual, eu proporia o aumento de apoio a vítima de acordo com a gravidade da transgressão. Em outras palavras, não uma escala de punições para os transgressores, mas uma escala de apoio as vítimas (MATHIESEN, 1997, p. 276).

Assim, o referido abolicionista sugere uma completa inversão no tratamento das vítimas, passando elas ao foco da situação de conflito, ao invés de serem simplesmente abandonadas e, portanto, duplamente violentadas, como ocorre nos dias atuais.

No que diz respeito aos transgressores, ele ressalta a necessidade de que lhes sejam oferecidos recursos, trazidos por medidas não punitivas como “moradias decentes, programas de trabalho, de educação e tratamento, mas não baseados na força e – mais importante – uma mudança em nossa política sobre drogas” (MATHIESEN, 1997, p. 276).

Cumprе destacar essa especial atenção dada pelo autor à política de drogas. É especial a lucidez com que defende sua legalização, entendendo a atual política de drogas como um mecanismo de encarceramento seletivo:

Legalizando as drogas e tornando-as, assim como a metadona, disponíveis sob condições sanitárias e supervisionadas, neutralizaria o mercado ilegal e reduziria drasticamente a quantidade de crimes relacionados às drogas. Por si mesma, percorreria um longo caminho em direção ao esvaziamento de nossas prisões. Uma mudança em nossa política sobre drogas também atingiria o centro do crime organizado da droga, que é dependente das forças do mercado. Em outras palavras, efetivamente ameaçaria e liquidaria o poder dos figurões que hoje em dia não terminam na prisão, porque ela está sistematicamente reservada para os pobres (MATHIESEN, 1997, p. 276-277).

Mas, como dito, e ao encontro de sua proposta “inacabada” e protegendo-se dos “contragolpes” do poder dominante, Mathiesen reconhece que talvez deva-se admitir que a possibilidade de se encarcerar alguns indivíduos permaneça. No entanto, a forma de se tratar

os encarcerados deveria ser completamente diferente do que acontece hoje em nossas prisões. “Uma forma disto ser assegurado, contra o aumento de seu número devido a uma mudança de critérios, seria estabelecer *um limite absoluto* para o número de celas fechadas para tais pessoas a ser aceito em nossa sociedade” (MATHIESEN, 1997, p. 277). Proposta esta que representaria, estratégia útil em nossa luta atual contra a prisão em um momento marcado pela aceleração dramática de seu uso.

Para Mathiesen, muito de nossa luta para alcançar, escancarar, revelar e então eliminar o calcanhar de Aquiles do sistema carcerário – sua irracionalidade fundamental e total, precisa ser direcionada à televisão e aos meios de comunicação de massa. A questão, para o autor, é contribuir para a criação de um espaço público alternativo na política penal, onde a argumentação e o pensamento honesto e escrupuloso, ao invés da diversão, representem os valores dominantes (MATHIESEN, 1997, p. 283).

Nesse sentido, Ele propõe o desenvolvimento de um espaço público alternativo na área da política penal contendo três componentes. O primeiro, seria a liberação do que chamaria de poder absorvente dos meios de comunicação de massa; o segundo seria a restauração da autoestima e o sentimento de confiança por parte dos movimentos organizados de baixo para cima; o terceiro seria a restauração do sentimento de responsabilidade por parte dos intelectuais no sentido mais amplo da palavra (MATHIESEN, 1997, p. 284-285).

Em resumo, Mathiesen propõe uma “*rede de opinião e informação* atravessando os limites formais e informais entre segmentos dos sistemas políticos e administrativos relevantes”. A questão é precisamente tentar criar um espaço público alternativo onde a argumentação e o pensar escrupuloso sejam valores dominantes; um espaço público com uma cultura diferente que no final possa competir com o espaço público superficial dos meios de comunicação de massa (MATHIESEN, 1997, p. 285-286).

3.4 O abolicionismo de Nils Christie

Segundo Gabriel Anitua (2008, p. 706), a trajetória intelectual de Nils Christie remonta a década de 1950 na reflexão que fez sobre o genocídio nazista. Posteriormente teria dedicado sua crítica à ideologia do tratamento presente no sistema carcerário do Estado de bem-estar, entendendo que esse permitia que o castigo fosse mais longo e indeterminado.

Influenciado pelas teorias dos anos 1960, defendeu que a criminologia serviria como instrumento para ver a “interação” entre delito e sociedade, na qual o Estado intervém, dedicando-se à investigação de como a sociedade reage e cria um número maior de pessoas submetidas ao controle penal ou não (ANITUA, 2008, p. 706).

Em *Conflitos como pertencimento*, de 1977, o autor trata de uma forma de pensar o controle social no marco de um pensamento comunitarista, onde “denunciava os problemas inegáveis de um sistema penal que é conformado por um aparelho estatal burocrático e centralizado que, também, por carecer de transparência, expropria o conflito das partes e ao mesmo tempo da comunidade, gerindo-o em seu próprio benefício” (ANITUA, 2008, p. 706-707).

Em 1981, lançou *Os limites da dor*, em que se contrapõe à categoria natural de delito. Nils Christie afirma que a imposição de um castigo ainda que se enquadre dentro de um Estado de direito e se cerque de todas as garantias legais, não faz senão causar deliberadamente dor. Segundo Gabriel Anitua, Christie defende que

o recurso à inexistente categoria “natural” de “delito” só ocorre quando os indivíduos não se conhecem. Entre conhecidos sempre se busca uma outra maneira de evitar violências ou de solucionar os problemas que podem ser produzidos. Com essa perspectiva, Christie propunha buscar, com imaginação, alternativas ao castigo, mais do que castigos alternativos ou justificativas alternativas para o castigo (ANITUA, 2008, p.708).

Em nosso país, *A indústria do controle do crime*, de 1983, é, também, uma obra bastante conhecida do autor. Em *Uma quantidade razoável de crime*, de 2004, Christie pontua a necessidade de um maior protagonismo para a vítima, ao mesmo tempo que tece uma aguda crítica ao papel da utilização da vítima como dispositivo de expansão do poder punitivo, já que o abolicionismo propõe papel não vitimizável nos conflitos intra-humanos (BATISTA, 2011, p. 110).

Nils Christie em sua obra problematiza a validade universal das regras, isto é, o fato de casos semelhantes serem tratados igualmente pelo sistema de justiça criminal, apesar de nunca o serem. Ele discute o procedimento em que se elimina “a maioria dos fatores que cercam qualquer ação para sermos capazes de criar casos que possam ser considerados similares ou iguais. Este processo é chamado de eliminação do que é irrelevante”. No entanto, pondera o autor: “o que é irrelevante é uma questão de valores. Para criar igualdade é necessário criar regras para a irrelevância” (CHRISTIE, 1997, p. 244-245).

Ele reconhece, portanto, que a ficção da igualdade e seu controle através da relevância é essencial como um dispositivo protetor se a pena for aplicada, mas isto ao mesmo tempo

torna a lei penal um instrumento canhestro. Canhestro por causa de toda informação perdida. Afinal,

[...] primeiro existem ações, o sentido dado a elas depende dos quadros sociais em que elas são vistas. *Ações não existem, elas tornam-se!* Elas adquirem significados através dos processos sociais. O crime não existe. Ele é criado através de processos sociais que dão sentido aos atos. [...] o crime não existe até que a ação tenha passado por todos os processos atribuidores de sentidos, e no ceme, o caso termine sendo uma ocorrência confirmada pelos juízes da lei penal como o tipo particular de ato indesejável chamado crime (CHRISTIE, 1997, p. 247).

Com esses dizeres, Nils Christie chama atenção para o fato de que o significado dos atos vistos como deploráveis está sob constante pressão e mudança, e ser crime é apenas uma entre as inumeráveis maneiras de se classificar atos deploráveis (CHRISTIE, 1997, p. 249). Em seu trabalho, ele aprofunda essa digressão. Para Christie, a categoria “delito” não existe, existem apenas os atos, os quais recebem diferentes significados dentro dos diversos contextos sociais. Nosso desafio é seguir o caminho dos atos pelo universo de significados, e, em particular, investigar quais são as condições sociais que estimulam ou evitam que a certos atos seja atribuído o sentido criminoso. “O crime é muito e nada. Crime é um conceito livre para manobras. O desafio é entender seu uso nos vários sistemas e, por intermédio desse entendimento, ser capaz de avaliar seu uso e quem usa” (CHRISTIE, 2011, p. 16). Nesse sentido, o delito não existe enquanto entidade estável, sendo seu conceito facilmente adaptável a qualquer propósito de controle. Nas palavras do autor:

É como uma esponja. O termo pode absorver um amplo espectro de atos – e pessoas – quando circunstâncias externas sugerem. No entanto, também pode ser utilizado para reduzir seu conteúdo, quando adequado para os que controlam a esponja. Essa compreensão abre o campo para novas questões. Permite uma discussão sobre quando o bastante é o bastante. Pavimenta o caminho para uma discussão sobre o que é uma razoável quantidade de crime. (CHRISTIE, 2011, p. 16)

Em “*Conflitos como pertencimento*”³⁶, obra originalmente publicada em 1977, o autor destacou que “os conflitos são arrancados das pessoas diretamente envolvidas, de modo tal que, ou desapareceram, ou se transformaram em propriedade de outra pessoa” (CHRISTIE, 1992, p. 159 – tradução nossa).

Para ele há uma manipulação profissional dos conflitos, convertidos, por exemplo, em propriedade dos advogados, os quais são treinados para estar de acordo sobre o que é relevante para o caso. Em outras palavras, o treinamento da incapacidade de permitir às partes

³⁶ Conferência feita em 31 de março de 1976, no evento de inauguração do Centro de Estudos Criminológicos da Universidade de Sheffield. Originalmente publicado com o título *Conflicts as property* na *The British Journal of Criminology*, em janeiro de 1977

decidir o que elas creem que seja relevante. “Significa que é difícil colocar em cena, no tribunal, o que poderíamos chamar um debate político.” E continua: “talvez a faculdade de decidir sobre a importância e o peso do que se considera relevante deveria ser vedada para os estudiosos da lei, para os grandes ideólogos do controle penal, e recuperada para que se chegasse a decisões livres nas salas dos tribunais” (CHRISTIE, 1992, p. 170-171 – tradução nossa).

Na mesma lógica, Christie defende que o modelo básico adotado por profissionais dos saberes que atuam no sistema de justiça criminal deveria ser diverso da busca por transformar a imagem conflitiva do caso em não conflitiva. Não se deve trabalhar o conflito entre as partes, mas são as pessoas que têm de ser ajudadas na prevenção ou recuperação de sua saúde. Eles não são treinados para um sistema onde as partes têm autonomia para resolverem seus conflitos (CHRISTIE, 1992, p. 164).

Frente a esse diagnóstico, Nils Christie defende um “elevado grau de orientação leiga” que o tribunal deve seguir, eis que “a especialização em resolução de conflitos é o grande inimigo, especialização que conduz com o tempo à profissionalização” (CHRISTIE, 1992, p. 176). Para ele, a redução da especialização e dependência em relação aos profissionais dentro do sistema de controle penal permitiria um “tribunal de iguais representando-se a si mesmos”, onde uma vez encontrada uma solução entre eles, nenhum juiz seria necessário. Ainda quando a solução não fosse possível, dever-se-ia recorrer a um “juiz” destacado “dentre os iguais” (CHRISTIE, 1992, p. 176).

Nesse modelo sugerido, advogados poderiam ser aceitos na primeira etapa, quando se decide acerca da culpabilidade da pessoa; especialistas em comportamento, apenas caso tenham base de formação externa a do sistema de controle penal. Mas, em ambos os casos, apenas se imprescindíveis em certos casos ou em certas etapas e que atuassem apenas enquanto “pessoas recursos”, intervindo apenas quando chamados, podendo ajudar a pôr em cena os conflitos, mas jamais se apoderando deles (CHRISTIE, 1992, p. 177-178). Afinal, entender “conflitos como pertencimento” reclama a compreensão de que esse pertencimento é comunitário e não individual, mas de grupo social, e que com ele se pretenda revitalizar as relações locais (CHRISTIE, 1992, p. 178).

Ainda segundo Nils Christie, a lei penal se torna cada vez mais uma serva do Estado, através de elementos da modernidade, como a eficiência, o controle de qualidade e demandas de utilidade, em contexto no qual o modelo de justiça implementada busca reduzir os desacordos em harmonia com a demanda por eficiência.

No entanto, pondera, em tal modelo as complexidades dos conflitos são eliminadas para se criar uma situação onde o que é chamado crime pode ser facilmente pesado em relação à pena que se segue. Assim, dicotomias, equipamentos naturais do direito penal, são largamente utilizadas, pois nos conduzem a um quadro simplista do homem e de seus atos, os quais são entendidos enquanto bom ou mau, crime ou não crime, culpado ou inocente, a depender da conveniência. Por tal modelo, dentro da lei penal, atingimos a modalidade oposta para a solução de conflitos entre iguais, mas atingimos uma situação com extremas desigualdades entre as partes, onde representantes de uma parte conseguem controlar a outra (CHRISTIE, 1997, p. 251).

Nesse sentido, Nils Christie advoga a efetiva participação das partes na resolução do conflito, as quais entende enquanto perdedoras de seu conflito para o Estado e para a burocracia do sistema de justiça. Afinal, “efetivamente, perde o condenado – a quem não será permitido participar do debate e será imposta a condenação, “negando” o conflito, violências sem sentido – e perde a vítima – que não terá explicações nem expressões de solidariedade em relação à sua perda – por não poderem participar, de algum modo, da definição de seu problema (ANITUA, 2008, p. 707).

Nessa linha de argumentação do autor, “conflitos como pertencimento” ganham uma projeção ainda mais ampla: “conflitos em si mesmo”, e não da compensação material, nem dos bens originalmente subtraídos da vítima ou a elas restituídos. O bem mais significativo que fora subtraído para Christie é o conflito: “em nossas sociedades, os conflitos são mais escassos que a propriedade e imensamente mais valiosos” (CHRISTIE, 1992, p. 169 – tradução nossa). Em nossa sociedade eles representariam um potencial para a atividade, para a participação, no entanto, o sistema de controle punitivo atual representa, para o autor, uma das tantas oportunidades perdidas de envolver cidadãos em tarefas que têm uma importância imediata para eles. E, no caso, a vítima é a grande perdedora, não somente ofendida, tendo sofrido ou sido espoliada materialmente e o Estado tomado sua compensação, mas, também, perde a participação no seu próprio caso. Acima de tudo, para Nils Christie, trata-se da perda de uma possibilidade pedagógica (CHRISTIE, 1992, p. 169-170).

Nessa linha de argumentação, Nils Christie explora especialmente o que entende por uma perda adicional para a vítima, e conseqüentemente para sociedade em geral, relacionada ao nível de ansiedade e confusão a que são submetidas no sistema de justiça.

Para ele, a vítima se encontra tão fora do caso que jamais terá a oportunidade de conhecer o acusado. Além de enfurecida, quem sabe humilhada por um interrogatório cruzado no tribunal (*cross-examination*), permanece sem contato com o acusado. Frente a essa

situação, comumente recorre-se aos estereótipos clássicos “do criminal” para que a mesma tenha uma mínima compreensão de todo o problema; estereótipos esses que igualmente serão direcionados a sua pessoa, que em verdade, passa a ser tratada como uma não-pessoa, assim como o acusado. (CHRISTIE, 1992, p. 171).

Em contraposição a essa objetificação das partes, Nils Christie aposta na participação direta da vítima, ainda que reconheça que para o acusado isso possa resultar em uma experiência muito dolorosa. Considerando que “os seres humanos têm razões para seus atos”, a apresentação das razões e interpretações dos fatos, tal qual vistos pelas partes, não somente a seleção daquelas que os advogados tenham decidido catalogar enquanto relevantes, pode não ser tão humilhante se a situação for conformada de maneira que a questão central não seja atribuir culpa, mas sim aprofundar uma discussão sobre o que se poderia fazer para lidar com o fato ocorrido (CHRISTIE, 1992, p. 172). O autor defende ser essa a perspectiva ao introduzir a vítima no caso: prestar-se-ia grande atenção às perdas das vítimas, o que conduziria a uma natural consideração de como essas podem ser atenuadas, levando à discussão sobre as maneiras de reparação ao ofendido (CHRISTIE, 1992, p. 172).

Mas igualmente, o ofensor obteria ganhos com essa proposta, pois teria a oportunidade de modificar sua posição, de ser um ouvinte na discussão a respeito de quanta dor deve receber, passando a ser um participante na discussão sobre como reparar a vítima. Segundo Nils Christie, em nosso atual sistema, o acusado perde a oportunidade de explicar-se frente a alguém cujo juízo pode ser importante, bem como a possibilidade de ser perdoado, situação essa que não se compara às humilhações suportadas em um tribunal comum (CHRISTIE, 1992, p. 172).

Por todas essas análises é que Nils Christie defende um modelo de corte local. Uma organização orientada para a vítima. Ainda que mantida sua etapa inicial como o modelo tradicional – onde se deve estabelecer se é verdade a infração a normas legais e se foi aquele sujeito o autor do fato –, em uma segunda fase, a situação em si deve ser considerada, mas em uma perspectiva em que as partes sejam protagonistas. Cada detalhe do que se sucedeu, independente de relevância jurídica, deve ser considerado pelo tribunal. Incluído aqui o que se pode fazer pela vítima, pela vizinhança e pelo Estado. Nessa etapa, estaria em discussão a reparação do dano bem como seriam esgotados todos os recursos para oferecer ajuda à vítima. Somente após tal fase, que levaria o tempo que necessitasse, uma eventual decisão sobre castigo seria posta em discussão. A pena, por esse modelo, se converteria em um sofrimento que o juiz considerou necessário aplicar, somado àqueles sofrimentos não intencionados e construídos pelos quais deveriam passar o agressor em suas relações cara a cara com a vítima,

sempre em uma lógica tendente à reparação. Por fim, uma quarta etapa, voltada ao agressor, deveria ser considerada. Trata-se de averiguar a necessidade de ação social, educacional, médica e religiosa que ficasse evidenciada. Assim os tribunais representariam, portanto, uma fusão de tribunais cíveis e penais, mas com forte ênfase em elementos cíveis (CHRISTIE, 1992, p. 174-175).

Dessa maneira, para Christie os conflitos podem ser usados para resultar úteis por quem originalmente se viu envolvido com eles. Os conflitos são importantes em si mesmos, e o que é importante é saber conviver com eles e não negá-los, participar deles.

Sobre esse tema, Gabriel Anitua sintetiza parte das ideias elaboradas por Nils Christie:

Com efeito, a participação – na solução, na saída ou na manutenção do conflito – é mais importante que as próprias soluções, e sobretudo quando as “soluções” não são outra coisa senão a simples imposição de outro conflito que busca um aparente consenso com a demonstração de quem é o mais forte ou poderoso. Numa sociedade libertária, democrática e solidária, seria necessário que os conflitos fossem discutidos por todos de um ponto de vista político. Nesse sentido, ele recomendava, mais uma vez, uma necessária “reaproximação dos conflitos” (ANITUA, 2008, p. 709).

A partir de tal pensamento, Nils Christie trabalhará uma crítica histórica à conformação do poder penal e apostará em formas alternativas de controle social que passem pela recuperação do conflito (ANITUA, 2008, p. 707). “Christie destaca expressamente a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontalidade e os consequentes perigos e danos da verticalização corporativa” (ZAFFARONI, 2011, p. 101). Assim a mediação passa a ser vista pelo autor como uma tentativa de se contrapor às referidas tendências, um “instrumento para desafogar o sistema de controle do crime e, também, como estímulo a vizinhanças locais” (CHRISTIE, 1997, p. 252), ainda que reconheça existirem algumas “nuvens escuras”, eis que “o sistema penal pode outra vez ganhar o controle” e a “mediação pode tornar-se uma forma de punir rapidamente, sem formalidades”, como ocorrera no começo deste século com a ideologia do tratamento, em que severas sanções eram impostas sob a alegação de tratamento ou educação (CHRISTIE, 1997, p. 253).

Além dessa ressalva, importante destacar que, em sua obra *Uma quantidade razoável de crime*, de 2004, Christie é claro ao não defender a abolição total da lei penal e do castigo formal. “O mais radical dos abolicionistas quer eliminar a lei penal e, de resto, toda a punição formal. No entanto, levada ao extremo, essa posição leva a graves problemas”, por haverem “aqueles que não desejam participar do processo de reconciliação ou buscar qualquer tipo de acordo” (CHRISTIE, 2011, p. 124). Segundo o autor, haverá autores de delitos que não

desejam chegar a uma composição do conflito e preferirão buscar por um processo realizado por um tribunal impessoal, bem como há vítimas que, da mesma forma, não desejam a conciliação, pois querem ver o ofensor punido. “No Estado moderno, não se cogita de um mecanismo puramente civil de resolução de conflitos sem que uma alternativa penal esteja disponível” (CHRISTIE, 2011, p. 124).

Prosseguindo seu argumento, o autor questiona sobre a efetividade dos processos de reconciliação, que poderiam degenerar-se com a abolição total dos castigos, reconhecendo que os tribunais penais podem ter funções protetoras importantes. Nas palavras de Nils Christie:

o entusiasmo pela mediação não pode perder de mira que os rituais e institutos penais cumprem importantes funções de proteção. Quando as tensões estão elevadas, ou exista até mesmo ameaça de irromper na violência, a solenidade e os comumente enfadonhos rituais do aparto penal geram efeito calmante. Os procedimentos judiciais podem tornar certos conflitos suportáveis, assim com as liturgias religiosas – ou os “rituais humanos éticos”, em rápido desenvolvimento na atualidade – amenizam o sofrimento no funeral de um ente querido (CHRISTIE, 2011, p. 125).

O autor ainda pondera a dificuldade ao se deparar com casos em que não há uma vítima, como uma pessoa que ofende uma coletividade religiosa, por exemplo. Ou ainda, aqueles casos em que a adoção de medidas civis pode não ser suficiente, como o motorista que, mesmo tendo sua permissão para dirigir cassada, insiste em dirigir com a velocidade que bem entende. Nesse caso, apesar de defender o direito penal como última instância, entende que algumas simples regras precisariam de apoio (CHRISTIE, 2011, p. 126).

No entanto, não deixa de reconhecer que, em alguns casos, a alegação da sociedade seria de que “independentemente de a pena possuir ou não utilidade, certos atos são tão terríveis que seu(s) autor(es) deve(m) receber a vingança da sociedade” (CHRISTIE, 2011, p. 127).

Christie questiona, ainda, sobre a possibilidade da justiça restaurativa para casos em que o valor da vida humana for vilipendiado. Há espaço para a mediação, na qual os parentes das vítimas dissessem “nós os perdoamos”? O próprio autor responde a questão:

Não tenho dúvida de que essa solução possui raízes profundas em nossa moralidade. Mas, ao mesmo tempo, tenho certeza de que é completamente irrazoável (sic) esperar que isso aconteça, que espontaneamente os familiares de alguém assassinado tomem parte em um processo de negociação que poderia levar a um resultado como esse. É perfeitamente compreensível e moralmente acima de qualquer reprovação que os parentes da vítima optem pela punição do ofensor. Mas se a mediação fosse aplicada, poderíamos conceber a situação na qual o caso se encerrasse nela, com o perdão? Por que é tão óbvio que o caso pertença às agências policiais e persecutórias? (CHRISTIE, 2011, p. 129)

Apesar de reconhecer como distante a possibilidade de perdão e entender como compreensível e moralmente acima de qualquer reprovação a opção pela punição do ofensor, Christie pondera sobre a ocorrência de reações extremadas em que o pleito seja por uma pena que se equipare ao dano. “Se desejamos preservar a humanidade, a pena não pode ser pura retribuição” e nossa ética “deve possuir uma perspectiva mais ampla”, representando a totalidade de nossos valores. (CHRISTIE, 2011, p. 130).

Mas ressalva:

As vítimas e associações de vítimas se mostram constantemente ofendidas quando seu sofrimento não é refletido na forma de punição talional. Esse sentimento se expressa em críticas a justiça, avidamente publicadas pela imprensa, que as transmite aos políticos. Como lidar com essa situação? Não há outra forma senão a convencional: contra-argumentar, trocar ideias, tentar esclarecer. A escolha da política criminal é uma questão cultural (CHRISTIE, 2011, p. 130).

Assim, embora hoje Christie deixe claro que o abolicionismo em sua forma pura não é uma posição alcançável, não defendendo a abolição total do sistema penal (CHRISTIE, 2011, p. 130), entende que se pode avançar muito nessa direção. Na coerência de seus argumentos, portanto, se reconhece um minimalista. “O que mais me toca pode ser chamado de minimalismo. Ele está próximo do abolicionismo, mas aceita que, em certos casos, a pena é inevitável. Tanto abolicionistas quanto minimalistas têm como ponto de partida atos indesejáveis, e não crimes” (CHRISTIE, 2011, p. 131).

Para Christie, o minimalismo proporciona alternativas ao eleger o ponto de partida na sequência completa de eventos que levam a ação indesejada; a pena se torna uma entre muitas opções. Fazer com que a análise parta de conflitos e não de crimes, viabiliza uma perspectiva libertadora. “Significa não ser capturado pela “necessidade penal”, e, sim, estar livre para escolher” (CHRISTIE, 2011, p. 131).

3.5 O abolicionismo libertário de Edson Passetti

Em introdução ao *Curso Livre de abolicionismo penal*,³⁷ Edson Passetti conceitua o abolicionismo penal enquanto “uma prática anti-hierárquica”, “uma prática de liberdade que

³⁷ PASSETI, Edson (org.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. Livro resultante de um curso ministrado em 2003 pelo Nu-Sol (Núcleo de Sociabilidade Libertária do Programa de Estudos Pós Graduação em Ciências Sociais da PUC-SP), em que um pequeno grupo de professores brasileiros, composto por

soma experimentos”, que não se limitará a falar do sistema de justiça penal e desestabilizará o saber acadêmico.

Enquanto prática libertária, o abolicionismo está interessado “na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão”. Problematiza e contesta a lógica e a seletividade sócio-política do sistema penal moderno, os efeitos da naturalização do castigo, a universalidade do direito penal e a ineficácia das prisões (PASSETTI, 2006:83).

Segundo Passeti, o abolicionismo

aproxima-se da corrente descriminalizadora visando a contenção da criminalização de novos comportamentos e alia-se à difusão das medidas de redução de danos. Está próxima da criminologia crítica caracterizando os efeitos das penas alternativas e a emergência neoliberal do Estado Penal. É parceiro das humanidades abordando os costumes desestabilizadores das sociedades. Quase sempre recorre a situações-problema em que pessoas estão envolvidas com sexo, drogas e jovens infratores, para delas extrair outras práticas distintas da *normalização* do sexo, das políticas de ação afirmativa,

Outrossim, seu objeto é ainda mais amplo. Para o professor, a pena, ou o castigo, não está só no sistema penal; ela é um dispositivo que produz “assujeitamentos” e verticalizações na pedagogia, na psicologia, na família (BATISTA, 2011, p. 108). É educando com base na interiorização do medo e na aplicação de castigo que a sociedade obstaculiza singularidades, uniformiza a vida livre, domina as impulsividades criativas, enclausura-nos enquanto responsáveis cidadãos adultos conformistas. “O jovem e a criança não são ideias, mas pessoas exercitando repressões ou delas se libertando, reproduzindo castigos em nome da superioridade ou os abolindo para inventar outras maneiras horizontais de experimentar a liberdade” (PASSETTI, 2004b, p. 14). Diante disso, o abolicionismo trata da demolição de costumes autoritários difundidos na cultura ocidental, da abolição do castigo dentro de si, inventando uma linguagem, um estilo de vida, não se apartando das utopias e atuando no presente de maneira heterotópica, “não deixa para o futuro o que preciso fazer agora” (PASSETTI, 2004a, p. 11-12)

O abolicionismo está na contramão, na pretensão de conduzir “cada um ao conhece-te a ti mesmo” e “às mentiras necessárias” que permitiram a condição de “assujeitamento”. Está disposto a “retorcer a retilínea predisposição da boa sociedade e assustar os mentirosos necessários”, desestabilizando e revirando “modelos, cópias, seguranças racionais, universais e uniformidades”. Está disposto a explicitar singularidades, invenções e existências desvencilhadas do medo e do castigo (PASSETTI, 2004b, p. 15).

Nas palavras de Edson Passetti:

O abolicionismo penal é mais do que abolição do direito penal ou da prisão moderna. Ele problematiza a sociabilidade autoritária que funda e atravessa o Ocidente como pedagogia do castigo em que, sob diversas conformações históricas, atribui-se a um superior o mando sobre o outro. Abala o domínio no qual a criança e o jovem encontraram-se confinados à condição de assujeitamento imposto pela obediência às hierárquicas regras da educação na infância e na adolescência e ao modelo do adulto legitimador de mentiras necessárias (PASSETI, 2004b, p. 16).

É assim que o “abolicionismo penal libertário” inventado pelo Nu-Sol³⁸ e defendido pelo professor Passetti propõe uma noção analítica móvel, cuja elaboração provém da “problematização da ultrapassagem dos modelos propostos pelo abolicionismo penal às situações-problema”³⁹.

O uso da noção de “situação-problema” dialoga com a atenção dada pelo abolicionismo penal à linguagem, como expressões culturais indissociáveis de seus desdobramentos histórico-políticos. Trata-se de lidar com acontecimentos infracionais rotineiros abordando o que eles têm de inédito, surpreendente, próprio para cada pessoa envolvida. Com essa noção, estar-se-á, também, recusando a natureza ontológica de crime. É uma maneira abolicionista de enfrentar circunstâncias trágicas, inesperadas e indesejáveis na vida de uma pessoa ou grupo social sem criminalizá-las, considerando-as acontecimentos equacionáveis por meio de “respostas-percurso”⁴⁰.

A noção de resposta-percurso é inacabada, uma noção analítica móvel proposta pelo Nu-Sol. Trata-se de encontrar as respostas mais adequadas para situações problema que envolvem infrator e vítima, desvencilhando-nos da universalidade da lei, propiciando a horizontalidade na tomada de decisões, valorizando o percurso a ser seguido em direção a descoberta da resposta para aquela situação. “É um meio possível para o encontro de outras respostas pelas mesmas pessoas, sem a pretensão da universalização como comporta o conceito de modelo”. Tal perspectiva se insere na perspectiva de um “abolicionismo libertário” que, para além de negar espaços de confinamentos prisionais ou manicomiais, busca a ruptura com práticas encarceradoras que perpetuam o tribunal dentro e fora de quaisquer tipos de grades, bem como defende apenas a relação horizontalizada entre os envolvidos num acontecimento específico.

³⁸ Para mais informações sobre o Nu-Sol – Núcleo de Sociabilidade Libertária, ver: <http://www.nu-sol.org>

³⁹ Embora exista uma aproximação teórica e conceitual com a obra de Hulsman, o termo “situação problema” está sendo aqui trabalho de acordo com o *abolicionismo libertário* proposto pelo Nu-sol. Para mais informações, consultar a lista de verbetes disponibilizada em seu sítio eletrônico: NU-SOL. Situações-problema. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verbetes/index.php?id=19>>. Acesso em: 03 de fev. 2015.

⁴⁰ NU-SOL. Situações-problema. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verbetes/index.php?id=19>>. Acesso em: 03 de fev. 2015.

Em síntese:

Distante da espera pelo fim das prisões e das modulações de encarceramentos a resposta-percurso problematiza as reacomodações das celas socialmente aceitas até mesmo no interior do próprio abolicionismo penal e explicita a impossível conciliação com a transfiguração do tribunal como forma de perpetuação de assujeitamentos, presentes nas correntes do Direito conhecidas como garantismo, justiça restaurativa e criminologia crítica. A resposta-percurso é uma perspectiva interessada na diferença de efeitos mínimos da afirmação da vida livre.⁴¹

O abolicionismo penal ganha vigor na década de 1970, associado aos movimentos antiprisionais. Contexto, segundo Passetti, em que jovens dos mais diversos lugares do planeta se opuseram radicalmente aos regimes de autoridade centralizada. Momento em que se parecia acreditar “na continuidade das prisões na proliferação dos direitos e no desgastante embate decorrente da guerra fria estabelecida entre Estados imperialistas confrontando o universal revolucionário de inspiração francesas e socialista com o universal democrático glorificador do Estado norte-americano” (PASSETI, 2004b, p. 16-17).

Contudo, ele vem não como alternativa, ou apenas como utopia para a sociedade igualitária livre de prisões e manicômios, mas também como potencialidade na atualidade, eis que com ele nasce um “redimensionamento libertário da sociabilidade que produziu práticas de subjetivações singulares problematizando o sistema penal” (PASSETI, 2004b, p. 17).

Conforme explica Edson Passetti, o abolicionismo é composto por forças heterogêneas que enfrentam desde os conservadores até os reformistas críticos, os quais não abrem mão do direito penal e da continuidade da prisão. Ele incorpora desde radicalizações libertárias que apontam para a possibilidade de abolição do sistema penal, mas, também, tangenciamentos com o marxismo. Representa práticas contestadoras que se voltam à libertação ou à liberação, as primeiras voltadas para uma revolução futura, as outras buscando liberações e libertações imediatas⁴². Isto é, tanto forças libertadoras voltadas para a utopia da sociedade igualitária, quanto forças liberadoras que apostam em um abolicionismo penal heterotópico. É o abolicionismo penal, em suma, um pensamento que opera no campo da “polivalência tática dos discursos”, os quais “não se excluem, mas compõem estratégias” (PASSETI, 2004b, p. 28).

⁴¹ NU-SOL. Resposta-percurso. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verbetes/index.php?id=18>>. Acesso em: 03 de fev. de 2015.

⁴² NU-SOL. Liberação/libertação. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verbetes/index.php?id=50>>. Acesso em :02 de jan. de 2015.

Para Passetti, os abolicionistas são heterotopistas. Aqui o autor se refere a Michel Foucault⁴³ para desenvolver seu argumento.

Para Foucault, as utopias são os posicionamentos sem lugar real, espaços essencialmente irreais “que mantêm com o espaço real da sociedade uma relação geral de analogia direta ou inversa. É a própria sociedade aperfeiçoada ou é o inverso da sociedade” (FOUCAULT, 2009, p. 415).

Existem, também, segundo Foucault,

provavelmente em qualquer cultura, em qualquer civilização, lugares reais, lugares efetivos, lugares que são delineados na própria instituição da sociedade, e que são espécies de contrapositionamentos, espécies de utopias efetivamente realizadas nas quais os posicionamentos reais, todos os outros posicionamentos reais que se podem encontrar no interior da cultura estão ao mesmo tempo representados, contestados e invertidos, espécies de lugares que estão fora de todos os lugares, embora eles sejam efetivamente localizáveis (2009, p. 415).

Assim, em oposição às utopias, Foucault irá chamar esses lugares, caracterizações de espaços reais que realizam uma utopia, de heterotopias. São lugares e espaços que funcionam em condições não hegemônicas, que têm múltiplas camadas de significação ou de relações à outros lugares e cuja complexidade não pode ser vista imediatamente, “uma espécie de contestação simultaneamente mítica e real do espaço em que vivemos” (FOUCAULT, 2009, p. 415-416). “É o avesso da utopia ocidental que pretende a universalidade, um posicionamento sem lugar real. As heterotopias são contrapositionamentos, lugar real de realização de uma utopia” (PASSETTI, 2003, p. 46).

Segundo Passetti (2003, p. 47), “da perspectiva anarquista, o estudo de heterotopias mostra as utopias no presente como sendo o atual dessacralizado que pode ocorrer num local ou num percurso”. Essa dessacralização do espaço, na sociedade de controle em que vivemos ocorre de maneira veloz, segundo os fluxos. Em suas palavras:

Os anarquismos foram inventores de heterotopias intensas, o lado de fora da sociedade disciplinar e inspiradores nas revoltas de 1968. Dali se anunciou um deslocamento dos posicionamentos para os percursos. O que estava esboçado na sociedade disciplinar por artistas e socialistas libertários ganhará agora outra dimensão, a da intensidade diante da velocidade (PASSETTI, 2003, p. 49).

Assim, os anarquismos, e aqui está localizada sua proposta abolicionista libertária, vivem na sociedade de controle não mais pelos lugares em que criavam heterotopias, mas por

⁴³ Michel Foucault. Outros Espaços. Em: *Estética: literatura e pintura, música e cinema. Ditos e Escritos*. vol. 3. Manoel B. da Motta (org.), 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2009.

percursos em que inventam experimentos, não no futuro, mas no presente, revirando utopias de lugares irreais (PASSETTI, 2003, p. 50-54).

O autor explica que o abolicionismo de Hulsman, entendido por ele como um abolicionismo de percurso, incorpora reflexões de Michael Foucault, compreendendo que “o intelectual” não é mais um agente de consciência superior, mas um parceiro envolvido diretamente no acontecimento, na prática do abolicionismo posicionando-se favorável a tomadas de decisão que abdicuem da aplicação universal da lei e da uniformidade dos procedimentos para tratar cada caso como singularidade (PASSETTI, 2004b, p. 27). Além de ser contra “o intelectual condutor de consciências”, igualmente defende a demolição incondicional do direito penal, sem *direito* a negociações de aprisionamentos transitórios, nem condiciona a situação-problema a uma determinação socioeconômica (PASSETTI, 2006, p. 100).

Hulsman também afirmará a viabilidade do abolicionismo, desvencilhando-se de uma solução totalizadora, afirmando-a urgente, “realizando-se, no dizer de Michel Foucault, como uma heterotopia, horizontalidades provenientes de diversos lugares possíveis desvencilhadas da oposição entre o público e o privado; apenas um *devoir intencões*” (PASSETTI, 2002, p. 108-109). Mas, ao invés da noção de modelos e os modelos traçados por Louk Huslman – conciliatório, compensatório, terapêutico – por seu teor acadêmico, o abolicionismo libertário adere à terminologia de “repostas-percurso”:

Os libertários buscam afirmar o local e o heterogêneo. Sabem bem que o Estado é domínio e não se define por maximização ou minimização de governamentalizações. Mas os libertários não se preservam no interior de programas de preparação para a nova sociedade, está-se livre, também, de utopias consoladoras. São heterotópicos que atuam no presente procurando soluções singulares na batalha cotidiana da vida, atravessando como nômades os relevos e as superfícies lisas, enfrentando desafios e procurando, diante de uma situação-problema, respostas-percurso (PASSETTI, 2004, p. 30-31).

Já abolicionistas penais como Nils Christie e Thomas Mathiesen lidam com o abolicionismo penal como um itinerário a ser percorrido por meio da crítica histórica ao domínio do direito de classe, levando a linguagem jurídica ao seu limite e sinalizando para a sua superação com a realização da utopia da sociedade igualitária (PASSETTI, 2004, p. 27).

O abolicionismo penal de percurso está próximo do libertarismo, segundo Passetti, eis que realiza a intensidade da vontade de querer na atualidade, atuando estrategicamente na possível quebra da uniformidade. O abolicionismo penal de itinerário, por sua vez, lida com o

conhecido, pode até chegar a encurtar o caminho, mas não se desobriga de reconhecer a universalidade e a superioridade dos juízes, promotores e advogados (PASSETTI, 2004, p. 28).

Em resumo, segundo Passetti, de maneira análoga pela qual Hulsman se aproxima de Foucault e daqui se abrem perspectivas libertárias indicadas pelos anarquistas desde William Godwin, no final do século XVIII, Christie e Mathiesen aproximam o abolicionismo da criminologia crítica (PASSETTI, 2004, p. 28). Para os abolicionistas penais de itinerário, a abolição do castigo é uma nova moral. Em contraposição, para os libertários, a abolição do castigo começa em cada um, sendo uma ética que se elabora na invenção da vida e de outros costumes para viver. No entanto, o abolicionismo penal é um pensamento que opera no campo da polivalência tática dos discursos e, como assevera Passetti, embora o abolicionismo penal provoque escolhas “entre certeza no saber e vontade de querer”, ainda que se mova em fluxos diferentes, não deixam de se tocar (PASSETTI, 2004, p. 28).

A proposta do abolicionismo penal libertário, focada em uma atuação no presente de maneira heterotópica, propõe um novo estilo vida. Os libertários afirmam a vida e seus costumes horizontalizados de forma a dissolver as relações de hierarquia desde a educação de crianças até abolir o domínio patriarcal nas relações amorosas. A imposição de limites na vida da criança, segundo os libertários, expressa o comando adulto, cujo exercício se encontra no uso legítimo da força ou na ameaça de utilizá-la. Da mesma maneira, o Estado vive do possível exercício do seu poder no limite, sobre a geografia e a população, por meio da lei universal e do monopólio do uso da força.

Em se tratando da sociabilidade autoritária, o castigo, difundido socialmente como ato normal, natural e eficaz para a educação, é a maneira adequada de introjetar, desde crianças, as normas de convivência social e o respeito às leis. Como explica Passetti (1999, p. 61), “infligir sofrimentos a uma pessoa deriva do ato contínuo que se pauta no direito do pai sobre o filho com base no uso da força, na opinião propagada que associa o mal ao sofrimento e que instaura o combate entre forças, fazendo do castigo uma legítima imposição de dor como forma de supressão do mal”. O que está em jogo, portanto, é a imposição da defesa do império da virtude, do aperfeiçoamento da legislação universalista e do investimento em extirpar o mal: bases do discurso da prevenção geral construído pelo direito moderno em nome da defesa da boa sociedade.

Nesse contexto, Passetti destaca o papel estabelecido para a vítima na história de nosso sistema penal:

A história do sistema penal é a história das injustiças contra presos, dos erros judiciários, da econômica das penas, das transformações da vítima em

testemunha, das múltiplas revisões. Nela, quase nunca está em jogo a justiça para a vítima. Não se investe na sua indenização, mas na perpetuação do sistema de vinganças, transformando-a em testemunha, parte do inquérito que alimenta e retroalimenta o sistema punitivo custoso e sempre em expansão (PASSETTI, 1999, p. 62).

Sobre o tema, Edson Passetti questiona os limites das políticas humanistas, por entender ser do interesse dessas reparar a vítima e compreender os infratores envolvidos em situação-problema tidas como delituosas. Segundo ele, o abolicionismo penal está interessado na vítima e no agressor, reduzidos, a primeira, à condição de testemunha e, o segundo, de réu pelo sistema penal. O autor entende que a noção de situação-problema é peça fundamental nesse tema, pois capaz de orientar outro entendimento da relação infrator-vítima, evitando a construção de técnicas de prova e inquérito direcionadas a verdades jurídicas acabadas, bem como a tomada de decisões centralizadoras e punitivas (PASSETTI, 1999, p. 62).

Por não acreditar que o fim das prisões seja uma das utopias futuras de sociedades justas e igualitárias, pretende mostrar que é possível suprimi-la a qualquer momento. E explica: a sociedade de controle desconhece que existe uma sociedade sem penas, não só porque ocorre a incidência da *cifra negra*, mas também porque boa parte das infrações é equacionada pelos envolvidos, sem a necessidade das formalidades jurídicas do justo, as vezes de forma pacífica e outras de forma violenta (PASSETTI, 1999, p. 63).

No entanto, a justiça como sinônimo racional de revanche sangrenta deve ser superada. O autor aposta na inversão do saber sobre a prevenção geral – posto que ela se destina, pela ameaça da aplicação do castigo, a uma maioria que não a incorpora – pelo saber sobre a situação-problema, eliminando-se, assim, a concepção ontológica de crime e investindo no princípio da conciliação. Estão em jogo, assim, respostas-percurso que envolvem o uso da terapia (observadas as pertinentes anotações de Foucault acerca dos riscos de se substituir a prisão por terapêutica), a educação (em sentido amplo de sociabilidade, distinto da instrução cujo limite é a laborterapia), a compensação (o que não implica transformar o agressor em escravo da vítima) e a conciliação (PASSETTI, 1999, p. 63).

Passetti acredita que a noção de situação-problema remete à supressão de dois dispositivos inerentes ao direito penal moderno: a vingança de sangue substituída pela abstrata forma de lei impessoal e o emudecimento da vítima, cuja voz é sequestrada pela orquestração do sistema jurídico por meio do advogado, do promotor e do juiz.

Para o autor, “está em discussão até que ponto vítima e violentador se posicionam no interior de uma situação-problema” (PASSETTI, 2002: 109), e logo destaca: “como trazer para o interior do abolicionismo penal as partes interessadas se em sua maioria são elas que

desejam mais segurança, política, controle e filantropia?”, demandas que evidenciam que a maioria das situações-problema decorrem da sociabilidade autoritária e dos efeitos da miséria.

No entanto, adverte que pensar o abolicionismo penal é praticar o possível como respostas-percurso. Se as decisões diante de uma situação problema dizem respeito ao que é característico daquela situação em que estão envolvidos vítima e violentador, uma situação exclusiva e única, a solução para cada caso é também será específica e única (PASSETTI, 2002: 111):

O abolicionista trata cada caso como algo especial, como situação problema e não crime ou infração. *Procura compreender a situação dos envolvidos, algozes e vítimas, tomando partido de ambos.* Anti-universalista, reconhece a verdade em cada parte e busca a solução pelo lado de fora, o da conciliação capaz de propiciar uma resposta-percurso que evita a prisão e, ao mesmo tempo, incentiva a indenização. Uma resposta-percurso que não se transforma em modelo, que é avessa à filantropia, que não sequestra a palavra ou as vontades das partes, não as submetem a autoridades superiores de juízes, promotores, advogados, técnicos de humanidades, lideranças, etc. e tal. *Promove, isso sim, uma conversação entre envolvidos e pessoas diretamente relacionadas ao caso, autoridades despojadas de seu poder universalizador de julgar* (PASSETTI, 2005: 82) (grifo nosso).

O abolicionismo pretende, portanto, buscar o talento de cada um envolvido na situação-problema. É isto que está em jogo nos casos que escapam da *cifra oculta*, nos acordos em delegacias, nas corrupções de diversas ordens que o sistema penal, por cima ou por baixo, acaba absorvendo. Nesse ponto, Edson Passetti destaca o abolicionismo penal enquanto uma heterotopia, que busca a liberação, e não a libertação, um estilo de vida. Como ressalva o autor, é impossível querer liberar a sociedade da punição se o castigo não foi liberado no interior de cada pessoa. No entanto, ele aposta no abolicionismo, no mínimo, enquanto um redutor de custos, um ampliador de soluções livres e um desarvorador para velhas-novas mentalidades (PASSETTI, 2002: 113).

Afinal, como destaca, “falar de liberdade já é em si estabelecer uma conexão libertária voltada para abalar linguagens, obra e autoria, realidade e ficção, escolas e vanguardas”. Edson Passeti, reconhece o exercício da liberdade enquanto “uma preciosa atividade subversiva” (PASSETTI, 2003: 35-36)

3.6 Demandas das vítimas e desafios abolicionistas

Como vimos, os teóricos do abolicionismo advogam seu funcionamento simultaneamente em dois planos: acadêmico e de movimento social, ou seja, teórico e prático. Louk Hulsman e Edson Passetti foram bem assertivos a respeito dessa dupla estratégia de atuação. Uma que dialoga com os intelectuais do sistema penal e com os cidadãos, a outra mostrando os equívocos do sistema penal e propiciando a vivência de novas práticas, pretendendo nelas consolidar possibilidades que evitem redimensionamentos ou restaurações punitivas (PASSETTI; SILVA, 1997a, p. 12).

Isso não quer dizer, entendemos, que tais campos de atuação não dialoguem ou se alimentem no percurso abolicionista. Afinal,

o abolicionismo deve ser, de acordo com Louk Hulsman⁴⁴, *simultaneamente* institucional, nas nossas atitudes e comportamentos, no jeito de perceber, e também acadêmico, nos libertando da figura do intelectual-profeta, o trono de reformistas e revolucionários que guerreiam por conquistar ou conservar a soberania das suas teorias (HULSMAN, 1995, apud PASSETTI, 1997, p. 182) (grifo nosso).

De um modo geral, em todos os autores apresentados vimos a proposição de um abolicionismo que descarta revoluções globalizantes, não se colocando como o discurso da verdade e tampouco pretendendo acusar ou inocentar indivíduos ou grupos sociais. Igualmente comum é a defesa de que, muitas vezes, no âmbito micro, as coisas podem acontecer mais rápido do que nos níveis médio ou macro, e que a parceria entre operadores jurídicos, legisladores, gestores públicos e cidadãos é fundamental para estabelecer princípios conciliatórios (PASSETTI, SILVA, 1997, p. 12-13).

É fato que contamos hoje com uma produção acadêmica farta sobre o abolicionismo. Parte dessa apresenta suas premissas a partir da avaliação de experiências concretas, outra, projeta caminhos, estratégias e vislumbra possibilidades de prática a partir do ideário abolicionista. O que, como vimos, não significa que existam sempre consensos nessa teorização. Em especial, não há conformidade quando o foco é o personagem vítima em nossa contemporaneidade.

São muitas dúvidas e respostas que acompanham essa questão, mas destacamos uma, em especial, que julgamos ser central ao debate: como vivenciar heterotopias libertárias, em sociedades nas quais a cultura punitiva da vingança e a naturalização do castigo parecem minar possibilidades de percursos experimentais em que se pretenda dar voz à vítima, momento em que se aposta na “reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o

⁴⁴ HULSMAN, Louk. A morte das penas. *Revista Plural*, São Paulo, Departamento de Sociologia – FFCLH-USP, 1995

modelo punitivo formalizado abstratamente” (ZAFFARONI, 2001, p. 104), mas, nos dizeres de Edson Passetti, quando se vivencia um controle⁴⁵ que passa a ser a céu aberto.

Esse autor explica seu argumento:

numa era de controle eletrônico, em que estar dentro ou fora da prisão deixa de ser um aspecto distintivo da seletividade penal eis que uma nova diagramação da ocupação do espaço das cidades, em que políticas de tolerância zero e de penas alternativas se combinam, consolida-se uma nova prática de confinamento a céu aberto, e o sistema penal mais uma vez se amplia, dilatando os muros da prisão (PASSETTI, 2006, p. 94).

“Do aprisionamento, ao controle a céu aberto”: citando Gilles Deleuze⁴⁶ (apud PASSETTI, 2006, p. 86), Passetti afirma acerca do deslocamento, em nossa contemporaneidade, relativo à ênfase na internação da sociedade disciplinar, tão bem descrita por Michel Foucault (ainda que não se pretenda uma substituição total daquele paradigma). Referido deslocamento é suficiente para se afirmar a passagem da era da mecânica dos corpos a serem disciplinados, para uma era em que a sociedade pune mais e a prisão deixa de ser lugar preferencial destinado ao infrator, em decorrência da ampliação e diversificação do direito penal. Os usos das penas para comportamentos desviantes se desdobram e aparecem possibilidades de justiça punitivas de Estado sem aprisionamentos:

Na maioria das vezes, ainda que os reformadores tentem justificar controles a céu-aberto – como liberdade assistida, semi-liberdade, prestação de serviço à comunidade, disseminação de tribunais de pequenas causas, leis de penas alternativas, justiça restaurativa... – como redutores ou supressores da prisão, estes acabam somados à continuidade do encarceramento, agora em prisões eletrônicas, e passa-se a caminhar do tribunal penal local (proveniente do recente projeto de justiça restaurativa) ao Tribunal Penal Internacional (PASSETTI, 2006, p. 87).

Nesse cenário, a doutrina da punição pelo direito penal como prevenção geral contra a desordem é a utopia da sociedade disciplinar que migra para a de controle, seja sob o regime político democrático ou totalitário (PASSETTI, 2006, p. 91). Segundo Edson Passetti (2006, p. 89), essa sociedade de controle em que o conservador programa tolerância zero se transforma em política que absorve liberais e socialistas.

⁴⁵ O autor estabelece as características da sociedade de controle, por nós hoje vivenciada, em oposição à sociedade disciplinar, caracterizada por Michel Foucault, dentre outros fatores, pela internação em espaços fechados que “fortalecia a obtenção de utilidade e obediência dos corpos, e as iminentes relações de poder produziam positividade produtivas, políticas e sociais” (PASSETTI, 2006: 84). Para mais sobre, ver: PASSETTI, Edson. *Ensaio sobre um abolicionismo penal*. Verve. n. 9. São Paulo, Nu-Sol, 2006. p. 83- 114. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131>> Acesso em 29 de outubro de 2014.

⁴⁶ FOUCAULT, Michel; e DELEUZE, Gilles. *Os intelectuais e o poder. Conversa entre Michel Foucault e Gilles Deleuze*. Em: FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Tradução e Organização de Roberto Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1979, pp. 69-78.

É evidente que, apesar dos argumentos centrais do discurso abolicionista sobre a inegável existência da sociedade sem penas no interior da sociedade punitiva, a continuidade dos fracassos penalizadores não minou a inabalável legitimidade do controle punitivo que conta com costumes pautados na obediência hierárquica disciplinar para se perpetuar:

Nesta roda-viva, os cidadãos pouco reparam nas inventivas soluções que eles próprios encontram no dia-a-dia para resolver as infrações cometidas, e muitas vezes diluem suas atitudes abolicionistas conciliadoras para com a situação-problema no elogio à sua esperteza ou mesmo no júbilo pela sua capacidade de burlar a lei exercendo o direito de exceção. *É neste domínio que este mesmo cidadão, capaz de bradar pelo combate ao fim da impunidade, contribuiu para a reprodução desta sociedade sem penas estruturada na perpetuação de assujeitamentos do cidadão e na consolidação de correlatas práticas de corrupção, que vão dos costumes ao direito penal e ao Estado, e deste novamente aos comportamentos prescritos e normais* (PASSETTI, 2006, p. 92) (grifo nosso).

É um contexto em que as atuais reformas penais objetivam redirecionar e ampliar os exercícios da punição e da corrupção, dividindo-se, basicamente, em dois grandes grupos de “reformadores”: um que propõe a variedade das penalidades com o foco na redução do encarceramento e o outro que propõe o aumento de penas e mais aprisionamento. “De um lado, posicionam-se os defensores das penas alternativas, os arautos da criminologia crítica; de outro lado, os conservadores que propugnam os programas de tolerância zero” (PASSETTI, 2006, p. 93).

É a sociedade de controle explicitada por Passetti, na qual as reformas do sistema penal e das práticas de confinamento incorporam os espaços disciplinares, como a fábrica, a escola, o hospital, a prisão, num campo ampliado que os conecta, chamado de periferia. Os comportamentos criminalizados são multiplicados e as medidas penais variadas, consolidando o regime de tolerância zero, a crença em segurança, estatal e privada, construindo um grande consenso penal, inclusive na inabalável e secular crença na associação pobreza-periculosidade (PASSETTI, 2006, 96).

Nesse contexto contemporâneo, quem é vítima? Quais são suas demandas? Sem pretender esgotar o tema, reduzir ou simplificar as variedades de respostas, podemos apresentar mais informações que nos ajudem a catalogar os discursos em torno desse sujeito.

Em artigo dedicado às vítimas, *Dilema do movimento das vítimas*, Nils Christie problematiza as consequências para elas de sido alijadas de seus conflitos. Conflitos que entende serem importantes para qualquer sociedade, pois ao mesmo tempo em que podem criar o caos, destruição, miséria, tanto em nível individual como social, também podem mover

para frente, funcionando como combustível, tanto em nível individual como em sistemas sociais.

Dentre outros fatores, mas considerando o fato de vivermos em sistemas organizados de monopólio estatal de reação à violência, o autor destaca o imaginário construído, incorporado e perpetuado em nossas sociedades de busca de alguém a quem se possa atribuir a culpa pelos eventos negativos e problemáticos que assolam nossas vidas e a necessidade e a conformação de expressar raiva e desespero por um substituto, um representante, “vingar-se por procuração”, através de um promotor de Justiça (CHRISTIE, 2012, p. 367-368). Ele fala do processo de despersonalização dos conflitos, engrenagem que envolve vítimas e infratores, responsável por fragilizar a capacidade das partes em lidar com o desvio através de mecanismos informais, criando a dependência por especialistas e operadores do Direito – “ladrões profissionais”, segundo Christie.

No entanto, o autor entende que o cenário atual é outro: “um forte movimento social está crescendo sob nossos olhos”:

Mas hoje é óbvio o que acontece: o crescimento de vários movimentos de vítimas é uma resposta ao crescimento da sociedade altamente industrializada e automatizada. O que é definido como crime é enfrentado pelo sistema formal de controle, mas aqueles atingidos pelos atos criminosos deixaram de ser incluídos, já há bastante tempo, como foram outrora. Vítimas fortes, contudo, não mais aceitam essa situação; elas encontram outras pessoas na mesma situação, organizam-se e lentamente ganham poder. Movimentos de vítimas não apareceram do nada. Elas são a resposta às mudanças das condições sociais; no caso, uma mudança do controle de vizinhança para o controle formal executado pelas agências estatais (CHRISTIE, 2012, p. 369).

Segundo Nils Christie, os movimentos de vítimas conseguiram o fortalecimento de poder que buscavam no interior do sistema de direito penal, consubstanciado, por vezes, em participar junto à acusação formal do processo; comparecer às audiências do acusado; em alguns sistemas, poder se manifestar ao juiz sobre a aplicação da pena; ser informada sobre condições do cárcere, sobre eventual progressão de regime e sobre concessão de livramento condicional do condenado. “O poder está nas mãos e na boca da vítima”⁴⁷ (CHRISTIE, 2012, p. 370).

No entanto, para esse autor, tal participação fatalmente conduzirá a mais encarceramentos e recrudescimento das condições nas instituições penais, eis que vítimas e movimentos de vítimas, em nossa contemporaneidade, são encapados pelo movimento da “lei

⁴⁷ Infelizmente, em nosso país uma real participação da vítima no processo penal não é uma realidade. Trataremos mais sobre esse tema na última etapa de nosso percurso “Olhares para a realidade: a vítima e o discurso punitivo no Brasil contemporâneo”.

e ordem”. Nils Christie entende aqui estar “um grande dilema para os movimentos de vítimas” (CHRISTIE, 2012, p. 370).

Ele reconhece a demanda por inserir a vítima no processo penal, depois de terem sido esquecidas e ignoradas quando o controle do desvio saiu da esfera da atividade informal de vizinhança para o litígio na esfera judicial. Grandes conquistas, em seu entendimento, já foram efetivadas, “os movimentos de vítimas merecem aplausos por resgatar os direitos das vítimas do ostracismo, combatendo os monopólios profissionais” (CHRISTIE, 2012, p. 370). No entanto, o autor destaca a necessidade da construção de limites. Segundo ele, o movimento de vítimas poderia ser responsável, ao pleitear o reconhecimento de direitos para as vítimas, por destruir os instrumentos disponíveis no direito tradicional e nos tribunais. Nils Christie assevera que “a lei penal pode perder o equilíbrio. Se assim for, perdemos o direito penal” (CHRISTIE, 2012, p. 370). Como se vê, o autor acredita no instrumental jurídico como uma garantia contra o abuso de poder. Ele entende que este corre o risco de ser desativado, como resultado dos interesses legítimos das vítimas em não mais serem deixadas de fora do processo.

Para tanto, o autor entende ser um caminho, nos casos em que for inevitável o acionamento dos tribunais, aceitar alguma participação da vítima, as quais devem receber uma oportunidade de contar sua versão inteira, não apenas os aspectos jurídicos, mas o todo, sem interrupções. Além disso, elas devem ser informadas das decisões sobre a aplicação e execução da pena, as decisões sobre as condições de encarceramento, saída temporária e livramento condicional do apenado. No entanto, Nils Christie é claro: “mas sem direito de influenciar em tais decisões. A exacerbação do poder da vítima, em conjugação com o poder estatal, funcionaria de fato como força motriz para uma sociedade mais punitiva” (CHRISTIE, 2012, p. 371).

Para o autor haveria ainda um outro caminho possível para o movimento de vítimas, não sustentado na vingança, nem em caminhos que aumentam a ingerência sobre decisões relativas à culpabilidade do acusado, a inflição de sofrimento, mas direcionado à efetiva restauração dos danos causados, para a participação em um cenário alternativo de tratamento do desvio (CHRISTIE, 2012, p. 371).

Nils Christie defende que, na esfera cível, a vítima pode recuperar seu papel de protagonista independente, eis que, no sistema penal, ela nunca poderá desempenhar um papel de participante contido na interação social. “Para atingir a justiça no sentido da punição, o sistema penal tem de colocar limites à informação. Para atingir uma composição de conflitos civis, o sistema tem de disponibilizar informações” (CHRISTIE, 2012, p. 371). Assim o autor

defende a justiça restaurativa, a mediação, ou reuniões de composição de conflitos, enquanto possibilidades desse *locus* em que o protagonismo independente da vítima seria possível, eis que aqui se objetiva criar o entendimento, e não a dor, a punição. Representariam espaços em que o objetivo seria a compreensão, o encontro entre dois seres humanos (CHRISTIE, 2012, p. 371-372). Por essa proposta não se pretende punir o conflito:

Não necessariamente resolvê-los, não necessariamente restaurar ou criar justiça. Mas apenas lidar com conflitos; revelar o que aconteceu, deixar as partes terem acesso umas às outras para que compreendam o que aconteceu. Pode ser que o conflito se torne suportável. Pode ser que as partes e também toda a comunidade o entendam melhor (CHRISTIE, 2012, p. 372).

Certo é que o “limite” ou o “espaço” às vítimas em nosso atual modelo de justiça é foco de muitos questionamentos. De fato, considerando a crítica ao atual modelo de justiça criminal – base comum e ponto de partida de toda a teorização abolicionista –, o qual foi erigido a partir de uma matriz autoritária, punitiva, patriarcal e racista, é inquietante imaginar que a demanda desse personagem seja, ou se converta, em contínuo dessa programação.

Os argumentos e proposições expressos por Nils Christie, de modo geral, são os dominantes. São críticos ao nosso modelo de sistema de justiça criminal, mas ainda vão apostar no instrumental oferecido pelo próprio direito penal e constitucional, por meio de seus princípios e garantias como mecanismo de contenção de excessos punitivos. No entanto, ainda subsistem dúvidas e não há consenso sobre tal tema. Mesmo a pergunta “se em tempos de ‘grande encarceramento’, ter o abolicionismo como meta e o garantismo como estratégia”, a qual pode ser vista como uma proposta conciliadora que satisfaça abolicionistas e punitivistas, não apresenta resposta comum. Ao revés, o indicativo é de uma infinda polarização de argumentos. “Enquanto o abolicionismo procura realçar os custos do sistema penal, o direito penal mínimo volta-se para os custos eventuais de uma anarquia punitiva” (ZAFFARONI, 2001, p. 103).

Sobre o tema, Eugenio Raúl Zaffaroni desenvolve seus argumentos referindo-se à obra de Luigi Ferrajoli, jurista italiano, um dos principais teóricos do garantismo e defensor de um direito penal mínimo.

Para Ferrajoli, o modelo penal mínimo seria constituído de uma alternativa progressista frente ao abolicionismo, ao qual acusa de ser uma “utopia regressiva” baseada na ilusão de uma “sociedade boa” ou de um “Estado bom”. Dentre outras críticas, destacamos, para o presente tema em análise, a alegação do autor de que o abolicionismo engendraria o perigo de alternativas piores que o direito penal, no caso a reação vindicativa descontrolada, seja em mãos individuais ou estatais, e o disciplinarismo social, mediante a internalização de

rígidos controles que atuariam sob forma de autocensura ou como expressões de polícia moral, coletiva, ou ainda, em mãos estatais, através de técnicas de vigilância total em forma policial ou em forma de controle tecnológico (ZAFFARONI, 2001, p. 103).

No entanto, segundo Zaffaroni, “o próprio Ferrajoli reconhece que as penas não resolvem os conflitos; portanto, em sua proposta mínima, o único critério de subsistência da pena seria sua utilidade para evitar a hipotética vingança” (ZAFFARONI, 2001, p. 104). Explica o autor que as críticas de Ferrajoli ao abolicionismo parecem se centralizar em simplificações que este realiza acerca da proposta, que não são defendidas por seus teóricos como, por exemplo, “as pretensões de suprimir o sistema penal, deixando todos os conflitos sem solução e sem a cobertura ideológica de uma solução aparente que vigora hoje no sistema penal”, ou “suprimir o direito penal – como discurso jurídico –, deixando intacto todo o exercício de poder dos órgãos do sistema penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 105).

No entanto, pondera Zaffaroni: “os defensores do direito penal mínimo também propõem um novo modelo de sociedade” sobre a qual não se pode especular e pré-definir suas características. O que se pode afirmar, no entanto, é que a contração do sistema penal, proposta pelo direito penal mínimo, implicaria uma mudança profunda na rede do poder social, que traria consigo um modelo diferente de sociedade. Para ele, na hipótese de se alcançar este modelo, ainda que presente o direito penal mínimo proposto, impor-se-á a necessidade de neutralizar e evitar a vingança e o controle totalitário por parte dos órgãos executivos do sistema penal por meios menos violentos do que a pena e capazes de resolver os conflitos de forma efetiva. De antemão, para Zaffaroni, não se deve excluir a possibilidade do modelo de sociedade que corresponda a uma intervenção penal mínima, deve-se encontrar, finalmente, a forma de resolver os conflitos suprimindo, inclusive, este direito penal mínimo. Deste ângulo, o direito penal mínimo apresentar-se-ia como um momento do caminho abolicionista (ZAFFARONI, 2001, p. 105).

Assim, para Zaffaroni,

o direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável, e, sim, como passagem ou trânsito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça: ou seja, como um momento do *unfinished* de Mathiesen e não como um objetivo “fechado” ou “aberto” (ZAFFARONI, 2001, p. 106).

Nesse sentido damos destaque à importante lição de Louk Hulsman, que podemos apreender como uma premissa a ser considerada sobre o percurso abolicionista e sua dupla via de atuação – teórica e prática –, e um alerta a não reduzirmos as possibilidades de tal

percursos a modelos e possibilidades antecipadas pelo discurso acadêmico. Ao ser indagado sobre sua posição acerca das “alternativas”, se o programa proposto pelo abolicionismo, no lugar da justiça criminal, seria real, Louk Hulsman (1997, p. 142) foi categórico: “não quero propor um programa no lugar da justiça criminal e não lembro de tê-lo feito. Acredito que quando você propõe um tal programa como acadêmico, você permanece dentro da organização cultural da justiça criminal”. Com essas palavras, Hulsman problematiza a proposição de alternativas ao sistema de justiça criminal feitas por quem seja “fiel a este modelo de funcionamento”. O autor explica sua assertiva:

os críticos da justiça penal, ao falar sobre as alternativas, sempre caem na armadilha de falar como o profeta intelectual que diz às pessoas o que fazer, e que desenvolve sistemas alternativos especulativos para serem postos em prática. Um profeta intelectual como este é parte da mesma organização cultural como a da justiça criminal (HULSMAN, 1997, p. 161-162).

Assim, para ele, o debate sobre as alternativas está ligado ao debate da legitimidade, e para tanto as “alternativas confiáveis” devem ser mostradas numa descrição cuidadosa; análise e avaliação do que está acontecendo, de fato, fora da justiça criminal, do contrário os pressupostos da justiça criminal não estarão sendo realmente desafiados (HULSMAN, 1997, p. 162).

Com essa lição de Hulsman, fica importante ressalva à pretensão de esgotarmos as possibilidades de novos modelos e alternativas sem a práxis. A academia pode e deve oferecer subsídios para compreendermos como as instituições realmente funcionam e quais as suas consequências desse funcionamento nos diferentes segmentos da sociedade. Deve desvendar os sistemas de pensamento que sustentam essas instituições e suas práticas, bem como mostrar o contexto histórico desses sistemas. Ela deve trabalhar em conjunto com os diretamente envolvidos e com profissionais em prol da modificação das instituições e suas práticas para desenvolver outras formas de pensamento (HULSMAN, 1997, 142). Para o abolicionismo, portanto, a academia deve caminhar simultaneamente com a prática.

Assim chama-nos atenção a simplificação do *dilema dos movimentos das vítimas*, pautado por Christie – uma maior participação das vítimas fatalmente conduzirá a mais encarceramentos e recrudescimento das condições nas instituições penais, portanto seu *locus* de atuação está reservado para a justiça restaurativa, a mediação, ou reuniões de composição de conflitos, onde seu protagonismo pode existir sem ser cooptado para a vingança e a punição.

Igualmente, entendemos ser falaciosa a aposta no poder punitivo como garantia de contenção das reações vindicativas descontroladas inerentes às vítimas, bem como a polarização de argumentos estabelecida entre abolicionismo e direito penal mínimo.

Como destaca Zaffaroni (2001, p. 106), a reprodução do argumento iluminista de que o sistema penal seria o mecanismo de evitar a vingança, em verdade, corresponde a um programa mínimo proposto pelo Iluminismo e jamais realizado. No plano real ou social, a experiência já demonstra suficientemente que é desnecessário o exercício do poder do sistema penal para evitar-se a generalização da vingança. Como explica Zaffaroni, o sistema penal só atua sobre um número reduzidíssimo de casos e, mesmo assim, a imensa maioria das ocorrências impunes não generaliza vinganças ilimitadas. “Neste sentido, apesar de, na América Latina, serem cometidos genocídios que permanecem praticamente impunes, nunca houve um episódio de vingança massiva” (ZAFFARONI, 2001, p. 106).

Com propriedade, destaca o autor argentino que a regra invariável da inoperância geral do sistema penal diante dos conflitos mais graves e massivos apenas excepcionalmente dá lugar a vinganças; o que acontece é que os casos muito isolados de vinganças são altamente alardeados, instigando a imitação e inventando-se uma realidade que contribuiu para fortalecer e reforçar a justificativa do exercício de poder do sistema penal (ZAFFARONI, 2001, p. 106).

Ante o exposto acima, parece-nos que o mais acertado é a internalização da proposição de respostas-percurso. Percurso que é desconhecido e singular:

A resposta percurso para cada singularidade requer tempo para tomada de decisão a partir da conciliação das partes e acompanhamento do desenrolar daquilo que foi acordado entre eles. A solução para cada caso é, pois única, como única é cada pessoa. A tomada de decisão requer abolição da cabeceira da mesa ou do degrau superior onde se encontra a mais alta autoridade. Ela exige que sejam dissolvidos lugares e patamares, levando a horizontalizar as conversas para a tomada de decisão. Dessa maneira está abolido também o sequestro da vontade dos envolvidos, transformados anteriormente pelo direito penal em testemunhas. O Estado permanece, mas funcionando como indenizador das partes, não lhe cabendo o papel de administrar as respostas-percurso, ser guardião dos bens ou pessoas, ditar as regras da prevenção geral. Ele permanece como presença de autoridades que estão pessoalmente envolvidas com os riscos e dele se apartando (PASSETTI, 2004, p. 32).

Assim compreendendo, no campo da prática, abolicionismos e minimalismos podem oferecer ferramentas de trabalho preciosíssimas para serem apropriadas cotidianamente na prática do sistema, em todos os níveis, e na militância societária, para conter violência e proteger direitos humanos relativamente a todas as ações e decisões do sistema, mas também para avançar. Nas palavras de Vera Andrade (2006, p.177-178):

considerando que as lutas abolicionistas são sempre locais, multiplicam-se as possibilidades de ações e decisões abolicionistas utilizando-se os instrumentais abolicionistas e minimalistas nesta direção, sob o próprio crivo da Constituição e da cidadania. As obras dos abolicionistas estão cheias de relatos, de base antropológica e etnográfica, nesta direção.

Prisões, vigilâncias e controles exercidos hierarquicamente sobre corpos e almas, e o pai como centro da punição. Precisamos de “menos de regulamentações acerca do pátrio-poder, da mesma maneira que o Direito precisa libertar-se das hierarquias e os procedimentos” (PASSETTI, 1997, p. 184). Precisamos nos abrir para múltiplas possibilidades. A abolição do castigo é a valoração de novos costumes, como resposta-percurso para situações-problema. Não é apenas um efeito ou derivação do direito penal. Sua existência é o reconhecimento de que nossa cultura se funda numa sociabilidade autoritária, que nenhum regime democrático consegue conter ou dissipar (PASSETTI, 2004, p. 34). Diante de uma situação-problema, há uma ou mais respostas-percurso, as quais não se fundamentam numa universalidade, numa punição ou absolvição. Mas estão baseadas no convencimento, na conversação. Não se trata de um diálogo conduzido por um superior (juiz, promotor, técnico em humanidades, pastor, pai), direcionado a alguém a quem se pretende educar, vez que feriu a prevenção geral. “Trata-se de um diálogo de risco estabelecido entre as partes envolvidas e que introduzem um contrapositionamento das autoridades de Estado” (PASSETTI, 2004, p. 31).

Assim, não temos resposta para a pergunta se vítimas poderiam ser levadas a situações em que perderiam a qualidade de vítima e se tornariam pessoas comuns, confiantes, participantes da sociedade. Por outro lado, concordamos com Nils Christie quando o autor reconhece que “o *status* de vítima é um estado honorário” e que, “para as sociedades civilizadas, é uma preocupação central acalmar seus sofrimentos e, na medida do possível ajudá-las a não mais permanecerem no papel de vítima para sempre” (CHRISTIE, 2012, p. 376). Nils Christie pondera que embora concorde que as vítimas mereçam respeito, e que seu sofrimento e desespero devam ser entendidos e consolados ao máximo, nem sempre é, contudo, uma coisa boa viver com o *status* de ser vítima. Para Thomas Maer⁴⁸ (2007, apud Nils Christie, 2012, p. 374), “ser vítima é uma função psicológica e social. Uma pessoa nunca é uma vítima por definição, mas torna-se através de um processo de identificação. Essa identificação é geralmente reforçada e fortalecida por um *feedback* positivo do meio ambiente”. “A atenção dada a uma vítima pode ser vista no nosso tipo de sociedade como

⁴⁸ MAIER, Thomas. Victims in Psychotherapy, Psychotherapy for Victims. Conceptual Considerations and Practical Experience. *International Perspectives in Victimology*, vol 3, n. 2, p 18-22, 2007

algo muito gratificante, algo encorajado. A identidade pode ser uma forma permanente, até mesmo uma das principais. Pode ser mais recompensador ser vítima ao longo da vida do que escolher qualquer outra opção”, concluindo, Christie, que assim, em nível estatal, pode ser tentador se beneficiar do *status de vítima* (CHRISTIE, 2012, p. 374).

De fato, como vimos na primeira parte desse trabalho, vivemos tempos em que que a *vítima* assume a figura do herói moderno (ELIACHEFF, *et al.*, 2012, p. 25), com todas as implicações negativas que esse papel social apreende.

Por todas as razões expostas, o abolicionismo libertário enfatiza a necessária educação livre diante da cultura do castigo, suprimindo a solução fácil, burocrática e onerosa da aplicação da pena em nome de uma história remota, fundada no castigo, na sua naturalização e numa duvidosa moral superior que atravessa a sociedade disciplinar e a de controle (PASSETI, 2006, p. 89). Irá propor percursos, buscar novas respostas a serem testadas, as quais não devem se restringir à jurídica e ao direito penal, mas almejar práticas modificadoras dos costumes, eliminando os tribunais no cotidiano. “Se é modificando os costumes repressores que se inventa uma sociedade mais livre, a abolição do direito penal é também resultante de práticas liberadoras do castigo” (PASSETI, 2006, p. 89).

No mesmo sentido, Vera Andrade afirma a

abolição não significa pura e simplesmente abolir as instituições formais de controle, mas abolir a cultura punitiva, superar a organização “cultural” e ideológica do sistema penal, a começar pela própria linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadoras e estigmatizantes (crime, autor, vítima, criminoso, criminalidade, gravidade, periculosidade, política criminal, etc), que tecem, cotidianamente, o fio desta organização (pois tem plena consciência de que de nada adianta criar novas instituições ou travestir novas categorias cognitivas com conteúdos punitivos) (ANDRADE, 2006, p.172).

Assim, não há dilema a ser enfrentado, mas respostas a serem testadas. O abolicionismo não se coaduna com as receitas totalizadoras e valoriza as lutas micro de modo que, sem correr o risco de dormir com o sistema penal e acordar sem ele, podemos exercer práticas abolicionistas cotidianamente.

4 3ª ETAPA, RESTAURAÇÃO DA VÍTIMA (?)

A justiça restaurativa é apresentada como um paradigma que contrasta com a justiça criminal tradicional.

Para muitos de seus defensores, não se trata apenas de reconhecimento das falhas do sistema punitivo, de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos. Por compreendê-la como apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e, ao mesmo tempo, produzir a integração dos autores à sociedade, trazendo mais satisfação às vítimas e às comunidades, a aposta é de reordenamento da própria ideia de justiça criminal.

Como veremos, a amplitude do conceito de justiça restaurativa e a variedade de práticas dificultam a avaliação do papel da vítima neste modelo. Porém, é unanimidade, entre seus principais expoentes, a noção de que tal modelo de justiça está centrado no maior protagonismo da vítima na resolução de conflitos penais.

Antoine Garapon (2002, p. 253) explica que o postulado central da filosofia restaurativa é o fato de colocar-se no centro da justiça não mais a lei, a ordem pública ou o sujeito criminalizado, mas a vítima. Para o autor, com essa mudança de perspectiva, que é, justamente, o que a diferencia das demais filosofias da pena, a própria ideia de pena é posta em causa.

As consequências deste deslocamento – fazer proceder toda a justiça a partir das expectativas das vítimas – teriam o efeito de abalar o elo que parecia indissolúvel entre a justiça penal e a punição. As novas expectativas das vítimas, como a reparação ou o reconhecimento, negariam as anteriores filosofias da pena fundadas na retribuição do ato, na proteção da sociedade ou na reeducação do delinquente. Para Garapon,

ao contrário das filosofias anteriores, a justiça reconstrutiva não se funda nem exclusivamente no acto, isto é, na violação da lei como no retributivismo, nem na pessoa do autor visando a sua educação como no modelo reabilitativo, ou no da vítima, atribuindo-se a tarefa de facilitar o seu luto, *mas no evento do seu encontro, gerador em si mesmo de créditos e débitos novos.* (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 269, grifo nosso).

Explica o autor que a pena clássica não satisfaz nem o acusado, nem a vítima. No que se refere a esta última, pelo processamento de um conflito pelo sistema de justiça criminal seria inalcançável a satisfação de suas expectativas, eis que a generalidade da pena é inadapta e não direcionada à vítima, além de muito afastada do ato. O que subsiste para a vítima é a certeza de não ser a destinatária do provimento judicial.

No modelo restaurativo, ao revés, caberia à justiça a prestação jurisdicional com fins ao (re)equilíbrio da vítima após o prejuízo advindo do crime. A ela caberia purgar, a partir de um dizer público, o ultraje não vingado.

É assim que a justiça restaurativa introduz dois termos novos: o *reconhecimento*, destinado a compensar o desprezo, e a *reparação* de uma relação interrompida.

Cabe à justiça, sob a égide desses princípios,

[...] emitir um segundo sinal que anula o primeiro (o reconhecimento) ou autorizar que sejam as partes a encontrá-lo no termo de uma troca directa (a reparação). Estas duas preocupações da justiça reconstitutiva não são estranhas às duas funções tradicionais da pena que são a retribuição e a reabilitação, mas ela renova-as totalmente, fazendo-as proceder uma consideração pela vítima. (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 286-7).

Em suma, para a justiça restaurativa, em sendo o crime um desprezo pela vítima, o que se espera da justiça é a negação desta humilhação, isto é, a manifestação de um reconhecimento. Não se trata apenas de um prejuízo reparado, mas de reconhecimento oficial da identidade antes negada. O reconhecimento seria, portanto, a reconfirmação pública do valor da vítima em uma sociedade democrática na qual se pressupõe igualdade de princípios entre as pessoas. (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 289).

Por tais razões, para Garapon, o reconhecimento é o horizonte da justiça restaurativa, a qual não acrescenta uma nova função à pena, mas encara o que poderia ser uma justiça penal definitivamente liberta da perspectiva de um sofrimento acrescentado ao sofrimento. Já a reparação representaria o prolongamento do reconhecimento, ao mesmo tempo sua condição e finalidade. “A condição porque não pode haver sentimento de ser reconhecimento sem reparação material do prejuízo” (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 314), eis que em última instância estar-se-á falando de reparar o prejuízo exercido contra a identidade da vítima, de reconstrução do elo social. A reparação, portanto, aqui já não seria então o pré-requisito, mas o horizonte da justiça reconstitutiva.

A perspectiva de colocar-se no centro da justiça a vítima hoje está presente em uma série de práticas implementadas, em uma diversidade de estudos acadêmicos, bem como em debates promovidos por movimentos sociais e outros atores políticos.

Na tentativa de estabelecer um delineamento mínimo sobre o que se pode compreender como tal, examinar-se-ão algumas referências, sobretudo, em obras produzidas desde nossa margem, para que se possa compreender o alcance, ou limite, desse tema em nosso país.

4.1 Sobre a origem do debate

A justiça restaurativa é indicada como um “novo modelo ou paradigma” de resolução de conflitos, em desenvolvimento a partir de meados da década de 1970.

Seu contexto de “surgimento”, apontado pela literatura dedicada ao tema, são as décadas de 1960 e 1970, com foco nos Estados Unidos, quando e onde se vivenciou uma efervescência de ideias decorrente, dentre outros fatores, da crítica à ineficácia e inconsistência das reformas penais propostas e à ressocialização e tratamento através da pena privativa de liberdade. Foi o momento em que foram postas em destaque denúncias às consequências deletérias do modelo de justiça criminal tradicional, dando-se atenção para o afastamento da vítima da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal com suas necessidades e direitos.

No contexto mais amplo, o panorama político institucional era de “crise”: “crise do modelo tradicional de justiça, crise do *Welfare State*, crise de comunicação entre operadores do direito e comunidade, enfim, crise de legitimidade de uma ordem baseada em um discurso jurídico esvaziado” (SICA, 2007, p. 20).

A proposta de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa (res)surge nesse contexto (PALLAMOLLA, 2009, p. 26). E como podemos observar, o mesmo contexto sobre o qual tratamos nos capítulos precedentes desse trabalho, apontado como estopim para os movimentos vitimológicos e abolicionistas.

Não que antes mesmo desses movimentos, práticas restaurativas não existissem. Elas já se encontravam presentes nas tradições de povos do oriente e ocidente, nas quais princípios restaurativos teriam caracterizado, por séculos, os procedimentos de justiça comunitária. Mas a explosão do modelo de justiça restaurativa, de fato, ocorre nos anos 90, apesar de valores, processos e práticas restaurativas já existirem (PALLAMOLLA, 2009, p. 36).

De fato, como destacado por Leonardo Sica (2007, p.21), “a perspectiva de um sistema de justiça baseado na comunidade – e na vítima – não parece ser fenômeno novo, mas, possivelmente, indica o ressurgimento de uma abordagem antiga sobre crime e conflito” (SICA, 2007, p. 21). Na verdade, “o paradigma punitivo (principalmente o atual, orientado à prisão e com fins retributivos-preventivos) domina a nossa compreensão de crime e justiça há apenas dois ou três séculos” (SICA, 2007, p. 21).

Esse mesmo autor (SICA, 2007, p. 22) identifica na Nova Zelândia e no Canadá, dentre os países ocidentais, as primeiras práticas institucionais de justiça restaurativa apontadas como influentes ou formadoras da base histórica do paradigma. Em ambos, há expressões de movimentos de justiça restaurativa “ligadas à valorização dos modelos de justiça dos povos indígenas que habitavam aqueles territórios desde tempos remotos (o povo maori, no primeiro, e os aborígenes e as *First Nations*, no segundo)”. Os autores que se dedicam a estudar o novo paradigma citam o programa de mediação entre vítima e ofensor

instalado na cidade de Kitchener, Ontario, no Canadá, no ano de 1974. Tal modelo encontra raízes nos tradicionais métodos aborígenes de resolução de conflitos, com envolvimento comunitário e a implementação de soluções holísticas. Esses programas comunitários buscavam mediar conflitos entre vítimas e ofensores após a aplicação da decisão judicial (SICA, 2007, p. 23 e 97).

Na Nova Zelândia, considerada por muitos pesquisadores como o país pioneiro na implantação institucional de práticas restaurativas, foi editado, em 1989, o *Children, Young Persons and Their Families Act*, pelo qual se procurou incluir elementos das práticas tradicionais *maori* de resoluções de conflitos, sobretudo, o envolvimento direto do ofensor, vítima e familiares na resolução do problema criado pelo “crime”, com o objetivo de “curar” ou “sanear” o dano causado pela ofensa. Tal medida foi desenvolvida a partir da constatada insatisfação com o tratamento oferecido aos menores autores de delitos, em uma tentativa de melhor compatibilizar o sistema de justiça da infância e da juventude com as tradições culturais do povo *maori* (SICA, 2007, p. 23-24).

Na América do Norte, são citados os movimentos descarcerizantes da década de 1970 e a utilização da *diversion*⁴⁹ (SICA, 2007, p. 22).

Daniel Achutti, citando a obra de John Braithwaite⁵⁰(2002, p. 8-10, apud ACHUTTI, 2014, p. 53), põe em destaque ainda uma vasta gama de obras produzidas sobre o tema ainda nos anos 1980, como os trabalhos de Howard Zehr (1985, 1995), Mark Umbreit (1985, 1994), Kay Pranis (1996), Daniel Van Ness (1986), Tony Marshall (1985) e Martin Wright (1982), que compuseram importante base teórica para o movimento em favor da reforma da justiça criminal, o qual, na década seguinte, foi impulsionado e contou com a adesão e protagonismo de uma série de outros pesquisadores como Lode Walgrave, Alisson Morris, Gabrielle Maxwell, Kathleen Daly, Heather Strang e Lawrence Sherman, dentre outros.

Importante destacar que, de modo geral, os estudiosos do tema igualmente creditam fundamental importância para a emergência da justiça restaurativa aos movimentos pelos direitos civis e das mulheres, nos anos 1960, nos Estados Unidos:

⁴⁹ Explica Leonardo Sica (2007, p. 21, nota) que tal instituto refere-se ao “desvio do sistema forma de justiça penal a instâncias informais ou para penas alternativas à detenção. *Diversion* indica um sistema de intervenção correcional mediante o qual se renuncia à intervenção penal em favor de um tratamento extrajudicial do caso. [...] O instituto é utilizado tradicionalmente nos sistemas da *common law* e se manifesta com a resolução dos conflitos previamente à jurisdicionalização propriamente dita ou com a intervenção mínima do Judiciário, apenas para obstar o processo sob condição do cumprimento de injunções ou obrigações determinadas consensualmente, com um regime de prova antecipado. Também serve para saldar os compromissos de reconciliação entre as partes através do trabalho em favor da comunidade”.

⁵⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative Justice and Responsive Regulation*. Oxford: Oxford Press, 2002. pp 8-10

enquanto o movimento pelos direitos civis salientava a discriminação racial em todos os âmbitos do sistema de justiça e apontava para políticas de descarcerização com ênfase na necessidade de criação de alternativas ao sistema prisional e respeito aos direitos dos presos, o movimento feminista chamava a atenção para o mau tratamento das vítimas na justiça criminal e igualmente estava envolvido em campanhas pelos direitos dos presos. Ambos os movimentos perceberam, assim, que possuíam pontos em comum em suas experiências de injustiça e de tratamento indiferente pelo sistema oficial (ACHUTTI, 2014, p. 53-54).

Igualmente, são destacados uma variedade de iniciativas sociais implementadas a partir dos anos 1970 que poderiam ser identificadas atualmente com o ideário restaurativo: programas direcionados aos direitos dos prisioneiros e alternativas às prisões; formulação de estratégias de resolução de conflitos no âmbito da comunidade; programas de reconciliação vítima-ofensor; programas de mediação vítima-ofensor; grupos de defesa dos direitos das vítimas (*victims advocacy*); conferências de grupos familiares (*family group conferences*); círculos de sentença (*sentencing circles*); painéis de impacto de vítimas e os conselhos de reparação (DALY, IMMARIGEON, 1998, p. 6-11 e WALGRAVE, 2008, p. 15-16, apud ACHUTTI, 2014, p. 53-54).⁵¹

Assim, catalogando os muitos estudos e as muitas iniciativas que estavam em operação, ainda que não fizessem explicitamente menção ao termo justiça restaurativa, a expressão passa a ser utilizada nos anos 1990 quando o tema volta a atrair o interesse de pesquisadores como um possível caminho para reverter a situação da ineficiência e altos custos, tanto financeiros como humanos, do sistema de justiça tradicional e o fracasso deste sistema na responsabilização dos infratores e atenção a necessidades e interesses das vítimas (MORRIS, 2005, p. 440-441).

Embora destinado a conflitos diversificados – na família, na vizinhança, na escola, no ambiente de trabalho, nas comunidades e no sistema de justiça –, o modelo restaurativo vem ganhando amplo espaço de atuação especialmente quando se trata de conflitos definidos como crimes, infrações e violências (ANDRADE, 2012, p. 334). Hoje, representa um modelo contraposto ao da justiça criminal tradicional, eminentemente punitivo-retributiva.

4.2 O que propõe o discurso restaurativo?

⁵¹ DALY, Kathleen; IMMARIGEON, Russ. The past, present and future of restorative justice: some critical reflections. *Contemporary Justice Review*, v.1, n.1, 1998. pp. 6-11 e WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*. Cullompton (Reino Unido) e Portland (EUA): Willan Publishing, 2008. pp 15-16

Autor de destaque na área da justiça restaurativa, Howard Zehr (2008, p. 168) afirma: “nós vemos o crime através da lente retributiva”. Segundo ele, por essa lente o processo penal não consegue atender muitas das necessidades da vítima e do ofensor, pois negligencia as vítimas e fracassa no intento declarado de responsabilizar o ofensor e coibir o crime.

Com o modelo restaurativo, propõe-se uma nova compreensão de crime e dos objetivos da justiça. A perspectiva é ampliada e o crime passa a ser concebido como dano pessoal e como relação interpessoal, “é uma violação de pessoas e relacionamentos” (ZEHR, 2008, p. 174). Esses danos são definidos concretamente e a vítima não é o Estado, mas as pessoas e os relacionamentos. Aqui o papel da justiça é voltado para reparação dos danos causados à vítima, à sociedade, ao autor da violação e às relações interpessoais que forem atingidas (ZEHR, 2008, p. 174).

A justiça restaurativa é diversa, portanto, do paradigma proposto pela justiça criminal tal qual a conhecemos, que coloca o crime como um ato violador da norma estatal e centra na figura do Estado a missão de atribuir-se culpa e pena como reação a conduta e como forma de compensar as consequências do delito.

E, como destaca Vera Andrade (2012, p. 334), ela ganha amplitude em nosso contexto contemporâneo, eis que representa

resposta à grave crise de legitimidade que afeta o sistema penal e a prisão (incapacitados de dar respostas satisfatórias a vítimas e infratores) e em antítese superadora do modelo retributivo-punitivo por ele reproduzido, hoje revigorado pelo eficientismo penal, mormente pela “Tolerância-Zero”, resultado em duplicação permanente de violências (ANDRADE, 2012, p. 334).

A "troca de lentes", como sugerido por Howard Zehr (2008), representa um convite a inverter a compreensão que temos a respeito do ato delitivo e de suas consequências, propondo uma aproximação, relação dialógica (direta ou indireta), consensual e voluntária entre vítima, ofensor e comunidade. Busca-se com tal proposição a identificação e o atendimento das necessidades de cada uma dessas partes. É uma nova forma de enxergar crimes e punições.

Como vimos na 1ª Etapa do presente trabalho, o movimento de vítimas, sobretudo nos anos 1980, é impulsionado, dentre outros fatores, pela crise de legitimidade do sistema penal em face do seu caráter burocrático, não participativo e inefetivo, bem como é fruto da percepção de que o delito deveria deixar de ser compreendido como uma ofensa ao Estado e concentrar-se no dano causado às vítimas individuais. É nesse sentido que muitos vitimólogos

vão enveredar pela justiça restaurativa, eis que, junto com os defensores deste modelo, comungam do reclame por maior atendimento das vítimas pelo sistema penal, bem como que seus anseios sejam escutados no processo e no momento de decisão da pena imposta (LARRAURI, 2004, p. 70).

Mylène Jaccoud (2005, p. 165) lembra que, ao término da Segunda Guerra Mundial, surge e se desenvolve um discurso de cunho científico sobre as vítimas, *a vitimologia*. A autora entende que primeiramente este conhecimento vai reproduzir “a pura tradição positivista que caracteriza a criminologia da época”, preocupando-se com as razões da vitimização, tentando identificar os fatores que predisõem os indivíduos a tornar-se vítimas.

Ainda segundo essa autora, o interesse para as consequências da vitimização é tardio. “Os lobbys vitimistas ligados e apoiados pelos sábios discursos sobre a vítima, vão sensibilizar profundamente os críticos teóricos do modelo retributivo para as necessidades, mas sobretudo para a ausência da vítima no processo penal” (2005, p. 165).

No entanto, Mylène Jaccoud destaca que embora tenha inspirado a formalização dos princípios da justiça restaurativa, o movimento das vítimas não os endossou nem participou diretamente de seu advento⁵². Todavia, podemos reputar ao movimento vitimista a contribuição para nutrir bases de uma justiça restaurativa que destaca a necessidade, bem como a priorização das demandas de reeducação das vítimas e da participação das mesmas nos processos judiciais (JACCOUD, 2005, p. 174).

Do mesmo modo, como explica Gabriel Anitua (2008, p. 710), muitos pensadores, influenciados pelos diferentes autores abolicionistas, vieram a participar de projetos de justiça restaurativa, reconhecendo que, embora a ocorrência de determinados fatos problemáticos devesse ser erradicada de nossas convivências, por inclusive despertar repulsa, concordavam que a reação punitiva não é necessária – “Parece mais razoável cair na opção restauradora”.

A reparação do dano e a participação da sociedade num determinado problema não levam alguns estudiosos do abolicionismo a renunciar a qualquer modelo de justiça, mas sim ao modelo retribucionista. Pelo contrário, autores como Nils Christie, como vimos, apostam em uma justiça mais democrática e participativa e que esteja particularmente atenta aos atingidos. Assim, alguns autores abolicionistas apostam nesse outro modelo de justiça, defendendo a necessidade de adotar medidas coativas, mas não para castigar, e sim para

⁵² O debate entre movimento de vítimas e a justiça restaurativa perpassa a discussão quanto à aplicação das práticas restauradoras nos casos de crimes graves e nos crimes marcados por um forte desequilíbrio de poder entre as partes, como por exemplo, incesto, agressão sexual, racismo, violência de gênero. De um modo geral, há resistências por parte dos movimentos de promoção dos direitos e interesses das vítimas em não aceitarem a ideia de que os programas de justiça restaurativa se abram para as situações que envolvam esse tipo de criminalidade. Para mais informação sobre esse tema, ver a última parte desse trabalho.

reparar ou neutralizar o conflito, ou até mesmo para manifestar repúdio. Ao teorizar sobre como fazê-lo, as propostas alternativas oscilam entre referências genérica ao direito civil ou a sistemas de justiça informal, os quais pretendem devolver o conflito à vítima (ANITUA, 2008, p. 710).

Ao tratar do surgimento do movimento da justiça restaurativa a partir da abordagem abolicionista, Elena Larrauri (2004, p. 69) cita a obra de Nils Christie, de 1977, “Conflitos como propriedade”⁵³, em que este acusa a apropriação do conflito pelo Estado, estabelecendo uma relação entre Estado e infrator, banindo a vítima de sua resolução; defendendo, por outro lado, o encontro direto entre vítima e autor do fato. No entanto, a autora procura compreender, “então, por que a partir da década de noventa se fala de justiça restaurativa e não de abolicionismo?” (LARRAURI, 2004, p. 69, tradução nossa).

Sobre o tema, John Braithwaite, criminólogo australiano, “representante teórico mais elaborado de todo o movimento da justiça restaurativa, que também constituiu uma das consequências da pregação dos autores abolicionistas” (ANITUA, 2008, p. 712), destacado como um dos autores precursores do ideário restaurativo, aproxima seu discurso dos abolicionistas, com o objetivo de superar o processo penal contemporâneo e outorgar à vítima e à comunidade maior participação nos processos. No entanto, esse autor procura apontar as diferenças de política criminal entre a justiça restaurativa e o abolicionismo. Por exemplo, enquanto a justiça restaurativa admite a utilização do cárcere para um reduzido número de delitos e segue conferindo importância à conservação das garantias processuais e penais, o abolicionismo propõe não só uma alternativa à pena de prisão, mas uma total substituição do atual processo penal e, em sua concepção mais extrema, uma alternativa ao sistema penal (PALLAMOLLA, 2009, p. 35).

Resta evidente, portanto, que a proposta abolicionista implica uma alternativa ao sistema penal atual, em que a comunidade recupera sua capacidade de solucionar seus conflitos ou que sua resolução seja por meio do direito civil.

Nos dizeres de Elena Larrauri, tal proposição chocou criminólogos e juristas:

Esta proposta chocou não apenas o ceticismo dos criminólogos que duvidam que somente a comunidade ou a vítima estaria satisfeita em recuperar esse protagonismo, mas especialmente esbarrou nas críticas dos juristas que entenderam que isso implicava ignorar os direitos e garantias do processo penal. Em resumo temia-se que a aspiração de prescindir da pena conduzisse a prescindir do direito (LARRAURI, 2004, p. 70, tradução nossa)

⁵³ Para mais informação sobre o pensamento desse autor, ver a 2ª Etapa do presente trabalho.

Assim, para essa autora, a justiça restaurativa apresentou-se mais dialogável com a justiça penal do que o discurso abolicionista, sobretudo, por prever princípios reguladores e a possibilidade de juízes penais supervisionarem os acordos realizados, garantindo assim a não vulneração de direitos processuais que eventualmente procedimentos restaurativos pudessem ocasionar. Isto é, a coexistência entre os dois modelos de justiça, retributivo e restaurativo, seria defendida (LARRAURI, 2004, p. 70).

De todo modo, podemos afirmar que é nessa complexidade que se forja o discurso restaurativo. Ele “é fruto de uma conjuntura complexa, pois recebeu influência de diversos movimentos: o que contestou as instituições repressivas e mostrou seus efeitos deletérios (como o abolicionismo); o que (re) descobriu a vítima (vitimologia); e o que exaltou a comunidade, destacando suas virtudes” (PALLAMOLLA, 2009, p. 36).

Por fim, de um modo geral, os debates vitimológicos e abolicionistas foram fundamentais nas origens do movimento da justiça restaurativa, podendo ser considerados, todos eles, grupos críticos ao sistema de justiça tradicional, que em algum momento focaram suas análises, pesquisas, críticas em discursos sobre a vítima. Eles vislumbram nesse modelo mecanismo de ampliação do uso de penas distintas da prisão, as quais além de satisfazer a vítima seriam menos prejudiciais para o autor do fato, representando, portanto, alternativa ao cárcere e meio adicional para diminuir a população carcerária (LARRAURI, 2004, p. 72).

Tal complexidade é refletida no fato de a justiça restaurativa apresentar modelo e conceito não únicos, mas plurais. As variações encontradas refletem as especificidades dos contextos de produção, associadas a uma base simultaneamente teórica e empírica que reúne conhecimento e experiência de práticas consideradas restaurativas em diversos países, como Canadá, Estados Unidos, Nova Zelândia, Austrália, África do Sul, Argentina, Colômbia e Brasil, entre outros (ANDRADE, 2012, p. 334).

Em verdade, nos dizeres de Mylène Jaccoud, “ela recupera orientações, elementos e objetivos tão diversificados que é provavelmente mais pertinente considerar a justiça restaurativa como um modelo eclodido” (JACCOUD, 2005, p. 163).

Para Renato Gomes Pinto (2005, p. 20), justiça restaurativa representa

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

Já Mylène Jaccoud (2005, p. 168-169), considerando o núcleo e a base da justiça restaurativa enquanto o reparo das consequências, de dimensões simbólicas, psicológicas e materiais, vividas após uma infração, definirá a justiça restaurativa como “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”.

Howard Zehr (2008, p. 257) descreve a justiça restaurativa como aquela que

tem foco nos *danos* e consequências *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor); trata das *obrigações* resultantes desses *danos* (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade); utiliza processo *inclusivo e cooperativos*; envolve todos os que têm um *interesse* na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade); buscar *corrigir os males*. (grifo do autor).

As dificuldades e amplitude conceituais são, também, estendidas ao buscar-se delimitar os objetivos do modelo, estejam eles direcionados “à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização, dentro outros, sem que estes objetivos, necessariamente, sejam alcançados ou buscados simultaneamente em um único procedimento restaurativo” (PALLAMOLLA, 2009, p. 53).

Por essa abertura, e aparente falta de definição e variedade de objetivos, desdobram-se críticas em relação à justiça restaurativa, nas quais são suscitados riscos de que as práticas não respeitem princípios comuns, inviabilizando, inclusive, a própria avaliação dos programas. Por outro lado, mais do que um conceito aberto, podemos compreendê-lo como um conceito fluido, que vem sendo modificado, assim como suas práticas, desde os primeiros estudos e experiências restaurativas (PALLAMOLLA, 2009, p. 54). De fato, como relata Mylène Jaccoud (2005, p. 166), a justiça restaurativa é fruto de uma conjuntura complexa, associada em seu início ao movimento de descriminalização, o qual deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto no sistema penal a partir da metade dos anos 1970, as quais se institucionalizaram nos anos 1980, culminando nos anos 1990, numa fase de expansão.

Assim, como bem destaca Raffaella Pallamolla (2009, p. 55), “enquanto movimento internamente complexo, a justiça restaurativa apenas é capaz de sustentar um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência”.

Assim, não existirá uma única resposta para as perguntas “o que significa justiça restaurativa” ou “o que propõe a justiça restaurativa”. E justamente por tal fluidez e

complexidade, encontraremos na literatura dedicada ao tema ampla discussão sobre quais seriam as “concepções”, “valores” e “princípios”, a orientar as práticas restaurativas.

Sem pretender, aqui, esgotar o tema e tampouco conferir ao mesmo simplificações e/ou equívocos, passa-se agora à exemplificação de algumas diretrizes apontadas por Raffaella Pallamolla (2009, p. 55). Ela apresenta três concepções para a justiça restaurativa, com base na obra de Gerry Johnstone e Daniel W. Van Ness⁵⁴, “as quais conferem destaque a propósitos diferentes, ainda que, na maioria das vezes, não antagônicos” sobre o tema.

Pela concepção do encontro, a vítima, ofensor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de encontrar-se em um local não tão formal e dominado por especialistas (advogados e juízes, por exemplo) como os fóruns e tribunais, a permitir assim que os envolvidos no delito ou dano assumam posições ativas nas discussões e na tomada de decisões, contando com a ajuda de um facilitador (PALLAMOLLA, 2009, p. 55-56).

Sobre essa proposta, Elena Larrauri (2004, p. 74) destaca ser o modelo de processo dialogado diferente da justiça criminal comum, pois propõe que, ao invés de uma pena imposta pelo juiz, um acordo seja alcançado pelas partes. O diálogo é defendido “em primeiro lugar, porque acredita-se ser mais benéfico para a vítima por permitir que esta expresse diretamente ao infrator seus sentimentos de ira, medo ou angústia, contribuindo desse modo à superação do impacto do delito” (LARRAURI, 2004, p. 74, tradução nossa). O que, por outro lado, tende a viabilizar que o autor do fato se torne mais consciente do dano provocado. Tal proposta difere, em absoluto, de uma eventual pena de reparação imposta pelo juiz, legitimando-se, portanto, o diálogo pelo qual se alcança o acordo, o qual “tem um valor em si mesmo, o qual seria anulado quando este é imposto por um juiz” (LARRAURI, 2004, p. 77, tradução nossa).

O fato de o infrator se responsabilizar pelo mal realizado mediante um diálogo é entendido, também, como algo positivo, eis que se entende que por essa via ele pode experimentar o processo como algo mais justo, creditando-se, inclusive, nessa experiência, a chave para reduzir a reincidência criminal. Como explica Elena Larrauri, “definitivamente, o raciocínio moral e a procedimento justo presentes no diálogo vítima-infrator, são fatores nos quais se acredita poderem reduzir a reincidência das pessoas” (LARRAURI, 2004, p. 75, tradução nossa).

⁵⁴JOHNSON, G.; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. Em: JOHNSON, G.; VAN NESS, Daniel W (ed.). *The Handbook on Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

Por outro lado, tal concepção é inacabada e sujeita a avaliações. Sabe-se dos riscos inerentes a esse modelo, como, por exemplo, de profissionais dominarem a situação, reduzindo ou inviabilizando o diálogo entre as partes; de vítimas não quererem ou estarem impossibilitadas de participar, hipótese em que somente o autor do fato se beneficiará com o diálogo; ou da não efetivação do diálogo em virtude da burocratização e institucionalização do procedimento (PALLAMOLLA, 2009, p. 56-57).

Pallamolla trata também da concepção da reparação, ocasião em que o dano da vítima deve ser reparado, materialmente e/ou simbolicamente. A autora explica que os adeptos dessa tendência afirmam que a reparação é suficiente para que exista justiça, portanto, não é necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor, eis que o acordo restaurativo tem potencial para reparar a vítima, bem como oportuniza a (re)integração do ofensor e a restauração da comunidade abalada pelo delito (PALLAMOLLA, 2009, p. 57).

Para Howard Zehr (2008, p. 176-177), a justiça deve ser definida como restauração, o que significa dizer que “se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura”. Para esse autor, portanto, o primeiro objetivo da justiça deve ser reparar e curar as vítimas, e, o segundo, deve ser sanar o relacionamento entre vítima e ofensor, reconciliar-se. A cura, para ele, implica em senso de recuperação. No caso da vítima, voltar a sentir-se segura e no controle; no caso do ofensor, ser incentivado a mudar. E embora reconheça que a reconciliação, que envolve pleno arrependimento, perdão e estabelecimento de um relacionamento positivo entre vítima e ofensor, não chegará a acontecer em todos os casos, acredita na possibilidade de um relacionamento satisfatório. Ofensores, também, precisam de cura, segundo o autor. Assim a responsabilização pode ser entendida como um caminho para a mudança e a cura.

Para Zehr (2008, p. 180), a justiça, no caso de ocorrência de um crime, deve ter como ponto de partida as necessidades daqueles que foram violados. Ao revés do que ocorre no paradigma retributivo, orientado por perguntas como “quem fez isso?” e “o que faremos com o culpado?”, o autor aponta que a preocupação primeira deve ser responder às perguntas “quem sofreu dano?”, “que tipo de dano?”, “o que estão precisando?”. Tais perguntas orientariam as necessidades prementes das vítimas, sobretudo, apoio e segurança. Seguidas, após, por outras necessidades como oportunidade para contar sua versão dos fatos, expor sentimentos, contar sua verdade, partilhar sofrimentos e, inclusive, serem vindicadas. Segundo ele, vítimas precisam estar seguras de que “algo foi feito para corrigir o mal e reduzir as chances de uma nova ocorrência” (ZEHR, 2008, p. 180-181). No entanto, o autor entende que a retribuição pode ser uma forma de solução, mas aposta na restituição ou

reparação, que não se resume a recuperação de perdas, mas sobretudo, reconhecimento do erro e assunção de responsabilidade. “A correção do mal é, em si, uma forma de expiação que poderá promover a cura mais eficazmente do que a retribuição” (2008, p. 181).

Essa concepção, portanto, pressupõe a encontro entre os atores a fim de se alcançar a reparação, momento em que a vítima pode expressar como se sente em relação ao que aconteceu, fazer perguntas ao ofensor da mesma maneira que o autor do fato teria a oportunidade de desculpar-se e concordar com as eventuais reparações a fazer (PALLAMOLLA, 2009, p. 58).

Por fim, teríamos a concepção da transformação. Raffaella Pallamolla (2009, p. 58-59) explica que alguns defensores e estudiosos da justiça restaurativa defendem a ideia de que seu objetivo principal “é transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no dia a dia”. Por esta concepção aposta-se que a justiça restaurativa tem potencial para conduzir uma forma de vida a ser adotada em que a hierarquia entre os seres humanos não exista. Dialogando com o ideário abolicionista, como por exemplo o proposto por Hulsman, aposta em uma mudança de linguagem na qual são abolidas as distinções entre crime e outras condutas danosas.

Em resumo, a justiça restaurativa representará para alguns,

um processo de encontro, um método de lidar com o crime e a injustiça que incluiu os interessados na decisão sobre o que deve ser feito. Para outros, representa uma mudança na concepção de justiça, que pretende não ignorar o dano causado pelo delito e prefere a reparação à imposição de uma pena. Outros, ainda, dirão que se trata de um rol de valores centrados na cooperação e na resolução respeitosa do conflito, forma de resolução eminentemente reparativa. Por fim, há quem diga que busca uma transformação nas estruturas da sociedade e na forma de interação entre os seres humanos e destes com o meio ambiente (PALLAMOLLA, 2009, p. 60).

Todas essas concepções encontram-se inseridas no movimento restaurativo, possuem pontos em comum, e a prática revela estar permeada pelas características das três, com menor ou maior ênfase.

Raffaella Pallamolla cita a obra de John Braithwaite, *Principles of Restorative Justice*⁵⁵, ao tratar dos valores restaurativos, que tomou como base para sua formulação “tratados internacionais que justificam os direitos humanos e valores que aparecem repetidamente em avaliações empíricas de experiências de vítimas e ofensores, nas quais estes

⁵⁵ BRAITHWAITE, J. *Principles of Restorative Justice*. Em: Von HIRSCH, A., ROBERTS, J., BOTTOMS, A., ROACH, K., SCHIFF, M (eds.). *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, pp. 1-20.

dizem o que querem de um processo restaurativo na justiça criminal” (PALLAMOLLA, 2009, p. 61).

Importa destacar que, para esse autor (BRAITHWAITE, 2003, p. 1, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 60-61), a justiça restaurativa “não é apenas uma maneira de reformar o sistema de justiça criminal, mas de transformar todo o sistema legal, a vida das pessoas, o ambiente familiar ou de trabalho e até mesmo a polícia”, e os valores a acompanhar tal transformação não serão estáticos, mas serão elaborados com base na análise empírica e verificação da prática.

Em um primeiro grupo de valores, obrigatórios, estariam aqueles que devem ser respeitados a fim de prevenir que o processo se torne opressivo: (i) não-dominação entre os participantes; (ii) empoderamento – “trata-se de dar voz aos implicados e compreender seus pontos de vista”, sobretudo, a vítima, diferindo bastante do papel que lhes é outorgado pelo processo penal, permitindo que elas participem ativamente do processo e se sintam tratadas de forma justa; (iii) obedecer ou honrar os limites máximos estabelecidos como sanções a fim de proibir qualquer forma degradante ou humilhante de desfecho; (iv) escuta respeitosa entre participantes; (v) preocupação igualitária com todos os participantes – ofensor, vítima e a comunidade afetada devem sair ganhando, ainda que a necessidade de cada um divirja; (vi) *accountability*, *appealability* refere-se ao fato de que “qualquer pessoa envolvida em um caso penal ou de outra esfera do direito deve ter o direito de optar por um processo restaurativo ao invés do processo judicial tradicional; a opção contrária também deve ser admitida”; (vii) respeito aos direitos humanos constantes na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Declaração dos Princípios básicos da justiça para as vítimas de crime e abuso de poder, bem como em outros documentos internacionais (PALLAMOLLA, 2009, p. 62-64).

O segundo grupo apontado é formado por valores que podem ser dispensados pelos participantes do processo restaurativo, embora devam ser encorajados. São eles os orientadores do procedimento, os quais estão relacionados aos possíveis objetivos dos encontros restaurativos: todas as formas de cura ou restauração, seja do bem danificado, seja emocional, dignidade e compaixão ou mesmo suporte social e prevenção de futuras injustiças sociais. Além de guiarem o processo, tais valores podem ser usados para medir o sucesso do processo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009, p. 64; ACHUTTI, 2014, p. 69).

O terceiro grupo trata de valores que não podem ser exigidos dos participantes da justiça restaurativa por dependerem do desejo da cada um, são considerados, portanto, valores emergentes. Eles abrangem manifestações espontâneas das partes como, por exemplo, o perdão, pedido de desculpas, clemência e remorso pela injustiça causada. O surgimento de

tais valores demonstra o sucesso do processo restaurativo (PALLAMOLLA, 2009, p. 64; ACHUTTI, 2014, p. 70).

Em resumo, nas palavras de Daniel Achutti (2014, p. 71, grifos do autor), a partir da classificação sugerida por Braithwaite “é possível dizer que a *necessidade de observação* dos valores que integram o primeiro grupo, a *busca pela realização* dos previstos no segundo grupo, e o *respeito à naturalidade* da emergência dos constantes do terceiro grupo, são questões fundamentais para um encontro bem-sucedido”.

Johnstone e Van Ness⁵⁶ (2007, p. 7-8, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 65-66) igualmente propõem uma lista de fatores que poderão aparecer em intervenções restaurativas, ainda que não ao mesmo tempo: existência de relativa informalidade no procedimento, objetivando envolver as partes; ênfase no empoderamento das pessoas afetadas; esforço em promover a responsabilização do infrator em detrimento de sua estigmatização e punição; asseguramento de que o processo e a decisão tomada sejam guiados por princípios ou valores aceitos e desejados entre todos, afastando e amenizando violência, coerção e exclusão; atenção aos danos causados à vítima e as necessidades daí decorrentes; ênfase no reforço ou reparação das relações entre os envolvidos.

Em essência, haverá poucas diferenças entre os valores restaurativos apresentados na literatura dedicada ao tema. Em verdade, como bem explicou Alisson Morris, não haverá uma “forma correta” de implantar ou desenvolver a justiça restaurativa. Sua essência não será definida pela escolha de um modelo. O esperado é que o procedimento a ser adotado reflita os valores restaurativos e permita a vivência dos processos, resultados e objetivos restaurativos (MORRIS, 2005, p. 442-443).

4.3 Componente legitimante: marco regulatório e principiológico das Nações Unidas

A justiça restaurativa hoje conta com um marco legislativo internacional que lhe confere legitimidade. Para os defensores da justiça restaurativa, tal marco regulatório e principiológico é importante na medida em que ajuda a melhor analisar as críticas provenientes tanto de âmbito teórico, quanto prático. Assim, ele se propõe a oferecer orientações quanto à implementação da justiça restaurativa, a auxiliar na superação das

⁵⁶ JOHNSON, G.; VAN NESS, Daniel W. The Meaning of Restorative Justice. Em: JOHNSON, G.; VAN NESS, Daniel W (ed.). The Handbook on Restorative Justice. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.

referidas críticas, bem como a prevenir práticas equivocadas ou ineficientes (PALLAMOLLA, 2009, p. 87).

Se por um lado, como vimos, é reconhecida a vagueza, diversidade, complexidade e fluidez não apenas do conceito de justiça restaurativa, mas também de seus valores, e, portanto, não existe consenso sobre as regras que devem reger os programas, tal regulação legal internacional tem o objetivo de dotar as experiências restaurativas de um marco legal adequado e unitário (LARRAURI, 2004, p. 67). Tais princípios “não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la” (PALLAMOLLA, 2009, p. 87-88).

O Conselho Econômico e Social das Nações Unidas (ECOSOC) teve importante participação na divulgação e ampliação dos projetos de justiça restaurativa entre seus Estados-membros, publicando várias resoluções estimulando práticas nessa área.

Ainda em 1999, foi editada a Resolução 1999/26, intitulada “Desenvolvimento e Implementação de Medidas de Mediação e Justiça Restaurativa na Justiça Criminal”, ocasião em que a ECOSOC recomendou que os Estados considerassem, no contexto de seus sistemas de Justiça, o desenvolvimento de procedimentos alternativos ao processo judicial tradicional e a formulação de políticas de mediação e de justiça restaurativa. No teor da resolução, tais “medidas visam o desenvolvimento de uma cultura favorável a sistemas alternativos de resolução de conflitos nas autoridades judiciais, sociais e outras responsáveis pelo cumprimento da lei e pelo atendimento e promoção dos direitos do cidadão” (BRASIL, 2005, p. 9).

Já na Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”, foram requisitados meios para se estabelecer princípios comuns na utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Para tal pleito, compromissos internacionais a respeito das vítimas foram levados em consideração, como a “Declaração sobre Princípios Básicos de Justiça para Vítimas de Crimes e Abuso de Poder”.⁵⁷

É com a Resolução 2002/12,⁵⁸ intitulada “Princípios Básicos para a Utilização de Programa de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal”, de julho de 2002, que, por fim, se

⁵⁷ Adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas na sua Resolução 40/34, de 29 de Novembro de 1985.

⁵⁸ Texto disponível no site: <<http://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>> e com versão em português no site: <<http://justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.VFJ-nF-PM>> (Tradução livre de Renato Sócrates Gomes Pinto).

elabora um núcleo conceitual e principiológico básico sobre a justiça restaurativa, validando e recomendando sua aplicação para todos os países signatários.

De fato, como bem explicitou Vera Regina Andrade (2012, p. 334), “tanto na literatura como em documentos internacionais, parece existir uma tendência para um núcleo conceitual e principiológico básico sobre justiça restaurativa, cuja referência mais globalizada é o enunciado na Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas”.

Tal Resolução é compreendida e difundida como um mecanismo de encorajamento aos Estados membros das Nações Unidas para implementar programas de justiça restaurativa na área criminal sob a inspiração dos princípios básicos elencados. A proposta é de que haja uma ampla disseminação dos princípios básicos e a implementação de pesquisa, capacitação e programas na área.

Sua abordagem buscou abarcar todas as informações necessárias sobre o tema, tendo hoje a condição não apenas de “um catálogo de princípios de obrigatória observação, mas de um guia geral relacionado ao tema” (ACHUTTI, 2014, p. 72).

Tal documento atesta, logo em seu preâmbulo, um “significativo aumento de iniciativas com justiça restaurativa em todo o mundo”, bem como que estas encontram inspiração “em formas tradicionais e indígenas de justiça que veem, fundamentalmente, o crime como danoso às pessoas”. A compreensão da justiça restaurativa é apresentada enquanto resposta ao crime que respeita a “dignidade e a igualdade das pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social mediante a restauração das vítimas, ofensores e comunidades”.

Por esse documento internacional, a abordagem restaurativa

propicia uma oportunidade para as vítimas obterem reparação, se sentirem mais seguras e poderem superar o problema, permite os ofensores compreenderem as causas e consequências de seu comportamento e assumir responsabilidade de forma efetiva, bem assim possibilita à comunidade a compreensão das causas subjacentes do crime, para se promover o bem estar comunitário e a prevenção da criminalidade (preâmbulo).

Outro ponto de destaque é o entendimento de que a abordagem restaurativa comporta uma variedade de medidas flexíveis e adaptáveis aos sistemas de justiça criminal, completando esses sistemas, e não prejudicando o direito público subjetivo dos Estados de processar presumíveis ofensores.

No todo, a Resolução 2002/12 está dividida em cinco seções: (i) definição; (ii) uso; (iii) operação dos programas de justiça restaurativa; (iv) facilitadores e (v) desenvolvimento

contínuo dos programas, totalizando vinte e três princípios, referentes às definições e à operacionalidade da justiça restaurativa (ACHUTTI, 2014, p. 72).

Pela Resolução 2002/12, art. 2º, será um processo restaurativo aquele em que “vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participem ativamente na resolução das questões oriundas de tal fato”.

Processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*) (art. 2º), e os resultados restaurativos “incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor” (art. 3º).

A Resolução prevê a figura do facilitador: “pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo” (art. 5º).

Ao tratar do uso dos programas de justiça restaurativa, na Resolução a orientação apresentada é a de que “os programas de justiça restaurativa podem ser usados em qualquer estágio do sistema de justiça criminal, de acordo com a legislação nacional” (art. 6º).

Além disso, deve haver prova suficiente de autoria e o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor para que o processo restaurativo seja utilizado. Os acordos, igualmente, “só poderão ser pactuados voluntariamente e devem conter somente obrigações razoáveis e proporcionais” (art. 7º).

Outro ponto de destaque é a previsão de que a vítima e o ofensor devem normalmente concordar sobre os fatos essenciais do caso. No entanto, em não havendo acordo entre as partes, o procedimento deve retornar ao procedimento da justiça criminal e a participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior (art. 8º e 9º), nem eventual insucesso do processo restaurativo poderá ser usado em processo criminal subsequente (art. 16).

Sobre a operacionalidade dos programas de justiça restaurativa a Resolução sinaliza que os Estados membros devem estudar o estabelecimento de diretrizes e padrões, na legislação, quando necessário (art. 12).

Já em seu art. 13, o texto da Resolução explicita a necessária observância das “garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima”, destacando o direito à assistência jurídica sobre o processo restaurativo e a confidencialidade do procedimento restaurativo (art. 14).

O art. 15 estabelece que os resultados dos acordos deverão ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos. A ideia é que o resultado do encontro restaurativo tenha o mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial, precluindo, inclusive, ulterior ação penal em relação aos mesmos fatos.

Caso o acordo não seja implementado ou cumprido pelas partes, a Resolução (art. 17) recomenda o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal. É ressalvado, no entanto, que a não implementação do acordo extrajudicial não deverá ser usada como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente.

Os artigos 18 e 19 são dedicados a figura do facilitador (mediador). O papel da mediação é o de garantir que as partes dialoguem de modo a construir conjuntamente um acordo justo para ambos os lados, primando para que esse diálogo não represente mais uma forma de conflito, mas sim um meio para a reparação dos danos e restauração das relações sociais. Devem os facilitadores, no entanto, atuar de forma imparcial, com o devido respeito à dignidade das partes, capacitando-as a encontrar a solução cabível entre elas (art. 18).

Por fim, reitera-se que a Resolução 2002/12 se apresenta enquanto um guia de princípios e diretrizes a serem observados ou não pelos Estados membros da ONU nos processos de implementação da justiça restaurativa ou nos seus programas já em andamento. Seu texto procura acompanhar flexibilidade oriunda dos valores e princípios que “conduz a uma enorme gama de processos restaurativos possíveis” (ACHUTTI, 2014, p. 77).

No entanto, é inegável que a Resolução assumiu em nosso país o papel de marco regulatório sobre o tema, atribuindo legitimidade às práticas restaurativas perante o nosso ordenamento jurídico. A confirmar tal assertiva, temos que a prática da justiça restaurativa hoje é incentivada pelo Conselho Nacional de Justiça através da Resolução CNJ n. 125,⁵⁹ que visa fomentar a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos, dispondo logo em seu art. 7º que os Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos “poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos”.

⁵⁹ Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=156>>. Acesso em 15 jan. de 2015

4.4 Justiça restaurativa *versus* justiça retributiva^{60 61}

Como vimos, o ressurgimento do interesse pelos valores, processos e práticas restaurativas que ocorre na década de 1990 é creditado, em grande parte, à crise do modelo tradicional de justiça. No entanto, subsistem questionamentos sobre a polaridade que se busca estabelecer entre esses dois paradigmas. É um tema em debate, sem consenso, entre os próprios teóricos dos modelos restaurativos: são, de fato, dois modelos excludentes? Possuem formas absolutamente diferentes de lidar com o delito? Existem pontos de aproximação? Pode-se utilizar a justiça restaurativa dentro do sistema de justiça criminal ou somente fora dele? Estes são alguns questionamentos que surgem nesse debate.

Sobre esse tema, seguem alguns desses argumentos elaborados pela literatura que se dedica ao novo paradigma.

Segundo Mylène Jaccoud (2005, p. 170), a justiça restaurativa se apoia no princípio de uma redefinição do crime, o qual não se resume a uma transgressão de uma norma jurídica, mas representa, também, um ato que acarreta consequências (JACCOUD, 2005, p. 170). Para os estudiosos dedicados ao modelo restaurativo, aí está a grande contraposição entre os paradigmas de justiça, a atenção dada ao ato danoso, aos prejuízos causados, aos envolvidos – vítima, ofensor e comunidade – e às possíveis soluções do conflito.

Para Howard Zehr, a superação do modelo retributivo pelo restaurativo passa, necessariamente, pela compreensão dos conceitos de crime e culpa inerentes àquele. “Uma mudança verdadeira só será possível se nos debruçarmos sobre essas definições e pressupostos fundamentais” (ZEHR, 2008, p. 62), os quais estão presentes nas sociedades contemporâneas, que reproduzem o ideário típico da modernidade que identifica determinada conduta como crime a partir da norma legal e foca no processo de estabelecimento de culpa e punição para o ato danoso. Os seguintes pressupostos sintetizariam, portanto, o paradigma da justiça retributiva: “a culpa que deve ser estabelecida; a justiça que deve vencer e que passa

⁶⁰ As expressões justiça retributiva, retribucionista, paradigma retribucionista, sistema penal retribucionista identificam a justiça criminal tradicional, convencional, pondo em evidência o fato dessa fazer uso de penas, principalmente a de prisão, como respostas às infrações penais.

⁶¹ Para além da perspectiva retribucionista e restaurativa há ainda autores que trabalham o enfoque reabilitador (terapêutico) de justiça e o modelo sugerido pela justiça instantânea. Para Daniel Achutti, “tanto a justiça terapêutica quanto a justiça instantânea são aplicadas levando-se em consideração os mesmos aspectos do tradicional sistema de justiça criminal: buscam imunizar o culpado, seja através de um tratamento (terapia), seja através de uma medida socioeducativa. Aparentemente, esses dois modelos de justiça penal não conseguem se desvincular da mesma forma de *esclarecimento* que encontramos no processo penal comum. Suas características próprias não nos autorizam a pensar que representam, de fato, alternativas concretas ao processo penal atualmente em vigor no Brasil” (ACHUTTI, 2009, p. 81, grifo do autor).

necessariamente pela imposição de dor; a justiça que é medida pelo processo; e a violação da lei que define o crime” (ZEHR, 2008, p. 63).

Como se vê, na avaliação de Zehr, o estabelecimento da culpa é o fulcro de todo o processo penal, é a atividade central e tudo gira em torno ou flui a partir desse evento (ZEHR, 2008, p. 63).

Segundo o mencionado autor, direcionar a preocupação à culpabilização do infrator é olhar para o passado, pois se intenta reconstruir o fato pretérito para saber quem cometeu o delito. Em consequência, ela assume conotação totalmente diversa da que possui na realidade, ou seja, da forma pela qual foi vivenciada pela vítima e infrator, eis que “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” (ZEHR, 2008, p. 64). Posteriormente ao estabelecimento da culpa, a atenção é deslocada para a imposição da dor, à determinação da punição. Nas palavras de Zehr (2008, p. 73), “culpa e punição são os fulcros gêmeos do sistema judicial. As pessoas devem sofrer por causa do sofrimento que provocam. Somente pela dor terão sido acertadas as contas”.

Assim, pelo modelo retributivo, uma vez fixada a culpa, a resposta pré-definida não se preocupa com as relações rompidas e desestruturadas pelo crime, nem questiona se algo poderá ser feito para harmonizá-las. Seu foco centra-se tão somente naquele ato pontual que foi congelado no tempo e, a partir dessa análise, aplica uma sanção, que será o meio pelo qual o ofensor “pagará” à sociedade o mal que causou. Este modelo pressupõe que o equilíbrio da relação abalada se dá pela inflicção de um mal ao infrator, em tese, legítimo, pois exercido dentro da esfera de atuação estatal. “O objetivo básico de nosso processo penal é a determinação da culpa, e uma vez estabelecida, a administração da dor” (ZEHR, 2008, p. 74).

Tal raciocínio, inevitavelmente, conduz a uma resposta do processo penal que dicotomiza e simplifica a realidade, “na medida em que somente poderá haver a condenação ou absolvição de um cidadão. A culpa e a inocência, portanto, serão sempre excludentes” (PALLAMOLLA, 2009, p. 69). Resta evidente, também, que o foco não é o dano efetivamente causado ou a experiência vivida pela vítima e ofensor, mas o ato de violação da lei. “A ênfase no ato de violar a norma de direito penal é o que permite que tanto ofensa como culpa sejam definidas em termos estritamente legais” (ZEHR, 2008, p. 77). “O modelo da retribuição é uma interiorização da lei que se espera da pena (GARAPON, et al., 2002, p. 276). Assim, é inevitável que o processo penal afaste as partes realmente envolvidas no conflito. Afinal,

já que o Estado é definido como vítima, não é de se admirar que as vítimas sejam sistematicamente deixadas de fora do processo e suas necessidades e desejos sejam tão poucos acatados. [...] O crime é uma ofensa contra o Estado e a justiça consiste em estabelecer a culpa e impor a dor dentro de uma batalha regulamentada. O processo é tido como responsabilidade e, aliás, monopólio do Estado (ZEHR, 2008, p.78-79).

Pelo paradigma restaurativo, no entanto, o crime não é concebido como um evento que viola o Estado, a sociedade – em seu sentido abstrato – ou a ordem jurídica, mas, sim, como lesão às pessoas e às suas relações intersubjetivas. O crime, portanto, é analisado por um viés fenomenológico, considerado como a manifestação de um conflito com profundos significados para as partes e que, de alguma forma, as lesionou. Conforme expõe Achutti, a infração, na justiça restaurativa, deixa de ser um mero tipo penal violado e passa a ser vista como advinda de um contexto bem mais amplo, de origens obscuras e complexas, e não de uma mera relação de causa e efeito (ACHUTTI, p. 2009, p. 73).

Sob este novo paradigma, a atuação penal é guiada com o olhar voltado para o futuro, perquire quais as relações que foram desestabilizadas, os danos causados, e em que medida isto ocorreu, na busca por tentar reparar, em todas essas dimensões – mesmo que simbolicamente – as mazelas sofridas. Este é um dos aspectos em que o modelo restaurativo contrapõe-se ao retributivo, no qual não há espaço para uma orientação subjetiva, contextual e individualizada. A “solução” do conflito aqui é encontrada na lei, na análise de casos análogos já ocorridos, em precedentes jurisprudenciais. O olhar está no passado e o reproduz.

Nesse mesmo sentido, assevera Raffaella Pallamolla (2009, p. 71) que o foco do modelo retributivo não está no dano causado à vítima, ao infrator e à comunidade, ou na experiência destas na ocorrência do delito, mas sim na violação à lei. Aqui “a vítima passa a ser o próprio Estado, tendo este o poder exclusivo de reagir. Dessa forma, ofensa e culpa são definidas em termos legais (violação de norma), enquanto questões éticas e sociais relacionadas aos eventos são afastadas”.

Sobre esse tema, Antoine Garapon sintetiza a lógica desses dois modelos de justiça:

O motor da justiça reconstrutiva já não é a culpabilidade, mas a capacidade. No antigo modelo da retribuição, é uma interiorização da lei que se espera da pena. O delinquente é na pior das hipóteses um dissidente, na melhor, um desviante: em ambos os casos, é preciso levá-lo a encontrar a lei. Deve ser punido ou ajudado, mas o objetivo continua a ser proteger valores comuns. No modelo reconstrutivo, o autor dos fatos já não é abordado nos seus determinismos, mas pelo contrário postulado plenamente capaz, isto é, não apenas em plena posse dos seus meios, mas apto a fazer escolhas morais, a apropriar-se igualmente do discurso da lei (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 276).

A construção de um sistema penal que prime pelo empoderamento possibilita que a justiça seja verdadeiramente *sentida* pelas partes. Ao contrário do que ocorre no modelo retributivo, em que o caso é conduzido e decidido exclusivamente por terceiros, enquanto os personagens do conflito, em especial a vítima, ficam excluídos de todo o processo de decisão, a justiça restaurativa opta por procedimentos que tornem a justiça uma experiência vivida por aqueles que se envolveram no conflito.

“Enquanto o modelo retributivo espera da pena que ela provoque culpabilidade, para a justiça reconstrutiva, o frente a frente leva à responsabilidade”, nos dizeres de Garapon (2002, p. 299). Como explica esse autor, o processo penal é ajustado ao estabelecimento de uma culpabilidade, não ao reconhecimento das vítimas. Ao acrescentar-lhe esta finalidade o processo tende, inevitavelmente, a modificar-se. “Uma tal substituição de propriedades, que é a consequência longínqua desta inversão de perspectiva que coloca a vítima e já não o autor no centro do processo leva talvez a repensar de alto a baixo o processo atual” (GARAPON, et al., 2002, p. 309).

Essa é a proposta restaurativa, “a ideia é se voltar para o futuro e para a restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa” (PINTO, 2005, p. 22).

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto (2005, p. 22). o modelo restaurativo se baseia em valores, procedimentos e resultados definidos, os quais pressupõem a concordância das partes. Ela traz as partes ao centro do processo, oferecendo-lhes autonomia para expor seus sentimentos e necessidades, bem como a possibilidade de ouvir a outra parte, num discurso equilibrado. Segundo o autor, a proposta restaurativa promoverá a democracia participativa na área da justiça criminal, uma vez que

a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. O processo atravessa a superficialidade e mergulha fundo no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas (PINTO, 2005, p. 21).

Em resumo, com base na literatura dedicada ao tema, algumas das principais contraposições entre os dois modelos podem ser apontadas e são enumeradas por Raffaella Pallamolla (2009, p. 71-72):

- (i) o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- (ii) analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;

- (iii) os danos são definidos em abstrato e não em concreto;
- (iv) o Estado passa a ser vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- (v) terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. É-lhe imposta alguma perda ou sofrimento;
- (vi) este processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará provavelmente por toda vida, mesmo depois de ter ‘pago sua dívida com a sociedade’;
- (vii) em razão dos danos causados por esta resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que reduzam os riscos de injustiça;
- (viii) os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa.

Decorrente da caracterização dos dois modelos de justiça, resta compreender qual relação possível entre a justiça restaurativa e o atual modelo de justiça criminal, se fora deste, enquanto alternativa a ele, ou se nele inserida. Para Raffaella Pallamolla (2009, p. 78), tal discussão perpassa duas análises. Primeiramente, discutir se o modelo deve centrar-se no processo ou estar orientado a resultados.

O modelo orientado no processo, perspectiva minimalista, reconhece neste o estímulo para o empoderamento das partes, vítima, ofensor e comunidade, para resolverem seus problemas de forma cooperativa, através de encontro face a face. Nesse modelo, o judiciário não pode impor o processo restaurativo, nem uma sanção, ainda que contenha finalidades restaurativas, e profissionais ligados ao direito e autoridades nos processos não devem participar. Os casos submetidos a este modelo derivariam de processos do sistema de justiça criminal. “A justiça restaurativa é concebida então como uma alternativa ao sistema de justiça estatal e se vê limitada à adoção de processos de mecanismos não jurídicos ou de mecanismos civis”, de acordo com Jaccoud (2005, p. 172). “A finalidade deste modelo é permear e transformar o sistema de justiça criminal de forma gradual”, segundo Pallamolla (2009, p. 79).

Embora por essa perspectiva defenda-se o afastamento entre a justiça restaurativa e a criminal, sem ingerência do Estado, a fiscalização pelo sistema de justiça criminal é considerada como um mecanismo a evitar abusos e violações de direitos. As críticas direcionadas a tal modelo referem-se a ele como uma proposta muito limitada por atuar somente em casos derivados do sistema criminal, não tendo potencial para modificar o sistema de justiça tradicional, confinando sua atuação nos delitos de bagatela (PALLAMOLLA, 2009, p. 79-80).

No caso de o modelo estar orientado para os resultados, perspectiva maximalista, a reparação da vítima estará em evidência e seus defensores a entendem enquanto uma possibilidade mais ampla de aplicação, devendo atuar de forma integrada à justiça criminal, transformando o modelo retributivo. Por esse modelo, o Estado estaria a supervisionar o processo e a adoção dos processos restaurativos, prescindindo da voluntariedade das partes (PALLAMOLLA, 2009, p. 80). “De acordo com ele, restringir os processos restaurativos a processos estritamente voluntários leva a confinar a aplicação da justiça restaurativa a pequenas causas”, escreve Jaccoud (2005, p. 172). “Ela tem também a vantagem de desfazer a ideia 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”, completa (JACCOUD, 2005, p. 172).

As críticas direcionadas a tal modelo referem-se ao fato de que “inserir práticas restaurativas dentro do sistema penal pode obscurecer os limites e os objetivos da mesma e fazer com que seja absorvida pelo sistema criminal tradicional” (PALLAMOLLA, 2009, p. 81).

E, no que se refere a voluntariedade na adesão das partes ao processo restaurativo, parece não existir pleno consenso entre os defensores dos modelos referidos. Os defensores do modelo restaurativo com ênfase no resultado, embora reconheçam que as finalidades da justiça restaurativa possam ser melhor atingidas se o processo é voluntário e se as partes são empoderadas, entendem que o uso da coerção judicial seria legítimo para ordenar a reparação. Aqui o processo restaurativo não possui um valor em si, mas seu valor está vinculado aos resultados. Por outro lado, para os que defendem a ênfase no processo, inevitavelmente o impacto do processo restaurativo estaria prejudicado se as partes não negociam os modos de reparação.

Para Raffaella Pallamolla (2009, p. 81-82), por mais que se diga que a adesão coercitiva ao procedimento restaurativo ampliaria o uso da justiça restaurativa, pois do contrário esta permaneceria atuando somente nos casos encaminhados pelo sistema criminal, não parece acertado impor a restauração:

Impor a restauração, significa possibilitar que a reparação se transforme facilmente em mais um instrumento de punição que estará à disposição do sistema de justiça criminal, uma vez que este sistema possui uma racionalidade direcionada à punição do ofensor (delinquente) e não à reparação do dano à vítima, o que equivale dizer que a reparação assumirá as características da punição, não cumprindo, assim, com as finalidades restaurativas (PALLAMOLLA, 2009, p. 83).

De fato, a voluntariedade ocupa local de destaque na justiça restaurativa, sendo uma das características que a diferencia tanto do modelo de justiça reabilitador quanto do retributivo. Assim, se a justiça restaurativa pretende conferir aos infratores (e também às vítimas) tratamento diverso do sistema de justiça criminal, ela não deve abrir mão da voluntariedade do ato reparador, sob pena de “objetificar” o ofensor, transformá-lo num meio para atingir o fim reparador e, talvez, comprometer o caráter da reparação (PALLAMOLLA, 2009, p. 83).

Tais modelos efetivamente constituem (ou tem potencial para) alternativas ao sistema de justiça criminal, pois enquanto o modelo centrado nos processos seria dependente da justiça criminal para o envio de casos à justiça restaurativa – e em caso de falha desta o caso voltaria para o sistema tradicional –, o modelo centrado nos resultados também não seria capaz de contestar o modelo criminal tradicional, já que estaria inserido em sua lógica punitiva (PALLAMOLLA, 2009, p. 83-84).

Para Pallamolla (2009, p. 84), o que não se pode desconsiderar é, por um lado, que ambos os modelos devem procurar manter sua autonomia em relação a justiça criminal, conservando, assim, sua lógica distinta do processo penal, mas deve-se manter o sistema de justiça criminal para que sejam preservadas suas virtudes historicamente reconhecidas do limite do poder de punir e das garantias fundamentais.

Já a segunda proposta, refere-se ao lugar da justiça restaurativa em relação ao sistema de justiça, o que implica analisar como ambas podem se articular ou como a primeira poderá substituir a segunda (PALLAMOLLA, 2009, p.78). Não desconsiderando a existência de outros modelos de justiça restaurativa possíveis, a autora apresenta a proposta de Daniel Van Ness.⁶²

Sendo assim, tem-se quatro modelos possíveis: no primeiro, o sistema de justiça criminal passa a ser totalmente restaurativo e toma o lugar do modelo anterior com seus valores e propósitos; no segundo, o sistema de justiça criminal opera lado a lado com o sistema de justiça restaurativa, mantendo a independência normativa, mas possibilitando cooperações entre os dois sistemas, por exemplo, de modo que os participantes mudem de um sistema para o outro quando quiserem ou por projetos integradores entre os dois sistemas; o terceiro, orientado à unificação entre os dois sistemas, mas compreendendo a justiça restaurativa como suporte que atua de forma residual, quando, por exemplo, o procedimento

⁶² VAN NESS, Daniel W. *The Shape of Things to Come: A Framework for Thinking about a Restorative Justice System*, pp. 13-15. Disponível em : <http://www.restorativejustice.org/10fulltext/vanness9>. Acesso em 20 de jan de 2015.

restaurativo não obtiver êxito; o quarto refere-se a um modelo híbrido em que parte do sistema normativo possui valores restaurativos e, outra, possui valores da justiça criminal tradicional, sendo que a justiça restaurativa estaria limitada à fase da sentença ou à fase já de execução (PALLAMOLLA, 2009, p. 85-86).

Por fim ainda subsistiria o modelo no qual a mediação seria uma jurisdição alternativa ao sistema de justiça criminal, substituído por um processo de mediação vítima-agressor, evitando qualquer tipo de resposta ao delito cometido (PALLAMOLLA, 2009, p. 87).

4.5 Práticas restaurativas no Brasil

Mais uma vez, acompanhando a abertura e fluidez dos valores e princípios restaurativos, temos que serão diversas as práticas e procedimentos restaurativos possíveis. Há, contudo, algumas práticas que têm sido aplicadas em projetos já consolidados, as quais possuem alguns pontos em comum. O que em nada impede que novos modelos sejam criados, ou que os existentes sejam adaptados e modificados.

A título ilustrativo, relacionamos algumas dessas práticas, conforme descrição apresentada por Daniel Achutti⁶³ em seu livro, o qual, por sua vez, baseou-se na obra de Walgrave⁶⁴ para expô-la: *apoio à vítima; mediação vítima-ofensor; conferência restaurativa; círculos de sentença e cura; comitês de paz; conselhos de cidadania e serviço comunitário* (2014, p. 77-82). O autor ainda cita a “penetração dos princípios da justiça restaurativa em iniciativas de pacificação decorrentes de graves violações aos direitos humanos” (WALGRAVE, 2008, p. 40-41, apud ACHUTTI, 2014, p. 81), a exemplo da Comissão da Verdade e Reconhecimento da África do Sul, prática mais conhecida nesse sentido.

De todo modo, a literatura dedicada aos estudos da justiça restaurativa sinaliza que o grau de sucesso dos procedimentos relaciona-se a mecanismos adotados para supervisionar o cumprimento dos acordos firmados, bem como a utilização de estratégias que facilitem a sua observância, para tanto, a prática implementada tenderá a se adaptar às peculiaridades do caso concreto e às necessidades da comunidade envolvida e da cultura local. O que implica, por

⁶³ Para maiores informações sobre tais práticas, ver ACHUTTI, Daniel. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados: 2009.

⁶⁴ WALGRAVE, Lode. *Restorative Justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton (Reino Unido): Portland (EUA): Willan Publishing, 2008.

sua vez, o respeito à complexidade e singularidade dos indivíduos, sua autonomia para interpretar a realidade conflituosa e identificar formas de solução para seus problemas.

Em nosso país, “diversos programas de administração alternativa de conflitos se encontram em operação, na condição de projetos-piloto ou de funcionamento contínuo” (ACHUTTI, 2014, p.219). Como explica Daniel Achutti, os referidos programas e projetos demonstram a existência de diferentes iniciativas de sistemas alternativos de resolução de conflitos, alguns deles não necessariamente restaurativos.

O Ministério da Justiça brasileiro publicou no ano de 2005 a pesquisa “Acesso à Justiça por Sistemas Alternativos de Administração de Conflitos”⁶⁵, que buscou mapear as atividades de solução alternativa de conflitos no Brasil. Logo na apresentação desse documento, redigida pelo então Ministro de Estado da Justiça, Márcio Thomaz Bastos, é mencionado um diagnóstico do Poder Judiciário brasileiro, realizado ainda em 2004, no qual comprovavam-se as dificuldades de prestar-se um serviço eficiente para a sociedade:

o enorme aumento de demandas judiciais ao longo dos últimos 15 anos não foi acompanhado de medidas que preparassem a estrutura judiciária do país para uma prestação satisfatória [...] No entanto, olhando com atenção o problema do Judiciário brasileiro, percebe-se que a simples reforma legislativa não será suficiente para torná-lo mais célere e democrático. É preciso uma verdadeira revolução institucional, por meio da qual aquele poder se imbrique de uma nova cultura, adotando modos diversos de solução de conflitos. Já é passada a hora de o Brasil incorporar aquilo que o mestre Cappelletti chamou de terceira onda do acesso à Justiça, centrada não apenas na estrutura clássica do Judiciário, mas “*no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas*” (BRASIL, 2005, p. 5-6, grifos no original).

O tema da reforma do judiciário ganhava destaque nos planos de governo. Em 2004, os três poderes da República se reuniram para assinar o “Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”, o qual se renovaria, em 2009, no “II Pacto de Estado por um Judiciário mais Rápido e Republicano”. Esses pactos são um comprometimento dos três poderes da República em tornar o serviço do poder judiciário mais eficiente, e dentre as várias pretensões, encontra-se o estímulo ao uso da justiça restaurativa em âmbito penal.

Iniciativa de cooperação entre o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) e a Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, o mapeamento realizado é fruto desse contexto. Nele foram identificados programas de gestão de conflitos

⁶⁵ BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de solução de conflitos – Mapeamento Nacional de Programas Públicos e não Governamentais*, 2005. Disponível em: < http://www.acessoajustica.gov.br/pub/downloads/downloads_acesso_justica.pdf>. Acesso em: 27 de jan. de 2015.

extrajudicialmente, desenvolvidos por Tribunais de Justiça, Defensorias Públicas, secretarias estaduais, órgãos municipais e entidades não governamentais⁶⁶. Com ele, objetivava-se “saber quais são os programas existentes, onde estão localizados, que tipo de público atendem, quanto custam e quem os financia”, permitindo-se assim conhecer a realidade e disseminar a informação sobre o que tem sido feito, possibilitando identificar onde estão as principais lacunas e ausências (SINHORETTO, 2005, p. 12). Ao todo, à época, foram identificados 67 programas, distribuídos entre os órgãos governamentais e não governamentais, em funcionamento em 22 Estados brasileiros.

Como bem ressaltou Daniel Achutti (2014, p. 221), apesar das declaradas dificuldades enfrentadas pelos pesquisadores durante a coleta de dados, as quais foram relatadas no mapeamento (BRASIL, 2005, p. 23), a relevância desse estudo é destacada por ser a primeira iniciativa do tipo no país que contribuiu para dar visibilidade aos diversos programas de em atividade.⁶⁷

Importa destacar, ainda, segundo o referido documento, as já mencionadas recomendações e resoluções proferidas pelas Nações Unidas, sobretudo a Resolução 1999/26 e a Resolução 2002/12, que incentivaram e promoveram o desenvolvimento de uma cultura favorável à implementação de iniciativas no âmbito de sistemas alternativos de resolução de conflitos.

Nesse contexto, no Brasil, desde de 2003, iniciativas na área da Justiça começam a ser desenvolvidas por meio de cooperação técnica do PNUD, a Secretaria Especial de Direitos Humanos e a sociedade sivil organizada.⁶⁸

⁶⁶ “Por administração alternativa de conflitos entendem-se as iniciativas pautadas por um modelo de mediação de conflitos por via negociada, ou restaurativa, ou de compensação; em contraposição aos modelos adjudicatório e retributivo da Justiça comum. Buscaram-se, num primeiro momento, apenas os programas que procuram encaminhar a gestão dos conflitos extrajudicialmente, excluindo-se as iniciativas de mediação por via negociada que já estão previstas na legislação processual, isto porque estava-se à procura de conhecimento sobre aquilo que amplia a oferta de solução pacífica de controvérsias para além do sistema oficial de Justiça. Os serviços privados de mediação extrajudicial, oferecidos por escritórios, empresas e organizações mediante remuneração, também foram excluídos, em razão da pesquisa estar orientada para os programas públicos ou não-governamentais com fins públicos” (SINHORETTO, 2005, p. 13).

⁶⁷ Com o intento de atualizar o banco de dados apresentados portal mapeamento, Daniel Achutti cita o trabalho de Moema Dutra Freire, que, em sua pesquisa de doutoramento, em 2012, buscou mapear os projetos, programas e iniciativas voltados à administração de conflitos interpessoais em operação no país, atualizando o levantamento de 2005, bem como aprofundando o debate sobre o tema. Para mais informações, ver: PRUDENTE, Moema Dutra Freire. *Pensar e fazer justiça: a administração alternativa de conflitos no Brasil*. Programa de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de Brasília. 2012

⁶⁸ São citados no referido mapeamento alguns dos resultados pioneiros na área, dentre outros, colocamos em destaque a realização de estudos para a formulação de propostas de alterações legislativas envolvendo a estrutura do Poder Judiciário; o projeto-piloto de implantação de posto de atendimento do Juizado Especial Federal (JEF) no Centro Integrado de Cidadania (CIC) de Francisco Morato, em São Paulo; e atividades na área de Justiça Restaurativa (BRASIL, 2005, p. 9-10).

Adriana Orsini e Caio Lara (2013), em trabalho que busca avaliar os dez anos de práticas restaurativas no Brasil, rememoram que, ainda em 1999, foram realizados os primeiros estudos teóricos e de observação da prática judiciária sob o prisma restaurativo no Brasil, a cargo do Prof. Pedro Scuro Neto, no Rio Grande do Sul. O tema, contudo, ganha expressão nacional após a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário, órgão do Ministério da Justiça, em abril de 2003. Já no final de 2004 e início de 2005, viabiliza-se o início de três projetos pilotos sobre justiça restaurativa, a saber, em Brasília-DF, no Juizado Especial Criminal, em Porto Alegre-RS, denominado Justiça do Século XXI, voltado para a justiça da infância e juventude, e em São Caetano do Sul-SP, também voltado para esta mesma seara (ORSINI; LARA, 2013, p. 308).

O Projeto de Justiça Restaurativa implementado no Núcleo Bandeirante, em Brasília: começa ainda no ano de 2004, a partir da instituição, por Portaria do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT)⁶⁹, de uma “comissão para o estudo da adaptabilidade da “Justiça Restaurativa” à Justiça do Distrito Federal e desenvolvimento de ações para a implantação de um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante”.

Já no ano de 2005, deu-se início do projeto piloto nos Juizados Especiais de Competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante com aplicação nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, passíveis de composição cível e de transação penal⁷⁰. A experiência de Brasília se diferencia das demais por conta de o projeto ter se iniciado e, por conseguinte, se especializado, em práticas restaurativas destinadas a indivíduos adultos que cometeram crimes de menor potencial ofensivo, bem como ser defendida e institucionalizada pelo Tribunal de Justiça (ORSINI; LARA, 2013, p. 313).

O Projeto “Justiça para o Século XXI”, no Rio Grande do Sul, foi desenvolvido no contexto do sistema de justiça juvenil, e, em 2010, foi reconhecido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), por Resolução do Conselho da Magistratura⁷¹ do mesmo, enquanto um programa de práticas restaurativas. Tal programa, atualmente denominado de Central de Práticas Restaurativas é parte do projeto *Justiça para o Século XXI*, articulado pela Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (AJURIS) e que visa contribuir com as demais Políticas Públicas na pacificação de violências envolvendo crianças e adolescentes em Porto

⁶⁹ Portaria Conjunta nº 15/04. Disponível em

<http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/2004/publ_portaria_conjunta_2004.asp>. Acesso em 27 de jan. de 2015.

⁷⁰ Na atual estrutura do TJDFT, a Justiça Restaurativa está sob os cuidados do “Centro Judiciário de Solução de Conflitos e de Cidadania”, que, por sua vez, segundo o art. 285 da resolução 13/12, é ligado ao Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos– NUPECON, órgão da segunda vice-presidência da corte” (ORSINI; LARA, 2013, p.311).

⁷¹ Resolução 822/2010 – COMAG. Disponível em: < <http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/central-praticas-restaurativas>>. Acesso em 27 de jan. de 2015.

Alegre através da implementação da metodologia restaurativa (ORSINI; LARA, 2013, p. 310). O objetivo da Central, segundo o art. 1º, é “realizar procedimentos restaurativos em qualquer fase do atendimento de adolescente acusado da prática de ato infracional”.

O *Projeto de Justiça Restaurativa no judiciário e nas escolas*, em São Paulo, foi iniciado em 2005 na cidade de São Caetano do Sul, e implementado na Vara da Infância e da Juventude. A iniciativa engloba tanto a aplicação dos princípios e práticas restaurativas em processos judiciais, bem como em escolas públicas da cidade e comunidade. Onze escolas municipais de São Caetano do Sul foram preparadas para a interação com o sistema judiciário e para lidar com a nova metodologia. No ano de 2006, o projeto foi ampliado para outras escolas estaduais no bairro de Heliópolis, em São Paulo-SP, e na cidade de Guarulhos, com o apoio da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo e das respectivas Varas da Infância e da Juventude (ORSINI; LARA, 2013, p. 313-314).

Outras iniciativas são igualmente destaque. O projeto mineiro de Justiça Restaurativa foi aprovado no ano de 2010 pela Corte Superior do Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A Portaria⁷² que institucionalizou o projeto-piloto prevê sua aplicação em feitos da Vara Infracional da Infância e Juventude e no Juizado Especial Criminal. Atualmente, estão ocorrendo os primeiros círculos restaurativos nessas duas instituições. A experiência da capital mineira conta hoje com o envolvimento não apenas de profissionais e autoridades do ramo jurídico de Belo Horizonte, mas o Governo Estadual e a Prefeitura da capital mineira, voltaram ações para a iniciativa, resultando em 2012, em termo de Cooperação Técnica entre Tribunal de Justiça, Governo Estadual, Ministério Público, Defensoria Pública e Prefeitura de Belo Horizonte (ORSINI; LARA, 2013, p. 316-317).

A experiência do projeto de Justiça Restaurativa do Maranhão, na cidade de São José de Ribamar, ocorre tanto no âmbito do Poder Judiciário em casos de conflito juvenil, quanto fora dele, no Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa e nas escolas. As ideias de justiça restaurativa chegaram ao Maranhão por meio da *Fundação Terre des Hommes*, entidade francesa que luta internacionalmente pelos direitos das crianças e que desenvolvia um trabalho lá. O Grupo Gestor do Projeto (Prefeitura, Poder Judiciário e Ministério Público) e seus representantes foram ao Rio Grande do Sul conhecer a prática (ORSINI; LARA, 2013, p. 317-318).

Segundo Adriana Orsini e Caio Lara (2013, p. 318), o que chama atenção em tal projeto é o fato das práticas restaurativas ocorrerem também fora do aparato judiciário. Segundo

⁷² Portaria-Conjunta nº 221/2011. Disponível em <http://www.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/pc02212011.PDF>. Acesso: 27 de jan. 2015.

os autores, os círculos de paz foram adotados nas comunidades, na igreja e também nas escolas locais, impulsionados pelo fato de a cidade ter uma forte cultura das lideranças comunitárias, o que acabou sendo considerado no momento de capacitação dos facilitadores, que aprenderam o conteúdo juntamente com alguns professores e diretores das escolas.

De fato, as práticas restaurativas vêm, cada vez mais, ganhando espaço no cenário nacional no transcorrer dos últimos anos. O que se denota, para além das experiências pioneiras apresentadas, que são alguma dentre as várias que hoje estão em curso pelo país, é o reconhecimento, pelo Governo Federal, do ideário proposto pela Justiça Restaurativa. Exemplo disso foi a aprovação do 3º Programa Nacional de Direitos Humanos, por meio do Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009⁷³, norma esta que estabelece como diretriz para a área de Segurança Pública, Acesso à Justiça e Combate à Violência “a redução da demanda por encarceramento e estimulando novas formas de tratamento dos conflitos, como as sugeridas pelo mecanismo da Justiça Restaurativa”, além de prever como um dos objetivos estratégicos “incentivar projetos pilotos de Justiça Restaurativa, como forma de analisar seu impacto e sua aplicabilidade no sistema jurídico brasileiro” e “desenvolver ações nacionais de elaboração de estratégias de mediação de conflitos e de Justiça Restaurativa nas escolas”.

Cumprê destacar, igualmente a Lei 12.594, de 18 de janeiro de 2012,⁷⁴ que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), o qual prevê enquanto princípio da execução da medida socioeducativa a “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas” (art. 35, inciso III).

De fato, como bem observado por Adriana Orsini e Caio Lara (2013, p. 319), a justiça restaurativa hoje se legitima em nosso país como uma das formas de resolução de conflito que comporão cada vez mais o desenho do sistema de justiça. A edição da Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça (já mencionada nesse trabalho) corrobora tal fato, ao representar um marco regulatório. É inegável a ressonância em nossa margem – na academia, no poder público e na sociedade – do movimento internacional, enunciado na Resolução 2.002/12, o qual atuou enquanto marco catalisador dos projetos brasileiros dentro da temática.

É vasto hoje o campo das modalidades e práticas implementadas. E desde já, pode-se verificar os diversos arranjos institucionais possíveis para o modelo, seja em interlocução com

⁷³ BRASIL. Decreto nº 7.037, de 21 de dezembro de 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em: 27 de jan. de 2015.

⁷⁴ BRASIL. Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112594.htm> Acesso em: 27 jan. de 2015.

o judiciário (magistratura, defensoria e ministério público), executivo ou sociedade civil organizada. Constituindo-se num método tanto para conflitos criminais de menor potencial ofensivo (Juizados Especiais Criminais), quanto conflito na área da infância e juventude (atos infracionais), atuando, também, no âmbito escolar e comunitário.

Cumpra destacar, no entanto, uma das conclusões do mapeamento realizado em 2005. Já àquela época seus redatores avaliaram a importância do investimento estatal nas alternativas à judicialização ordinária dos conflitos:

A solução alternativa de conflitos que se tem feito no Brasil caracteriza-se como alternativa ao recurso à intervenção judicial clássica (através do processo judicial comum), porém não pode ser considerada como alternativa à judicialização dos conflitos, já que boa parte dos programas governamentais – e mesmo dos não-governamentais – é diretamente patrocinada pelos Judiciários Estaduais e Federal, ou estabelece com eles convênios e parcerias na prestação de serviços jurisdicionais. Aliás, diversas ONG encontradas atuam tanto na administração alternativa dos conflitos quanto na assistência judicial, nos casos em que ela seja necessária. Muito menos se pode dizer que a utilização de administração alternativa de conflitos seja uma alternativa à intervenção estatal nesse campo, já que o Estado, através de diferentes agências governamentais, financia a maior parte dos programas estudados, seja diretamente prestando esse tipo de serviço ao cidadão, seja financiando ou estabelecendo convênios com organizações civis (SINHORETTO, 2005, p.13).

A despeito de que o diagnóstico, que revela a posição central do Estado nas diversas formas de administração de conflitos encontradas, possa representar para alguns a dependência do Poder Público e “um indicativo a mais do apego pelo legalismo e pela opção por formas mais tradicionais de resolução de conflitos”, por outro lado tal constatação pode significar que o “Poder Público está ciente da necessidade de fomentar mecanismos alternativos” (ACHUTTI, 2014, p. 226). Tal fato, talvez, seja apenas reflexo da complexidade e fluidez com que a justiça restaurativa se apresenta.

4.5.1 Em busca de legitimidade: o Projeto de Lei nº 7.006 de 2006⁷⁵

Se por um lado a informalidade e a flexibilidade dos programas são esperadas, como vimos, por refletir a principiologia e os valores inerentes ao paradigma de justiça proposto, temos que sua institucionalização, para além da implementação, ainda um tema controverso

⁷⁵ CÂMARA FEDERAL. *Projeto de Lei n. 7006 de 2006*. Disponível em <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>. Acesso em 27 de jan. de 2015.

como veremos, sinaliza e impõe legitimidade para a nova proposta. Para tanto, mais das vezes, esta será compreendida a partir do momento em que for incluída a justiça restaurativa no ordenamento jurídico.

Como bem destacado por Raffaella Pallamolla (2009, p. 17), “se por um lado legislar sobre o tema pode impulsionar seu uso e padroniza-lo, por outro existe o risco de limitar-se a diversidade de seus programas”. Assim, uma ampla discussão sobre o tema é imprescindível para que se evite a aprovação de uma legislação que seja contraproducente a sua expansão restaurativa e engesse a prática.

Pela análise dos princípios formulados pelas Nações Unidas, poder-se-á afirmar existirem vantagens para a justiça restaurativa estar regulamentada em lei, isso se esta restringir-se a princípios, diretrizes e critérios de derivação e/ou como os resultados serão recepcionados pela justiça criminal.

Para Leonardo Sica (2007, p. 225), a prática de justiça restaurativa não precisa, *a priori*, previsão legal específica para ser utilizada no âmbito penal. Necessário, apenas, seriam dispositivos legais para recepcionar medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando, assim, a possibilidade de aplicação de pena ou prevendo sua atenuação. “Essa adaptabilidade é uma das características marcantes do paradigma [...] e deve ser aproveitada, num primeiro momento, para viabilizar programas experimentais com o objetivo de testar a operatividade real da mediação no contexto nacional e aprender com as falhas para, num segundo momento, pensar-se em legislar a matéria”.

Em 2005 foi encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado a sugestão nº 99/2005 à Comissão de Legislação Participativa, a qual foi aprovada e transformada no Projeto de Lei nº 7006/2006, o qual propõe sejam acrescentados dispositivos nos Código Penal e Processual Penal e na Lei de Juizados Especiais, para instituir legalmente, de forma facultativa e complementar, o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Desde sua apresentação, o projeto foi arquivado por duas oportunidades (em janeiro de 2007 e em janeiro de 2011), mas tendo sido desarquivado ainda em 2011, o projeto encontra-se na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, e recebeu em junho de 2014 parecer pela aprovação, o qual foi assinado pelo Deputado Lincoln Portela, Partido da República (MG), tendo este declarado em seu voto: “É fato notório que o sistema atual não mais cumpre com os fins da pena: nem há prevenção, nem retribuição. Por isso, necessário se faz trilhar outro modelo de pacificação social. Não há nenhuma razão para acreditar que a justiça restaurativa somente funcione para a recuperação de adolescentes”.

Tal posicionamento em relação a proposta não é unanimidade entre os parlamentares da Casa. O mesmo projeto, ainda no ano de 2009, recebeu parecer no mérito pela rejeição, o qual foi redigido pelo Deputado Antônio Carlos Biscaia, Partido dos Trabalhadores (RJ). Centrado “no sentimento de impunidade por que passa o país” e na necessidade de maior controle punitivo por parte das autoridades envolvidas com a persecução penal, o mesmo apresenta seus argumentos para a negativa da proposição:

O País passa por um período de sentimento de impunidade, com grande produção legislativa com o objetivo de criminalizar condutas e agravar penas. Esse projeto, por sua vez, caminha em sentido contrário, despenalizando condutas. Na forma apresentada, não se trata de medida apenas despenalizadora, pois isto o Legislador já o fez ao aprovar a Lei de Juizados Especiais, mas de medida que retira das autoridades envolvidas com a persecução penal a proximidade e o contato direto com o infrator, deixando esta função a representantes da comunidade. Observa-se, ainda, que, na forma apresentada, o Projeto possibilita ao intérprete estender o benefício a condutas que o Legislador hoje não pretende, ou seja, condutas que não possam valer-se do processo sumaríssimo dos juizados especiais. Por fim, é preciso ressaltar que a criação do instituto da transação penal e da suspensão processual ou “sursis” processual no âmbito da justiça criminal representou um grande avanço jurídico em nosso país.

Neste sentido, o que se faz necessário e urgente para o aprimoramento dos juizados especiais e, por conseguinte, uma maior efetividade na aplicação dos dois institutos inovadores já citados é um maior investimento do Estado naqueles órgãos, com incremento do número de juízes e servidores, além é claro de uma melhor estrutura de trabalho. Feito isto pelo Estado, os juizados especiais certamente desempenhariam papel de suma importância na solução dos conflitos de menor potencial ofensivo no âmbito criminal. (grifo nosso).

O presente trabalho não se propõe a analisar detidamente o referido projeto de lei, no entanto, cumpre destacar algumas das previsões apresentadas por seus elaboradores.

Logo em seu artigo 2º, a justiça restaurativa é conceituada como “o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa”.

No caso, a lei delega a esses núcleos de justiça restaurativa a realização dos procedimentos, não especificando quais seria as práticas restaurativas a serem adotadas. No entanto, destaca que “os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos” (art. 10).

Tais núcleos deverão ter estrutura adequada para seu funcionamento, recursos materiais e humanos, e serão compostos por coordenação administrativa, coordenação técnica

interdisciplinar e equipe de facilitadores. Tanto a coordenação técnica interdisciplinar, quanto os facilitadores, deverão ser profissionais da área de psicologia e serviço social (art. 5º e 6º).

O art. 9º relaciona os princípios que devem ser observados: voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, cooperação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinariedade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fé.

Pelo projeto de lei o Código Penal, Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, sofreria duas alterações. A primeira prevendo uma nova forma de extinção de punibilidade, pelo cumprimento efetivo do acordo restaurativo (seria um novo inciso ao art. 107 do Código). A segunda alteração prevê uma nova causa interruptiva da prescrição, que ocorreria com a homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento (no caso, seria um novo inciso ao art. 117 do Código Penal).

Por sua vez, para o Código de Processo Penal (CPP), Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o projeto prevê: (i) que a autoridade policial possa sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo (acréscimo do §4º ao art. 10 do CPP); (ii) a possibilidade do encaminhamento dos autos do inquérito aos núcleos de justiça restaurativa pelo juiz, com a anuência do Ministério Público, e a possibilidade de este deixar de oferecer denúncia durante o curso do procedimento restaurativo (acréscimos dos §§ 3º e 4º ao art. 24 do CPP); (iii) a possibilidade de suspensão condicional da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas (acréscimo do art. 93-A ao CPP). Ainda seriam introduzidos ao CPP os arts. 556 a 562, regulamentando o procedimento restaurativo e os requisitos pra sua utilização.

Por fim, a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sofreria também acréscimos de dispositivos. O art. 62 teria sua redação modificada da atual: “O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”, para “O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, *simplicidade*, informalidade, economia processual e celeridade, *buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas*” (grifos nossos).

Além dessa alteração, seriam acrescentados parágrafos aos artigos 69 e 76 da Lei, para prever, respectivamente, que a autoridade policial possa sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo e que em qualquer fase do procedimento o Ministério Público possa officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Ao analisar a proposta legislativa, Daniel Achutti (2014, p. 235) aponta, enquanto aspectos positivos, a ampla possibilidade para encaminhamento de casos, os quais podem ser realizados pela polícia, Ministério Público e Judiciário; a possibilidade de arquivamento do inquérito ou do processo penal quando o procedimento for bem-sucedido; bem como, a previsão de que o acordo restaurativo poderá ser considerado no momento da prolação da sentença.

No entanto, para esse autor, “visualiza-se uma série de problemas que, quando comparados ao que efetivamente propõe a filosofia da justiça restaurativa, aproxima-se a uma espécie de *colonização legal* deste modelo pela justiça criminal tradicional” (ACHUTTI, 2014, p.235).

Com esses dizeres, Daniel Achutti avalia que a proposta legal apresentada tolhe a autonomia das partes no sistema restaurativo ao não prever que estas solicitem diretamente à autoridade competente o encaminhamento do caso aos núcleos. A anuência pelo juiz, no caso de os encaminhamentos terem sido promovidos pela polícia ou promotor de justiça, reforça a crítica levantada. “A centralização de uma decisão importante como essa nas mãos dos magistrados contraria, desta vez, a autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de redução do poder punitivo” (ACHUTTI, 2014, p.235).

Além disso, o projeto de lei ao descrever o que seria o procedimento restaurativo e os requisitos para a sua utilização (o que seriam os arts. 556 a 562 do CPP) não se liberta de determinados conceitos e clichês já presentes em nosso ordenamento jurídico penal, os quais são vagos e permitem decisões não amparadas por critérios objetivos ou de fácil verificação, bem como arbitrárias e subjetivas. Exemplificando, o art. 556 condiciona o encaminhamento pelo juiz dos casos “em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas”, ou o art. 562 em que legitima o juiz a deixar de homologar o acordo firmado, se entender por não observados “os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos”.

Nesse último caso, a crítica apresentada não clama pela absoluta liberdade das partes, mas argumenta Daniel Achutti (2014, p. 237), “as partes devem consultar seus advogados para que analisem o acordo, e não podem ficar suscetíveis da análise judicial sobre o seu conteúdo”.

Como defende esse autor, a autonomia das partes deve estar presente, inclusive, quando não haver acordo entre as partes, mas elas restarem satisfeitas com o procedimento. Situação que deveria ser, igualmente, considerada no momento da prolação da sentença.

Assim, de um modo geral, Raffaella Pallamolla (2009, p. 176-192) e Daniel Achutti (2014, p. 328) resumem três críticas fundamentais que emergem do projeto de lei:

- (i) há um excesso de controle por parte do Poder Judiciário e do Ministério Público quanto ao encaminhamento dos casos e quanto ao conteúdo dos acordos, o que poderia gerar em redução significativa da autonomia das partes;
- (ii) não há referência aos crimes ou às contravenções que poderiam ser submetidos ao procedimento restaurativo, podendo resultar apenas no envio apenas de casos de menor potencial ofensivo;
- (iii) percebe-se um excesso de semelhança estrutural e de linguagem dos artigos referentes à justiça restaurativa em relação à linguagem do direito penal, potencializando o risco de colonização imediata do sistema restaurativo pelas tradições e práticas do sistema de justiça criminal (ACHUTTI, 2014, p. 238).

4.6 Críticas à implementação da justiça restaurativa

De um modo geral, as críticas em relação à justiça restaurativa discutidas entre os pesquisadores dedicados ao tema se dividem em dois grupos: objeções jurídicas realizadas, fundamentalmente, por partidários das teorias retribucionistas e críticas realizadas desde uma perspectiva criminológica (LARRAURI, 2004, p. 87).

Dentre as críticas jurídicas apontadas, as mais recorrentes referem-se à necessária valoração dos princípios jurídicos a ser observada no procedimento restaurativo e quanto à participação da vítima na decisão da “pena” a ser imposta ao suposto infrator (LARRAURI, 2004, p. 87).

A primeira questão levantada refere-se ao óbice que a implementação do modelo restaurativo encontraria em virtude dos princípios da legalidade (art. 5º XXXIX da CF/88), obrigatoriedade⁷⁶ e indisponibilidade da ação penal pública⁷⁷ adotados por nosso sistema legal criminal. Além disso, para os críticos do paradigma restaurativo, a participação da vítima e da comunidade colocaria em risco uma série de princípios que a administração dos conflitos deve

⁷⁶ Esse princípio, implícito em no ordenamento jurídico brasileiro, decorre da conjunção do princípio da legalidade penal (art. 5º XXXIX da CF/88) associado aos preceitos constitucionais que conferem a titularidade da ação penal exclusivamente ao Ministério Público, e, em caráter excepcional, ao ofendido (art. 129, I, da CF/88).

⁷⁷ Art.42 do Código de Processo Penal: O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

respeitar, principalmente, o princípio da igualdade – cada processo restaurativo poderia resultar em distintas resoluções para casos similares; o princípio da proporcionalidade – afinal a resolução do caso estaria nas mãos das vítimas e da comunidade; o princípio da imparcialidade – porque a proposta restaurativa prega o reconhecimento dos fatos e a resolução do caso não realizada por terceiros imparciais, mas sim com base no relato das partes afetadas.

O outro viés crítico relaciona-se às críticas criminológicas que em síntese alegam a expansão da rede de controle punitivo que a implementação de práticas restaurativas pode ocasionar. Em outras palavras, a nova experiência não diminuiria a extensão do sistema penal formal, mas atrairia novas pessoas para o “novo” sistema que se estabelece.

Não pretendendo exaurir a questão, mas mapear os principais argumentos e discursos que giram em torno dessas questões, passemos a expor algumas reflexões adicionais sobre elas.

4.6.1 Violações às garantias jurídicas e justiça restaurativa.

De acordo com Leonardo Sica (2007, p. 119) os críticos da mediação penal⁷⁸ e os obstáculos opostos por seus argumentos podem ser agrupados em dois itens: aqueles que acreditam no processo e aqueles que acreditam na pena. “O regime de garantias caracteriza-se pela estrita legalidade consubstanciada nos axiomas: *nulla poena, nulla culpa sine iudicio e nullam poena sine crimine, nullum crimine sine legge*, os quais, aparentemente, seriam contrariados, vez que possibilitariam tanto a “pena sem culpa” quanto o “crime sem pena” (SICA, 2007, p. 120).

⁷⁸ Para esse autor, “a justiça restaurativa abarca uma série de práticas, dentre as quais a mediação, mas, por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-la a esta ou aquela medida. [...]. Por outro lado, mesmo a mediação penal também pode ser aplicada em diversos âmbitos” (SICA 2007: 72). Ainda assim, para esse autor, a mediação penal é entendida como a alternativa mais viável e adequada para sustentar o novo paradigma, eis que é uma medida extrajudicial e pré-processual. Isto porque, explica, “por existirem medidas restaurativas que podem cumular-se às medidas punitivas, indicando uma possibilidade de *bis in idem*”, a mediação penal levitaria o risco de sobreposição com o modelo punitivo. Assim, por esse motivo, e outros desenvolvidos em sua obra, o autor faz a defesa da mediação vítima-ofensor enquanto uma das expressões mais importantes da justiça restaurativa.

Apesar de focar seus estudos no modelo da mediação vítima-ofensor, entendemos que muitas das conclusões e observações traçadas por Leonardo Sica (2007) se aplicam, de modo geral, aos estudos do modelo em si da justiça restaurativa. Por tais razões fazemos referência ao seu trabalho nesse capítulo.

Além disso, o autor menciona aqueles que creditam a atual situação do sistema judiciário brasileiro a “um suposto estágio de subdesenvolvimento cultural (má formação de juízes, promotores e advogados, decisões judiciais padronizadas e que desrespeitam os princípios garantistas e humanistas etc.) ou estrutural (número insuficiente de tribunais, falta de vagas no sistema prisional, poucos recursos para investimento na administração da justiça, etc.)” (SICA, 2007, p. 119).

No entanto, ressalta, a “crise” constatada na não operacionalidade do sistema e na ausência de legitimidade do mesmo não será superada com “o progresso do conhecimento e da máquina judiciária” nem com a “aproximação da teoria e da prática”. A problemática está no “processo penal como manifestação de autoridade” e no “direito penal como exercício de poder”⁷⁹ (SICA, 2007, p. 119).

No que se refere às garantias jurídicas, as críticas em relação à implementação da justiça restaurativa em nosso país se sustentam, de modo geral, na eventual inobservância de princípios que orientam as práticas judiciárias (criminais). Em especial, o da legitimidade, o da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

O argumento é de que nosso cenário jurídico-normativo é diverso do que ocorre em países de tradição do *common law*, onde o sistema jurídico é mais receptivo ao encaminhamento de casos à justiça restaurativa em virtude da grande discricionariedade atribuída ao promotor em processar ou não e na disponibilidade da ação penal, eis que as práticas nesses países são orientadas pelo princípio da oportunidade⁸⁰ (PINTO, 2015). Alega-se que em nosso sistema o princípio da legalidade vincula a atuação de agentes oficiais e representantes do Estado responsáveis pelas funções de investigar, acusar e julgar, a agir de acordo com critérios estabelecidos na legislação, bem como que o início, desenvolvimento e término do processo penal não pode se submeter ao juízo da oportunidade ou a atitudes discricionárias, em virtude do princípio da indisponibilidade da ação penal. Ressalva-se, que por nosso sistema, o Ministério Público, uma vez preenchidos os requisitos legais à acusação, tem a obrigação de fazê-la, sustentá-la e de promover sua execução, perante o órgão judicial. Assim, entendem que a possibilidade de conciliação, mediação e reuniões coletivas na esfera penal não encontra respaldo legal.

Uma preocupação manifestada em relação aos processos de despenalização refere-se a suposição de que o envio da solução de conflitos para outro sistema redundaria em prejuízo

⁷⁹ Temas igualmente abordados em outros momentos neste trabalho.

⁸⁰ Em linhas gerais, tal princípio condicionaria o ajuizamento da ação penal a critério discricionário do órgão acusatório – à exceção da ação privada e da pública condicionada.

para o indivíduo, expondo-o a um controle menos limitado, mais abusivo e intolerável pela perspectiva garantista da legalidade (SICA, 2007, p. 122). No entanto, tal argumento, ainda que sustentado em uma premissa garantista acaba por revelar-se conservador, eis que assegura a manutenção da intervenção penal além da mínima, fechando “as portas do direito penal a alternativas de não-punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanções não aflitivas etc. O mais grave, contudo, é que como tais alternativas passam a ser tidas como antigarantistas, só é aceitável o sistema inflexível: prisão ou, talvez, alguma pena alternativa (sequer concebida como pena principal)” (SICA, 2007, p. 122).

Sobre o tema, Leonardo Sica (2007, p. 122-123) chama atenção para as falsas premissas que tendem a sustentar a necessidade de pena, transformando o direito penal em chancelador de poder punitivo. O autor entende enquanto premissas não demonstradas pelos críticos aquelas que apontam a mediação como gerador de déficit de legalidade e igualdade. Considerações essas, inclusive que “parecem supor que do outro lado, a justiça punitiva, opera com um alto índice de respeito à legalidade e à igualdade, ou sobre uma base valorativa legítima e correspondente à diversidade e à pluralidade da sociedade contemporânea”. Além disso, “a preferência pela repressão como único meio de controle do crime, no fundo, revela opção extremamente conservadora e possivelmente autoritária, ou, pelo menos, com traços autoritários”.

De fato, a obrigatoriedade da ação penal visa garantir que o processo penal seja o único meio de aplicação da sanção contida na norma penal. Ela é entendida na dogmática jurídica como consequência da publicização da persecução penal, ligada à transição entre “vingança privada e vingança pública” (SICA, 2002, p. 178). Visa resguardar que o Estado não se quedará inerte quando condutas penalmente tipificadas sejam praticadas, portanto, por nosso sistema processual vigente, o Ministério Público tem o dever legal de promover a persecução penal. Além dele, a indisponibilidade da ação penal reforça a imprescindibilidade desse órgão no processamento de crimes ao estabelecer que uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não poderá dispor da mesma. É plausível, portanto, a ponderação de que a substituição desse princípio por critérios de oportunidade possa ser temerária, sobretudo, em um contexto emergencialista, podendo representar um “encurtamento processual a qualquer custo”, gerador de desigualdades e impunidade. Assim, não seria aceitável sua renúncia, o que implicaria em supressão de garantia, sem uma devida contrapartida: “devem ser repensadas novas regras de exercício da ação penal, reestruturando a obrigatoriedade, v.g., em face da desnecessidade da persecução penal criminal devido ao ressarcimento do dano, a

reconciliação ou ao reenvio a outras esferas de controle social disciplinando hipóteses de renúncia do Direito Penal” (SICA, 2002, p. 179-180).

Nessa esteira, ainda com Leonardo Sica (2007, p. 123-124), outro argumento crítico é apresentado: a “busca da verdade”. Esta, no entanto, não pode ser entendida como obstáculo à mediação. Embora não represente a atividade primordial na mediação, ela é mais factível de fluir “num ambiente isento de pressões, ameaças (de pena) e, principalmente, sem a presença de uma autoridade superior”. Podemos entender que o processo penal obstaculiza “a busca da verdade, não só dos fatos, mas também das impressões e das emoções afetadas pelo fato sob julgamento”, sua lógica

é o evitamento da verdade, uma vez que, se respeitadas as garantias formais, a verdade leva o ofensor ao destino certo e único da pena aflictiva; e, para a vítima, do que vale a verdade? No final, a “verdade” obtida por meio do processo penal é, apenas, a “verdade” imposta pelo juiz, que lê os fatos através de uma tela institucional (os códigos legais) e seleciona-os de acordo com a necessidade do processo, podendo, inclusive, desprezar aquelas informações que não tenham relevância técnico-jurídica.

Enfim, no que se refere às críticas que suscitam a não observância às garantias do devido processo legal (art. 5º, LIV da CF/88), do contraditório (art. 5º LV, CF) e o da ampla defesa (art. 5º, LV da CF/88) pelo modelo restaurativo, ou que apontam a busca pela “eficiência” em detrimento da garantia básica do “*direito ao processo, justo e de qualidade*”, é importante destacar que tais argumentos têm por parâmetro o modelo de justiça consensual introduzido no Brasil pela Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 e no *plea bargaining* anglo-saxão, que encontram na busca por celeridade uma de suas justificativas (SICA, 2007, p. 126-7). Além disso, rebatendo tais críticas, apontamos mais uma vez que o modelo restaurativo proposto prevê a voluntariedade como pressuposto, o que significa que, sempre que assim quiserem, quaisquer das partes podem recusar o envio do caso ao ofício da mediação, exercendo seu direito ao processo, que deve ser entendido como um direito e não obrigação:

o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo, naquelas circunstâncias em que a resposta punitiva possa ser substituída por outras reações penais [...]. O direito de ser compelido a participar do processo penal, reduz o alegado direito ao processo, ao direito de defesa para o acusado e ao direito de ser testemunha (?) e não encontrar-se com o acusado para a vítima. A opção, voluntária, livre, informada e regulada para apropriar-se do conflito, discuti-lo e, eventualmente, negociar uma solução, tem que ser incluída na pauta de decisões públicas que consolidam o direito ao processo (SICA, 2007, p. 128).

Sobre o tema, Vera Regina Andrade (2012, p. 336) entende ser a justiça restaurativa compatível com o sistema jurídico brasileiro a despeito de ainda vigorarem em nosso ordenamento processual penal os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade. A

autora destaca que, com a Constituição Federal, a Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990)⁸¹, criou-se espaço para que o princípio da oportunidade entrasse em cena, “permitindo certa acomodação sistêmica do modelo restaurativo, no sentido institucionalizado em que se vem convencionando”.

A Constituição Federal, em seu art. 98, inciso I⁸² possibilitou a conciliação e a transação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo. Conforme argumenta Renato Sócrates Gomes Pinto (2015), com esta inovação arrisca-se a afirmar que o princípio da oportunidade passou a coexistir com o princípio da obrigatoriedade da ação penal no sistema jurídico brasileiro.

De fato, a Lei nº 9.099 de 1995, que regulamentou o procedimento para a conciliação e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo – e posteriormente a Lei nº 10.259 de 2001, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal – representou uma importante janela para a efetivação da referida previsão constitucional prevendo medidas despenalizadoras e que intentaram empoderar a vítima na resolução de seus conflitos. Nesse sentido, podemos citar a previsão legal da composição civil (art. 72), da transação penal (art. 76), da imprescindibilidade de representação para as lesões corporais culposas ou leves (art.88) e da suspensão condicional do processo (art.89) (PINTO, 2015).

No entanto, importa destacar que, embora tenha sido concebida como uma importante quebra de paradigma em relação ao nosso modelo tradicional de justiça, inaugurando em nosso sistema um modelo consensual de justiça, suas regras aproximam tal experiência de um modelo de justiça negociada que tem por base, via de regra, a confissão do delito, a assunção de culpabilidade, o acordo sobre pena, como a perda de bens e a reparação dos danos, modelo esse muito mais próximo do *plea bargaining* norte-americano. Antes que ser um novo modelo de justiça e aperfeiçoar o existente, a lei tinha um objetivo declarado em alcançar um processo de resultados, por meio da celeridade e simplificação da justiça. Hoje, são muitas as críticas direcionadas ao funcionamento real dos Juizados Especiais que, de fato, reduziram-se a troca de favores, escambo de *jus puniedi* por cestas básicas, pouco beneficiando o acusado (vez que

⁸¹ O Estatuto da Criança e do Adolescente impulsiona a implementação de práticas restaurativas ao prever, por exemplo, o instituto da remissão, através do art. 126, ocasião em que processo poderá ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do conflito seja perfectibilizada entre as partes, de forma livre e consensual.

⁸² Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

sua atuação limita-se a uma faixa de criminalidade cujo processo, se tanto, resultaria em pena de multa) e não atendendo aos anseios das vítimas (SICA, 2007, p. 149).

Assim, as chamadas infrações penais de menor potencial ofensivo – definidas pelas Leis nº 9.099, de 1995, e nº 10.259, de 2001, como aquelas em que a pena máxima cominada não ultrapasse dois anos – oferecem hoje campo para o desenvolvimento inicial de um modelo consensual de justiça, mas a previsão legal existente pode ser vista apenas como porta de entrada para a mediação, pois a transação penal e a conciliação previstas na Lei nº 9.099, de 1995, não podem ser incluídas nos conceitos de justiça restaurativa e mediação, embora tenham natureza jurídica semelhante. Como destaca Leonardo Sica (2005, p. 469-471), estas duas leis:

foram concebidas apenas para obter um resultado célere e instrumentalizadas mais como formas mitigadas de punição do que de ampliação dos espaços de consenso e de participação do jurisdicionado na administração da justiça. A transação penal é apenas uma forma abreviada de aplicar pena sem a necessária verificação de culpabilidade e sem qualquer contrapartida de integração social e participação da vítima. Após dez anos de vigência, constata-se que os juizados especiais criminais pouco contribuíram para a remodelação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso no campo da resolução de conflitos e, mesmo em relação ao objetivo utilitário de celeridade e desobstrução do sistema de justiça, não se verificaram resultados expressivos (SICA, 2005, p. 470).

Além dessa normativa citada, ainda podem ser interpretadas como “espaços para o princípio da oportunidade” a previsão dos crimes processados mediante ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação da vítima, por se tratar de hipóteses em que a manifestação de vontade da vítima é suficiente para afastar a intervenção penal, abrindo-se uma oportunidade direta para conciliação ou discussão quanto à reparação de danos (SICA, 2005, p. 469).

Segundo Renato Sócrates Gomes Pinto (2015), o procedimento restaurativo jamais poderá contrariar os princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, violando o princípio da legalidade em sentido amplo. A aplicação da justiça restaurativa deve respeitar as condições para que sua existência, validade, vigência e eficácia jurídica sejam reconhecidas. Caso contrário, o procedimento e seus atos restarão inexistentes, nulos e/ou ineficazes e, portanto, inaptos para irradiar efeitos jurídicos:

É forçoso reconhecer que, à primeira vista, o ato de um juiz desviar o curso legalmente previsto de um processo penal para um meio alternativo ou um promotor deixar de oferecer a denúncia, ou de propor uma transação penal ou uma suspensão condicional do processo e permitir que o procedimento seja conduzido num outro *fórum* gera uma crise constitucional que requer pronta intervenção para restaurar a força normativa da Constituição e o estado de legalidade democrática (PINTO, 2015).

Por outro lado, todos esses temores e críticas são improcedentes para os defensores do modelo restaurativo. A voluntariedade é premissa à instauração da prática restaurativa, devendo as partes serem informadas, de forma clara, que se trata de uma ferramenta alternativa posta à disposição delas, e sua aceitação, que pode ser revogada a qualquer momento, deverá ser sempre espontânea. A participação deverá ser estritamente voluntária. Ademais, não se prescinde da observância de todos os direitos e garantias fundamentais de ambas as partes. Certos princípios fundamentais aplicáveis ao direito penal formal, tais como o da legalidade, intervenção mínima, lesividade, humanidade, culpabilidade, entre outros, devem ser levados em consideração (PINTO, 2015).

Para Renato Sócrates Gomes Pinto (2015), na análise jurídica de o que as partes decidirem sobre como querem restaurar os traumas produzidos pelo conflito e como desenham um plano restaurativo para atender as necessidades identificadas no encontro restaurativo, os operadores do direito – promotor, advogado e juiz – devem estar sensíveis ao fato de que o que ali se construiu tem como fundamento não aquela ilusória “verdade real” que pretende ter alcançado o processo criminal formal, mas uma verdade consensual, frente à impossibilidade cognitiva da verdade.

No mesmo sentido, explica Elena Larrauri (2004, p. 87), para muitos dos autores que tecem críticas ao modelo proposto pela justiça restaurativa, a presença do Estado, na pessoa do juiz, é necessária para garantir que a imposição de sanções se adeque aos princípios jurídicos. Defende-se que esses não devem ser sacrificados em detrimento da participação da vítima ou de sua reparação. Para a autora, tais críticas têm o mérito de pôr em destaque o fato de que, ainda quando são alternativas ao sistema tradicional, os acordos restaurativos referem-se a imposição de castigos, os quais devem ser guiados por princípios limites que guiem sua administração. Por outro lado, entende que a justiça restaurativa não tem porque vulnerar esses princípios, podendo ser assegurados por uma regulação legal e pela participação do Estado na forma dos mediadores (LARRAURI, 2004, p. 88).

No caso do princípio da igualdade, ou coerência dos castigos, este poderia estar sendo violado em razão de que o procedimento restaurativo pode resultar em diferentes resoluções para casos similares. Tal crítica se aproxima ao argumento tecido sobre o princípio da proporcionalidade, que seria inobservado em virtude de ser deixado às partes a deliberação quanto a reparação/punição do delito no caso concreto, o que poderia ser feito em revelia à gravidade do delito, a culpabilidade do autor e a uma eventual pena correspondente a situação.

Os defensores da justiça restaurativa, em tese, não veem no princípio da igualdade o argumento mais legítimo para desacreditar o modelo. Primeiramente porque a reinserção do infrator ou a reparação da vítima são os focos orientadores do procedimento. Cada caso é único. Assim, aqui não se estaria lidando com fatores discriminatórios, mas com as diferenças dos casos. Ademais, mesmo os defensores do modelo tradicional apontam dificuldades em respeitar tal princípio e admitem a seletividade do sistema penal (classe social e racismo, por exemplo).

De todo modo, Elena Larrauri (2004, p. 87-88) não descarta a possibilidade de que a legislação possa determinar o alcance dos acordos restaurativos, bem como prever supervisão judicial dos acordos realizados.

Por fim, os teóricos retribucionistas sinalizam para comprometimento do princípio da imparcialidade no modelo restaurativo, eis que o reconhecimento dos fatos e o acordo realizado não parte de um terceiro, mas do processo dialogado entre as partes. No entanto, é pressuposto do modelo restaurativo a negociação do acordo pelas partes, bem como a voluntariedade de sua participação, não se podendo afirmar que a determinação dos fatos e da pena do modelo tradicional sejam melhores que o acordo entre as partes (LARRAURI, 2004, p. 89).

De fato, como observa Leonardo Sica (2007, p. 132), “as garantias representam um obstáculo mais retórico do que efetivo”. De modo geral, denota-se desconhecimento do modelo e confusão favorecida pela experiência pátria de justiça consensual que temos (em especial a transação penal e a conciliação da Lei nº 9.099, de 1995) que “impõem uma “negociação” forçada sob a ameaça de pena e processo, desvinculada de quaisquer preocupações com a restauração da paz jurídica e com o restabelecimento da comunicação (SICA, p. 2007, p. 132). Trata-se, em grande parte, de um olhar direcionado à justiça restaurativa com uma lente do modelo retribucionista.

4.6.2 Extensão da rede de controle (formal)?

Essa questão é sustentada por alguns críticos do modelo restaurativo, que o entendem enquanto um contínuo do ideal neoliberal e do processo de globalização, apto, portanto, a enfraquecer o Estado e retirá-lo de suas funções primordiais. Assim, seriam consequências das práticas restaurativas em nosso sistema de justiça a “‘mercantilização’ ou

‘comercialização’ da justiça penal, a falta de controle jurisdicional e a suposta valorização dos interesses das partes em detrimento do interesse público” (SICA, 2007, p.149).

A questão suscitada é como fazer que o modelo restaurativo, que acaba por representar um mecanismo de privatização de conflito, constitua, ao mesmo tempo, instrumento de produção de significação social, de modificação de situações socialmente relevantes, de reorganização da construção social do problema e de difusão de um consenso mais amplo, tanto ao nível do contexto particular em que a mediação ocorre, quanto no complexo quadro de transformações culturais e sociais. Para Leonardo Sica, “ao perigo de privatização, opõe-se o projeto de mediação dos conflitos e ao risco de expansão surge o novo modelo como uma via de ampliação do acesso à justiça” (SICA, 2007, p. 150).

Para esse autor, “o novo paradigma deve ser direcionado à ampliação do acesso à justiça, sem aumentar as possibilidades de exercício do poder punitivo, mas cindindo o sistema penal num quadro de dupla entrada (mediação e punição)”⁸³ (SICA, 2007, p. 153). Além disso, é defendido que a natureza extrajudicial, as regras de voluntariedade, confidencialidade e oralidade da mediação e a neutralidade do mediador são os elementos garantidores para afastar os inconvenientes do *plea bargain* e imitações (como a transação penal), asseverando a distinção do resultado de um processo restaurativo e uma negociação promovida sob a ameaça do poder punitivo (SICA, 2007, p. 156).

Críticas criminológicas também apontam a preocupação de que o modelo restaurativo venha a representar expansão da rede de controle. Em outras palavras, que a nova experiência não diminua a extensão do sistema penal formal, mas atraia novas pessoas para o “novo” sistema que se estabelece, incluindo a criminalização de conflitos banais ou a recriminalização de meras incivilidades (JACCOUD, 2005, p. 178). No Brasil, essa crítica se funda na experiência dos Juizados Especiais Criminais, os quais, por exemplo, ripristinaram uma série de contravenções penais e delitos menores que, antes da edição da Lei nº 9.099, de 1995, já tinham perdido a relevância penal.

Assim, a expansão do controle penal é vista como um possível efeito colateral, atribuído em grande parte à sobreposição, na prática, das duas lógicas distintas e incompatíveis, a punitiva e a consensual. Tal crítica, entretanto não deveria prosperar, eis que

⁸³ No entanto, discordamos de Leonardo Sica autor quando defende a possibilidade de diminuir não apenas o número de castigos impostos, mas igualmente a *cifra oculta*, com a justiça restaurativa, ao oferecer uma resposta institucional a conflitos “marginizados” ou que “não encontram respostas satisfatórias dentro de um sistema” (SICA, 2007, p. 153). Não entendemos que a redução da *cifra oculta* ou a criminalização de condutas que hoje não estão sendo processadas pelo sistema represente índice para aferir a ampliação do *acesso à justiça*. Ao revés, compartilhamos do ideário abolicionistas que compreende a existência da *cifra oculta* como um fator a indicar que o alcance do sistema de justiça criminal deve e pode ser menor. Para mais sobre o tema, ver a segunda parte desse trabalho.

o modelo de justiça restaurativa preconiza o estabelecimento de dois espaços distintos, mantendo a solução negociada afastada do processo penal. “A justiça restaurativa não deve ser concebida somente como uma forma de encurtar o processamento de infrações penais de menor potencial ofensivo e os eventuais acordos devem ser recepcionados pelo sistema de justiça de forma a evitar, com segurança, qualquer possibilidade de *bis in idem*” (SICA, 2007, p. 151).

De um modo geral, os defensores do modelo restaurativo apontam estratégias e formas de controle potencial para que, na prática, a sobreposição dos dois modelos de justiça e a extensão da rede de controle sejam contornadas, a exemplo, do estabelecimento de critérios para envio dos casos para a justiça restaurativa e da fixação de regras, mesmo que interpretativas, para recepcionar o seu resultado consoante a estrutura do ordenamento jurídico (SICA, 2006, p. 456).

Para Leonardo Sica, a proibição do *bis in idem* pode ser enfrentada com a regulação legal da decisão judicial que recebe o resultado da mediação, ou seja, tal decisão deve ter força de coisa julgada, o que pode ser alcançado por meio da extinção de punibilidade, do perdão judicial ou da renúncia à pena (SICA, 2007, p. 151). Como explica o autor, a mediação e outras práticas de justiça restaurativa não exigem, *a priori*, previsão legal específica para serem utilizadas no âmbito penal, mas dispositivos legais que recepcionem medidas como a reparação-conciliação ou soluções consensuais, afastando a possibilidade de pena ou atenuando-a.

Além disso, com o estabelecimento de critérios bem definidos de derivação dos casos, centrados em casos mais graves e não de bagatela, aos programas restaurativos, Elena Larrauri (2004, p. 91) entende estar contornada, em parte, a possibilidade de aumento de controle punitivo formal. Outra possibilidade seria o estabelecimento de pré-requisitos para o envio de casos, como um esclarecimento mínimo dos fatos e suas circunstâncias, de modo a apontar a sua relevância penal. Assim, entende-se estar controlado o envio de casos de escassa relevância, ante os quais, normalmente, decidir-se-ia pelo arquivamento do procedimento.

Tais estratégias não divergem das impressões tecidas em pesquisa realizada pelo Instituto Latino Americano das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (ILANUD), cujo relatório final foi finalizado no ano de 2006, onde se sistematizou e se avaliou as três experiências pilotos de justiça restaurativa no Brasil, já mencionadas nesse trabalho, ocorridas nas cidades de Porto Alegre/RS, São Caetano do Sul/SP e Núcleo Bandeirante/DF.

É destacado no referido relatório que as experiências avaliadas denotam a preocupação comum com a finalidade institucional de a justiça restaurativa valer-se como um meio de aperfeiçoamento do esquema de funcionamento do Poder Judiciário. Assim, é destacado como o principal desafio aos referidos programas a orientação a uma “finalidade político-criminal, com uma maior inserção no marco de profundas transformações no sistema tradicional de justiça”, ou seja, “seu potencial efetivamente transformador reside na sua finalidade político-criminal de reduzir o controle penal formal”. Destacam os pesquisadores que caso a justiça restaurativa represente “apenas uma opção adicional de que se pode valer o Estado além do sistema de justiça tradicional, não apresentando com ele alguma interlocução, representará apenas um incremento da intervenção penal” (ILANUD, 2006, p. 33).

Nesse sentido, foram estabelecidas duas diretrizes estabelecidas para a avaliação dos programas: (i) um programa de justiça restaurativa deve ter como meta institucional o aperfeiçoamento da administração da justiça, constatado pelo grau de satisfação das partes e de mudança na percepção dos operadores do direito, o que pode contribuir para a mudança na percepção da sociedade sobre a justiça; (ii) um programa de justiça restaurativa deve ter como meta político-criminal a redução do controle penal formal. Para tanto, duas outras preocupações se extraem, a evitar que o eventual controle informal seja mais perverso que o próprio controle formal: tal meta não justifica a violação das garantias penais e processuais, se implicar a imposição de um mal maior que a medida prevista para o caso em questão; tal meta não justifica a violação das garantias penais e processuais, se implicar a perpetuação de desigualdades sociais (ILANUD, 2006, p. 8-9)

De um modo geral as conclusões de análise dos referidos projetos dialogam com as estratégias e formas de contenção da expansão da rede de controle punitivo formal sugeridas pelos defensores do modelo restaurativo, as quais foram apontadas logo acima. No que se observou destes três projetos, em resumo:

- a) crimes de bagatela, fatos pouco esclarecidos e/ou de duvidosa adequação típica não devem ser encaminhados para a justiça restaurativa, sob o risco de gerar graves ilegalidades, disfuncionalidades e a expansão disfarçada do poder punitivo (em São Caetano do Sul, menores de idade foram submetidos a conferências restaurativas supervisionadas pela justiça comum, em razão de fatos claramente atípicos e com objetivos meramente disciplinadores);
- b) a justiça restaurativa não pode sobrepor-se aos mecanismos da justiça formal, por tratar-se de lógicas diversas, pela possibilidade de bis in idem e de revitimização (em Porto Alegre as medidas restaurativas são propostas após a sentença, pela vara de execução de medidas sócio-educativas, cumulando-se a estas e, ainda, ocorrendo numa distância temporal do fato que prejudica sensivelmente o diálogo);
- c) devem ser estabelecidos critérios de regulação legal para recepção dos acordos pela justiça formal (SICA, 2006, p. 468-469).

Por fim, não se pode ignorar que muito do que se espera do êxito do modelo restaurativo é atribuído ao tipo de intervenção dos operadores jurídicos que, segundo defensores e críticos ao modelo – aqui identificamos um consenso –, requer uma sensibilização e uma capacitação específica para lidar com os conflitos deontológicos e existenciais na sua atuação, pois estarão, por um lado, jungidos a sua formação jurídico-dogmática e seus estatutos funcionais e, por outro, convocados a uma nova práxis, que exige mudança de perspectiva e cultura (PINTO, 2008, p. 194).

4.7. O que ou quem pretendemos restaurar?

O que pretendemos restaurar? A vítima (o dano e as relações) ou o sistema de justiça punitivo?

Se por um lado o ideário restaurativo sustenta seu propósito e apresenta seus fundamentos focando as vítimas, por outro lado, mais das vezes, a matriz de seus argumentos denota a preocupação central no aperfeiçoamento do esquema de funcionamento do Poder Judiciário. Ela é apresentada, frequentemente, como uma proposta de um “novo modelo de justiça criminal”, capaz de suprir as falhas e as ineficiências do sistema punitivo tal qual o conhecemos hoje.

Com Antoine Garapon, vimos que a filosofia que orienta o novo paradigma está centrada no maior protagonismo da vítima na resolução de conflitos penais, em restituí-la em sua plenitude. Para esse autor, são introduzidos dois termos novos no vocabulário das nossas instituições penais: o “reconhecimento destinado a compensar o desprezo e a reparação de uma relação interrompida” (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 286).

Segundo esse autor, caberá à justiça encontrar uma contradádiva, restabelecer o equilíbrio perdido, apresentar um sentido contrário ao sinal negativo – compreendido como desprezo, como contestação da capacidade, como negação da identidade –, purgar o ultraje não vingado, pôr fim ao desprezo, desmentir a negação por um dizer público, inverter o seu significado. Assim o reconhecimento será compreendido como a negação da humilhação sofrida pela vítima, a reafirmação da identidade por um ato oficial e público (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 289). Sobretudo, o reconhecimento será compreendido como um ato de linguagem, “ato de discurso que confirma ao queixoso o seu estatuto de vítima” (GARAPON,

et al., 2002, p. 307), obrigando a justiça a interessar-se por sua vida concreta. Como explica esse autor,

A preocupação da justiça reconstrutiva pelo concreto da pessoa marca a ultrapassagem da ficção do sujeito de direito. A vítima é sempre concreta, já foi dito, por oposição à transgressão da lei que é uma abstração. [...] Já não é possível encarar a reconstrução da vítima de um ponto de vista unicamente psicológico: o trabalho terapêutico articula-se num trabalho de justiça. O reconhecimento não é apenas a simples reafirmação de um direito mas uma experiência concreta. Tão concreta como a do desprezo que o motivou (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 310).

Nesse sentido, a reparação situa-se no prolongamento do reconhecimento de que ele é ao mesmo tempo a condição e a finalidade. A condição por que não pode haver sentimento de ser reconhecimento sem reparação material do prejuízo (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 314)

Antoine Garapon explicita que a justiça reconstrutiva não acrescenta uma nova função à pena, em verdade, propõe uma justiça que não seja calcada na perpetuação do sofrimento, como o modelo de justiça retributivo. “Se o crime é analisado como um desprezo pela liberdade do outro, é celebrando o consentimento, solicitando a capacidade de cada uma – agressor como vítima – que se imaginará uma saída para a violência do crime”. O objetivo da justiça reconstrutiva não é acrescentar uma nova função às anteriores finalidades da pena – mas obter os meios de responder da maneira mais adaptada as necessidades das vítimas:

Depois de uma individualização da pena em função da pessoa do condenado, uma outra procurando captar as particularidades da vítima, ver-se-á perfilar uma nova individualização que se esforçaria por respeitar a singularidade do processo, a sua situação, da relação estabelecida ou desfeita pelo delito. Esta última seria menos uma nova individualização que a soma de todas as outras [...] Precisamos de criar as condições de uma autêntica reconstrução e não nos contentarmos em aplicar um tratamento único a todos, sem respeito pelos casos particulares (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 316).

“De um equivalente quantitativo a um momento reconstrutivo” – com essas palavras Antoine Garapon procura destacar o marco proposto pela justiça restaurativa que o diferencia substancialmente da penalidade clássica:

ela distancia-se da lógica penal, procurando retribuir um ato para retomar uma lógica civil de reparação de um dano, mas propõe também abandonar toda a procura de uma equivalência quantitativa do ato ou do dano em proveito de um equivalente qualitativo, num novo encontro entre o autor e a vítima, de uma troca de sinais positivos que vêm anular a injúria do crime (GARAPON, *et al.*, 2002, p. 320).

Como se vê, o ideário proposto por esse autor nos faz concluir por um novo modelo de justiça. Não um novo modelo de justiça penal, mas algo diverso do que conhecemos, que pressupõe uma nova concepção sobre conflitos e resolução de conflitos.

Por seu pensamento não estaremos buscando respostas para a melhoria do sistema de justiça criminal tal qual o conhecemos. Não seria sequer pertinente tratarmos da discussão acerca das possíveis relações entre a justiça restaurativa e o atual modelo de justiça criminal, pois, em verdade, estaremos falando de um novo modelo de sociedade.

No entanto, para muitos autores, como por exemplo para Braithwaite (2003, apud PALLAMOLLA, 2009, p. 61), a justiça restaurativa não pretende acabar com o punitivismo, e seria absurdo pensar que não haveria pessoas punitivas em processos restaurativos. Realidade que diz sobre a matriz autoritária e punitiva que nos constitui.

Por outro lado, entendemos, sim, que podemos experimentar novos modelos de justiça, pactuar valores e condição para que estes não sejam ultrapassados. Podemos estabelecer o empoderamento dos cidadãos participantes mais importantes do que o punitivismo.

O mais importante, como se percebe, é possibilitar que alternativas sejam construídas, ao invés de se adotar respostas pré-concebidas pela técnica jurídica que o sistema penal, sob o paradigma retributivo, oferece. Cuidaremos, no entanto, para não cairmos nos discursos repressivos e reacionários, que culminam com a adoção de medidas ligadas à filosofia do castigo, ou que não se compatibilizam com a fórmula restaurativa.

Percebemos que a justiça restaurativa mostra-se como um modelo pautado, sobretudo, na ética da alteridade, no qual não visa a simples punição do ofensor. Por meio de um procedimento dialógico, pretende-se alcançar soluções substantivamente mais justas do que aquelas proporcionadas pelo modelo penal tradicional, em atenção, sempre, à singularidade e complexidade humana, bem como aos direitos e garantias fundamentais.

Nesse contexto, no que se refere “a restauração da vítima”, ao que nos parece, não cabe ao sistema de justiça criminal esse papel. A demanda por maior participação das vítimas nesse modelo de justiça é legítima e deve ser atendida, mas há limites a essas demandas e há limites ao que modelo retributivo é capaz de proporcionar e realizar. De fato, com a reintegração da vítima no sistema de justiça criminal, tendo seu papel potencializado, corre-se o risco de discursos repressivos e reacionários, opostos às metas de redução da violência punitiva e superação da filosofia do castigo, emergirem. Como vimos no presente trabalho em outras passagens, muitos movimentos das vítimas são acusados de insuflar a retórica de “lei e ordem” e instrumentalizar a manipulação do medo para o reforço e alargamento de limites do poder punitivo, atraindo um interesse pernicioso da mídia e, por consequência, também a atenção de políticos, especialmente durante as campanhas eleitorais, transformando seu

sofrimento em terreno fértil para a propagação de discursos demagógicos e sensacionalistas (SICA, 2007, p. 173).

A demanda por participação é diferente da atenção ao sofrimento e às demandas pessoais das vítimas, os quais devem ser tratados em outra esfera de atuação que não a criminal. Se entendermos a justiça restaurativa como um modelo de justiça com uma atuação dissociada da do modelo de justiça retributiva, talvez essa demanda pudesse ser atendida, vez que seus valores, princípios e objetivos seriam diversos e distanciados da lógica punitiva. É equivocado, no entanto, negar participação das vítimas em seus processos penais e reputar às vítimas a responsabilidade pela rearticulação de um discurso do crime e eventual obstáculo para a democratização do sistema de justiça.

O aumento do controle punitivo aumentou e continua a crescer ao mesmo tempo em que as “alternativas” também crescem. Não decresceu o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender as necessidades essenciais da vítima e ofensor.

E nesse contexto, a busca por “alternativas” à privação de liberdade ou ao processo tradicional pode representar uma outra tentativa de remendar o paradigma retributivo. Mesmo diante da ineficiência do sistema penal, este resiste intocável e irredutível a qualquer movimento de reforma mais profunda, introduzindo apenas modificações superficiais, as quais apenas ratificam e reificam o atual modelo de justiça. Por isso, devemos direcionar o movimento para buscar “alternativas” ao sistema de justiça criminal, criando novas formas de responsabilização de conflitos. Entendemos que um novo modelo de justiça deve ser pensado como alternativa ao que temos hoje.

Comungamos dos dizeres de Vera Andrade quando esta ressalta que a justiça restaurativa pode e deve ser desenvolvida com muito mais criatividade e ousadia, no contexto de nossa realidade, mas não institucionalizada nos limites do Estado, do direito e do sistema de justiça estatal. A professora alerta para o fato de que

a estruturação de modelos não violentos de controle social no Brasil como a justiça restaurativa reside sobretudo no campo do sistema de justiça penal, cuja crise de legitimidade está sendo paga com uma dose de violência, dano, dor e morte para vítimas, infratores (em especial pobres e de cor), operadores do sistema, que a sociedade brasileira não pode mais suportar e que mina tanto as bases da sua sempre problemática democracia quanto a própria credibilidade das instituições e controle social (Polícia, Ministério Público, Judiciário) (ANDRADE, 2012, p. 337).

Frente a esse diagnóstico, Vera Andrade assevera a necessidade do debate acerca dos modelos de justiça restaurativa ser apropriado às condições da periferia brasileira, não suscitar renovadas relegitimações do sistema penal, nem pretender ser, ingenuamente, concebido como “a” alternativa totalizadora à superação da crise do sistema de justiça criminal retributivo. Espera-se, para tanto, “um revisionismo corajoso do paradigma punitivo que estamos a reproduzir e dos operadores que estamos a formar”. De fato, segundo a autora, “não podemos ignorar nossa herança cartesiana e positivista da modernidade, que nos deixou prisioneiros de uma visão do mundo do crime e da pena e que não consegue sair da ontologia periculosista, nem da lógica mecanicista crime-castigo, deixando-nos reféns de uma lógica tão encarceradora quanto encarcerada” (ANDRADE, 2012, p. 337).

5 4ª ETAPA, VÍTIMAS E CONTROLE PUNITIVO

5.1 Vítimas e seu protagonismo no sistema de justiça criminal

Com base em pesquisa⁸⁴ realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCRIM),⁸⁵ acerca do processamento de casos de furto e roubo no DF propõe-se a análise de parte dos dados da investigação em busca de problematizar o atual espaço das vítimas para protagonizarem seus conflitos no sistema de justiça criminal brasileiro.

Acerca do discurso que busca cumprir a “função pautadora de regras gerais” (ZAFFARONI, 2001, p. 182), a legislação processual brasileira estabelece que o processo de crimes de furto e de roubo segue o rito ordinário. A ação penal nesses crimes, portanto, é incondicionada, ou seja, não depende da iniciativa da vítima para que se proceda. Não há possibilidade de se propor transação penal e a vítima não é chamada para audiências que visem à conciliação para obtenção de acordos sobre a reparação dos danos.

A exceção a essa regra são os casos em que há possibilidade de se propor a suspensão condicional do processo quando, mediante o cumprimento de condições fixadas legalmente e determinadas pelo juiz, o processo é suspenso logo após a denúncia. Nessa hipótese, é usual intimar-se a vítima para a audiência de suspensão, para que se determine quantidade e prazos da reparação dos danos. Esse procedimento, entretanto, não é previsto em lei, de forma que não haverá irregularidade no caso de não intimação da vítima para o ato. Assim, ressalvada

⁸⁴ Pesquisa documental realizada pelo Grupo Candango de Criminologia (GCCrim), da Universidade de Brasília (UnB), entre junho de 2006 e setembro de 2008, cujo tema proposto constitui a avaliação da eficácia das medidas alternativas no Distrito Federal. A referida pesquisa foi realizada sob a coordenação de Fabiana Costa Oliveira Barreto, Mestre em Direito pela UnB, e da Prof^a Dr^a Ela Wiecko Volkmer de Castilho, da UnB. A pesquisa empírica dividiu-se em três etapas: em um primeiro momento se realizou pesquisa documental nos processos de furto e roubo identificados; na segunda parte, trabalharam-se as folhas de antecedentes penais e conta de liquidação dos réus; e, por fim, foi realizada a parte qualitativa da pesquisa, consistente em entrevistas e grupos focais com réus e vítimas. O foco da pesquisa era identificar casos concretos de furto e roubo a fim de verificar como se deu a atuação do sistema de justiça penal, desde o momento da investigação policial até a execução penal. Assim foram considerados os processos iniciados entre 1997 e 1999, pois dessa maneira seriam contemplados réus que tivessem sido condenados e cuja pena já houvesse sido cumprida, isto é seriam trabalhados processos de sentença condenatória.

Na terceira parte da referida pesquisa, a partir das evidências colhidas, foram identificadas “zonas de sentido” que revelaram indicadores relacionados aos direitos dos réus, aos direitos das vítimas, bem como ao interesse da sociedade na segurança pública e na prevenção do delito.

⁸⁵ GRUPO CANDANGO DE CRIMINOLOGIA (GCCRIM). *Roubo e furto no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade*. Série: o que se pensa na Colina, v. 4, Brasília, 2009.

essa exceção, a vítima apenas participa do processo criminal como informante, para auxiliar na produção de prova quanto aos fatos praticados (GCCRIM, 2009, p. 66).

Porém, para além deste esclarecimento pragmático proposto pelo discurso jurídico-penal acerca da participação das vítimas de furto e roubo no processo penal, o acompanhamento do real processamento de tais feitos, bem como da relação das vítimas com o sistema de justiça, revela outras informações a serem consideradas.

Especialmente quanto aos direitos das vítimas, os pesquisadores do GCCRIM diagnosticaram quatro *zonas de sentido*⁸⁶ que tratam acerca: i) da reparação dos danos sofridos; ii) do interesse da vítima na persecução penal; iii) do tratamento dado a vítima pelo sistema de justiça criminal; iv) do trauma, a falta de amparo estatal e suas consequências (GCCRIM, 2009, p. 66).

5.1.1 Um discurso irracional para um sistema de justiça criminal ilegítimo

A crítica criminológica ao sistema de justiça criminal e ao próprio direito penal, além de se dirigir à falsidade do discurso jurídico-penal, explicita que tal falsidade não se trata de um defeito conjuntural do mesmo.

Esse fato resta evidenciado pela descrição da real operacionalidade do sistema de justiça criminal revelada pelos estudos criminológicos, desde a reação social, os quais delataram a não correspondência entre aquela e a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que o sistema atue. Zaffaroni (2001, p. 12) fala do fato da programação normativa se basear em uma “realidade” que não existe e do conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atuar de forma completamente diferente. Segundo o autor:

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. 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

⁸⁶ “Zonas de sentido” são construções do pesquisador no seu contato com o sujeito pesquisa do e com o material por ele produzido sistematizado nos indicadores, os quais “são categorias produzidas no processo de construção do conhecimento que se constituem em instrumentos para a definição de zonas de sentidos sobre o problema estudado” (GCCRIM, 2009, p. 23-25).

características conjunturais, mas estruturais de exercício de poder de todos os sistemas penais (ZAFFARONI, 2001, p. 15).

Diante dessa constatação Zaffaroni afirma a “utópica legitimidade do sistema penal” e aduz acerca da “crise” do discurso jurídico-penal. No caso, entendendo por legitimidade do sistema penal a característica outorgada por sua racionalidade, o autor (2001, p. 16) explica que o sistema penal quis mostrar-se como exercício de poder planejado racionalmente, portanto legítimo. No caso, a construção teórica ou discurso que pretendeu explicar o referido planejamento foi o jurídico-penal. Dessa forma, o sistema penal seria legítimo se o discurso jurídico-penal fosse racional, sendo esperada dessa racionalidade a coerência interna do discurso jurídico-penal e seu valor de verdade quanto à nova operatividade social. Em suma, o discurso jurídico-penal seria racional se fosse coerente e verdadeiro. Assim,

A quebra da racionalidade do discurso jurídico-penal arrasta consigo – como sombra inseparável – a pretendida legitimidade do exercício do poder dos órgãos de nossos sistemas penais. Atualmente, é incontestável que a racionalidade do discurso jurídico-penal tradicional e a consequente legitimidade do sistema pena tornaram-se “utópicas” e “atemporais”: não se realizarão em lugar algum e em tempo algum (ZAFFARONI, 2001, p. 19).

Além da ausência de legitimidade, resta patente como o próprio sistema penal não atua com a legalidade. Daí, inclusive, a impossibilidade de esperar que a legitimidade seja suprida por ela.

No caso, a operacionalidade real do sistema penal seria legal caso os órgãos que para ele convergem exercessem seu poder de acordo com a programação legislativa, tal como expressa pelo discurso jurídico-penal (ZAFFARONI, 2001, p. 21). No entanto, o apartamento da legalidade é observado em dois momentos. Primeiro pelo próprio exercício formal de poder previsto, o qual não cumpre os textos legais, e segundo, quando não são apreendidos, seja pelo discurso jurídico-penal, ou mesmo pela normativa, os diversos mecanismos informais pelos quais o poder opera. Nas palavras de Zaffaroni (2001, p. 25):

uma das facetas perversas do discurso jurídico-penal consiste, portanto, em mostrar o exercício total de poder do sistema penal como esgotado neste ínfimo e eventualíssimo exercício que configura o denominado “sistema penal formal”. [...] o poder configurador ou positivo do sistema penal (o que cumpre a função de disciplinarismo verticalizante) é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva, porque a própria lei assim o planifica e porque o legislativo deixa de fora do discurso jurídico-penal amplíssimos âmbitos de controle social punitivo.

Nesse sentido, Vera Andrade (2003, p. 285) destacará que o mais importante exercício de poder exercido pelo sistema de justiça criminal não se refere ao poder repressivo legal, que tem por base o papel que cabe às agências legislativa e judiciária, mas “o poder repressivo

positivo, configurador, constitutivo da função não manifesta de verticalização militarizada da sociedade que fica a cargo das agências executivas do sistema, especialmente a policial”.

Ainda que o sistema penal formal seja considerado o verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema de justiça criminal, a legalidade também não é respeitada. Isto porque

[...] a estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o “dever-ser”, o sistema penal intervém repressivamente de modo “natural” (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado (ZAFFARONI, 2001, p. 26).

Na verdade, no que se refere ao sistema penal formal, este não viola apenas a legalidade processual, mas igualmente a legalidade penal. Considerando que a primeira exige dos órgãos do sistema o exercício de seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas, e a segunda exige que o exercício do poder punitivo do sistema penal aconteça nos limites previamente estabelecidos para a punibilidade (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

Nesse último caso, serão vários os mecanismos diagnosticados, desde uso ilegal da prisão provisória, a qual se converte em autêntica prisão penal em virtude da excessiva duração dos processos penais, até pela carência de critérios legais e doutrinários claros para a quantificação de penas, viabilizando ampla arbitrariedade por parte das agências judiciais (ZAFFARONI, 2001, p. 27-28).

No mesmo sentido, Andrade (2003, p. 273) aponta que

não apenas as normas penais se ressentem de linguagem vaga e/ou ambígua e fluidez de limites incriminadores e o ordenamento jurídico de contradições internas, mas também o instrumental dogmático que a elas se superpõe se ressentem das mesmas características (conceitos igualmente imprecisos na fixação de parâmetros decisórios, teorias e métodos internamente contraditórios), permitindo aumentar, e não reduzir a indeterminação normativa e a elasticidade decisória, dando lugar a soluções diferentes para casos iguais. Não obstante, tal circunstância, é ocultada precisamente pela afirmação de que a Dogmática possibilita maximizar a uniformização e certeza das decisões judiciais.

Essa situação é reforçada pelos chamados “não conteúdos” ou “caráter fragmentário” do direito penal que a própria dogmática justifica como “um dado da natureza das coisas ou pela pretensa relevância penal e idoneidade técnica de certas matérias em detrimento de outras”. Em verdade, tais justificações representam a ideologia que encobre a seletividade do direito penal, o qual privilegia os interesses das classes dominantes e imuniza do processo de

criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes (ANDRADE, 2003, p. 279).

No que se refere à legalidade processual, Zaffaroni alerta para o fato de que o sistema penal está estruturalmente montado para que ela não opere e para que exerça seu poder com arbitrariedade seletiva dirigida aos setores vulneráveis. Essa seleção é produto de um exercício de poder que se concentra nas agências executivas. Dessa maneira, a seletividade operada pelo sistema de justiça criminal “que só pode exercer seu poder regressivo legal em um número insignificante das hipóteses de intervenção planejadas – é mais elementar demonstração da falsidade da legalidade processual proclamada pelo discurso jurídico-penal” (ZAFFARONI, 2001, p. 27).

Em suma, o enfoque criminológico hoje proposto evidencia não apenas o fato de as normas penais serem criadas e aplicadas seletivamente, bem como a distribuição desigual da criminalidade, a qual obedece geralmente à distribuição do poder e da propriedade e a estrutura vertical da sociedade, mas o fato de o próprio direito e de o sistema penal serem integrantes dos mecanismos que operam a legitimação dessas relações (ANDRADE, 2003, p. 283-284).

É nesse contexto que Zaffaroni identifica a “crise”, diante da extrema contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal, bem como o reconhecimento da utópica aproximação entre estes. Em síntese, para o autor (2001, p. 29):

a) a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher; b) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei; c) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade; d) além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema.

Lola Anyar de Castro (2005, p. 128), que se dedicou a investigar o sistema penal na América Latina, avalia:

[...] enquanto o direito se apresenta como “igual para todos” [...] a desproteção institucional dos direitos sociais determinará que esse postulado seja falso: não há direitos iguais para homens iguais. Por outro lado, a articulação do direito penal substantivo com o adjetivo desnuda também a seletividade classista do controle. Assim, encontramos procedimentos privilegiados, juízos prévios, imunidades, sanções e tribunais diferenciados e não estigmatizantes. A articulação de ambos com os níveis de controle mais discricionário (a polícia, por exemplo) revela que esses operam sistematicamente em função da seletividade.

Nesse sentido, a referida autora conclui subsistir na América Latina um “sistema penal subterrâneo” funcionando sob “um sistema penal aparente”, visto que o funcionamento real dos mecanismos de controle formal e informal se contrapõe ao funcionamento do oficialmente programado.

5.1.2 Reparação dos danos das vítimas

O diagnóstico realizado pelo referido grupo de pesquisa aponta que na maioria dos casos de furto e de roubo as vítimas obtiveram a restituição integral ou parcial do bem subtraído. No caso, em 91,17% dos casos de furto e em 72,41% dos casos de roubo o bem da vítima foi restituído, integral ou parcialmente, conforme demonstra os dados abaixo (Tabela 1):

Reparação dos danos das vítimas
Distribuição dos feitos conforme existência de restituição do bem (em %)

Restituição do bem	Furto	Roubo
Sim	83,82%	45,32%
Parcial	7,35%	27,09%
Não	8,82%	27,59%
Total	100,00%	100,00%

Fonte: processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa
Elaboração própria



Ainda segundo o diagnóstico realizado, quando o indivíduo procura pelo Estado não encontra seu fundamento principal em uma perspectiva punitiva, mas na possibilidade de resgatar o bem que lhe foi tirado ou de buscar um amparo que faça cessar o sentimento de que “corre perigo” (GCCRIM, 2009, p. 67). Pode-se afirmar, portanto, que em termos de expectativa da vítima frente ao processo, geralmente, em parte ela é cumprida: restituição do bem.

O que subsistiria, quanto ao aspecto patrimonial do fato em questão, seria uma eventual discussão sobre parcela indenizatória acerca de uma eventual danificação do bem objeto de furto/roubo ou os prejuízos indiretos causados, como danos decorrentes de

rompimento de obstáculos, dias de trabalho perdidos em razão da ausência dos bens, etc (GCCRIM, 2009, p. 67).

Por outro lado, como foi apontado, a segunda expectativa da vítima é, em regra, ignorada. A lesão sofrida por ela não se resume ao dano patrimonial, pois está presente o “elemento de abalo psicológico”, sobretudo, no roubo em que está presente a ameaça. No entanto, apesar dos “traumas gerados”, os pesquisadores verificaram que a restituição do bem é praticamente a única resposta que a vítima obtém do sistema de justiça criminal no tocante à reparação dos danos sofridos.

No caso do roubo, a programação processual penal não admite a aplicação de penas restritivas de direitos ou suspensão condicional do processo a esse crime (GCCRIM, 2009, p. 68). E, mesmo nos casos de furto estudados, em que houve substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou suspensão condicional do processo, a reparação dos danos da vítima ou a prestação pecuniária (que pode ou não ser destinada à vítima) foi a condição ou pena eleita apenas em, respectivamente, 3,17% e 11,11% dos casos, como se observa na Tabela 2 abaixo:

Reparação dos danos das vítimas
Furto: distribuição dos feitos por tipo de pena alternativa aplicada com
mais frequência (em %)

Pena alternativa	Porcentagem
Prestação de serviços à comunidade	66,67
Comparecimento a juízo	39,68
Prestação pecuniária	11,11
Cesta básica	7,94
Reparação de danos das vítimas	3,17

Fonte: processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa
 Elaboração própria



Ou seja, em menos de 15% dos casos de furto houve decisões que reconheceram o direito das vítimas a danos morais ou a reparação de prejuízos materiais decorrentes do fato. Esses dados indicam que a cultura judiciária é refratária em reconhecer o processo penal como forma de garantir a reparação dos danos sofridos pela vítima (GCCRIM, 2009, p. 69).

5.1.3 Interesse da vítima na persecução penal.

Embora a ação penal nos casos de furto e de roubo seja pública incondicionada pela nossa legislação, ou seja, não é necessária a representação da vítima para que se dê início a uma investigação ou processo criminal, nem tem ela o poder de requerer o arquivamento do caso ou de interferir na decisão sobre o oferecimento de denúncia, a interferência da vítima foi muitas vezes importante para que a investigação policial fosse realizada (GCCRIM, 2009, p. 72). Este é o diagnóstico apresentado pelos pesquisadores.

O empenho em comunicar o fato à polícia, em fornecer dados para a identificação do autor ou para a localização do bem, em efetuar o flagrante, exerceu influência para que houvesse o início do inquérito policial. Isto é, foram recorrentes falas que denunciaram serem as vítimas as responsáveis para que a polícia tivesse a notícia do crime, ou mesmo que revelaram sua interferência diretamente na autuação e identificação dos autores da conduta criminalizada.

Esse diagnóstico está relacionado ao alto índice de inquéritos policiais iniciados por auto de prisão em flagrante. Flagrantes em grande parte motivados a partir do momento em que a vítima busca a agência policial para que esta lhe ajude a reaver seu bem. Situação que, igualmente, refletirá no alto grau de efetividade da apreensão e restituição dos bens, que ocorrem praticamente no momento do crime.

Portanto, a vítima ocupa posição de destaque quando se trata de controle do sistema de justiça criminal. Primeiro, porque em muitos casos cabe a ela decidir pela comunicação ou não da situação problemática às autoridades estatais. Segundo, porque a iniciativa proativa da vítima em auxiliar nas investigações do fato parece ser, muitas vezes, fator importante para a elucidação do caso ou para que o flagrante seja efetuado.

Por outro lado, destaca-se, por exemplo, nas entrevistas realizadas, que há vítimas que reclamam pelo direito de interferir no curso do processo, especialmente para decidir se ele deve ter continuidade.

Assim, enquanto a legislação nega à vítima do roubo e do furto qualquer influência nos rumos do processo penal, na prática, é, muitas vezes, o interesse da vítima que faz a máquina estatal movimentar-se. Entretanto, uma vez iniciado o procedimento, a vítima perde o poder de influenciar na persecução penal, mesmo quando para ela não interesse em que o réu seja punido (GCCRIM, 2009, p. 74).

5.1.4 Tratamento dado à vítima pelo sistema de justiça criminal

No processo penal de furto e de roubo, a vítima participa apenas para auxiliar na produção de prova, exceto nos casos de furto em que a suspensão condicional do processo é cabível, quando há possibilidade de a vítima participar de audiências com o fim de viabilizar a determinação do pagamento de reparação de danos (GCCRIM, 2009, p. 75).

Observou-se, entretanto, que a participação da vítima no processo penal em condição diversa da de informante ainda é rara. Com efeito, mesmo nos casos de furto, em que há possibilidade de aplicação de suspensão condicional do processo, não é usual convidar a vítima para a audiência, como mostram os seguintes dados (Tabela 3):

Tratamento dado à vítima pelo sistema de justiça penal
Furto: distribuição do feito conforme oitiva da vítima (em %)

Vítima foi ouvida	Percentual
Como informante na produção de provas	76,92%
Não foi ouvida	20,77%
Na audiência de suspensão condicional do processo	2,31%
TOTAL	100,00%

Fonte: processos do TJDFT que compuseram a amostra da pesquisa
 Elaboração própria



Observa-se que em apenas 2,31% dos casos a vítima foi chamada para ser ouvida na audiência de proposta da suspensão, cabendo ressaltar que esse instituto foi aplicado em 25% dos casos. Por outro lado, nota-se que em 76,92% dos casos ela foi ouvida na fase de instrução. Na dinâmica atual, o papel da vítima ainda é o tradicional, ou seja, o de meio para que se identifique a materialidade do crime e a autoria da conduta (GCCRIM, 2009, p. 75).

Pelo diagnóstico realizado foi possível perceber, ainda, que as vítimas sentem-se muitas vezes desrespeitadas pelos agentes públicos quando são recebidos pelo sistema de justiça criminal. São frequentes queixas sobre tempo e recursos gastos para comparecer aos órgãos do sistema de justiça para que a apuração seja realizada (GCCRIM, 2009, p. 76).

5.1.5 O “trauma”, a falta de amparo estatal e suas consequências

Os relatos das vítimas evidenciam que, mesmo após ter passado tempo do evento, não houve elaboração sobre o fato. Essa elaboração não ocorre em função de que não há a criação de oportunidades para que a vítima possa conversar com algum profissional que a ajude a significar o evento, a se defrontar com seus sentimentos ou a assimilar alguma aprendizagem da experiência. As vítimas não falaram sobre alguma instituição comunitária ou judiciária que promova a oportunidade para que elas pudessem ir além do fato e promover elaboração psíquica e emocional sobre a agressão sofrida. Dessa forma, a violência sofrida permanece como experiência de violência (GCCRIM, 2009, p. 77).

Há relatos acerca do “sentimento de medo de represálias” ou de “sofrer vingança” por parte do réu, porque o sentimento de desassistência promoveria fantasias (que muitas vezes são concretizadas) de que os réus vão conseguir cumprir as ameaças. Isto gera angústia e preocupações, pois muitas vítimas permanecem convivendo e/ou trabalhando na mesma comunidade (GCCRIM, 2009, p. 78).

Segundo o diagnóstico dos pesquisadores, o estabelecimento de um “sentimento de insegurança” por parte da vítima é algo que se instala de modo tão poderoso em seu modo de ser que mudanças são relatadas no próprio comportamento da vítima, numa tentativa de “não deixar que aconteça novamente”, como se a culpa pelo ocorrido fosse da própria vítima. De modo geral, são destacadas falas que tratam de “sentimentos de inferioridade e revolta pela impunidade” e de “insegurança, medo e impotência” (GCCRIM, 2009, p. 78).

A vítima enxerga na agência judicial a última expectativa de restauração dos direitos violados, o que contrasta com as queixas por serem tratadas como objeto e todas as consequências que isto traz para sua subjetividade individual (GCCRIM, 2009, p. 78-79).

5.1.6 Fendas da disfuncionalidade: campo fértil para construção de subjetividades

Os elementos discursivos que buscam conferir *legitimidade* ao nosso direito penal ao abordar o tema da participação da vítima no âmbito do sistema de justiça criminal costumam recorrer a um usual “resgate histórico” para imprimir *racionalidade* ao argumento.

Simplificando, o| recorrente discurso geralmente aborda que os conflitos penais na nossa história já foram tratados na esfera de forma privada, detendo a vítima amplos poderes para realizar a sua justiça. Posteriormente, com a organização do Estado Moderno, o sistema penal cuidou de afastar a participação da vítima por pretender um julgamento mais imparcial,

racional e institucionalizado dos conflitos sociais. É o momento em que a defesa da sociedade passa a justificar a ação estatal, e não mais o prejuízo individual da vítima.

O discurso que busca imprimir *legitimidade* à formatação do modelo penal (e processual penal) vigente no Brasil se sustenta nesses argumentos. Corrobora o pensamento de que a persecução penal é de interesse da sociedade e não da vítima. Essa vertente de pensamento segue sustentando que a infração penal atinge os valores da sociedade e é esta quem deve reagir aos desvios contra as normas. O Estado, portanto, seu representante legítimo, é o titular da ação penal, devendo a vítima participar do processo apenas como informante, com o fim de se chegar à verdade dos fatos.⁸⁷

Claramente está posto que a persecução penal não é a via por meio da qual a vítima deverá obter a reparação do dano sofrido. De fato, a regra no sistema de justiça penal brasileiro é de que a sentença criminal apenas pode ser utilizada como título para que, na esfera cível, seja pleiteada eventual indenização.⁸⁸

De uma maneira geral, o discurso principal *legitimador* dessa lógica é a de que não se pode incentivar a vingança.

Pois bem. Sem maiores dificuldades, ao estabelecer uma comparação entre o discurso jurídico-penal e a prática real do sistema de justiça criminal poder-se-á destacar as inadequações entre a operacionalidade do sistema e a programação legislativa e o discurso jurídico-penal que o acompanham. Em outras palavras, a partir do confronto proposto entre o discurso e a prática pode-se identificar a eventual *disfuncionalidade* entre o discurso jurídico-penal e a realidade, ou seja, entre as funções declaradas e as reais desempenhadas pelas agências formais de controle do sistema de justiça criminal quando avaliada a resposta dada pelas agências de polícia e de justiça criminal diante da criminalidade detectada.

⁸⁷ A partir das regras processuais brasileiras, excetua-se, em algumas hipóteses, a possibilidade de a vítima negar a existência da persecução penal ou, quando a honra é o bem jurídico protegido, depende da vítima buscar a resposta estatal, bem como nos demais casos de ação penal privada ou ação penal pública condicionada à representação da vítima.

⁸⁸ Podemos pensar em uma pequena mudança de perspectiva quando da reforma do Código Penal de 1984, quando houve a introdução das penas restritivas de direitos entre as sanções previstas. Para o Código de então, o réu condenado à pena privativa de liberdade de até um ano poderia ter sua sanção substituída, entre outras, pela obrigação de reparar os danos sofridos pela vítima. Atualmente, a possibilidade de substituição da pena foi estendida às condenações que atingem até quatro anos.

A lei nº 9.099/95 previu a audiência de conciliação nos casos de crimes de ação penal privada ou pública condicionada à representação e permitiu que nessas hipóteses o acordo de reparação do dano da vítima se tornasse causa de extinção de punibilidade. Além disso, priorizou a aplicação de penas restritivas de direitos e tornou obrigatório o dever de reparar os danos da vítima nos casos em que há suspensão condicional do processo.

Essa lei, todavia, não se aplica aos casos de furto e de roubo, exceto quanto à possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos crimes de furto simples ou nas hipóteses de furto qualificado tentado com privilégio (cabe ressaltar que há divergência doutrinária sobre a possibilidade de se aplicar a causa de diminuição de furto privilegiado nas hipóteses de furto qualificado).

Como já exposto no presente trabalho, a descrição da real operacionalidade do sistema de justiça criminal revelada pelos estudos criminológicos, desde a reação social, delatou a não correspondência entre ela e a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que o sistema atue. Mais que isso. A crítica engendrada é direcionada ao sistema de justiça criminal e ao próprio direito penal e não se resume à falsidade do discurso jurídico-penal, mas a um defeito estrutural do mesmo.

Trata-se da “crise” do discurso jurídico-penal apontada por Zaffaroni (2001) em face da extrema contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal, bem como do reconhecimento da utópica aproximação entre estes.

No entanto, a constatação desta *desfuncionalidade* do sistema não é, e nunca foi, capaz de minar a *legitimidade* atribuída ao sistema de justiça penal. Embora exponha suas incongruências, ela acaba por sinalizar os espaços em que *subjetividades* devem e são construídas⁸⁹.

No entanto, se o objetivo é imprimir *legitimidade*, esta construção de *subjetividades* necessariamente acaba por dialogar com o que Vera Malaguti Batista (2012) destacou como *adesão subjetiva à barbárie*, caracterizada na crescente demanda coletiva por castigo e punição e afinidades entre os *assujeitamentos* e a *subjetividade* imposta pela cultura punitiva.

Se por um lado, um olhar investigativo para a realidade, em busca de compreender como as coisas de fato ocorrem, permite tangenciar em que medida o discurso da dogmática e da doutrina penal corrobora a legitimação de algo que não se realiza, desvelando as reais práticas perpetradas no dia-a-dia em nosso sistema de justiça, igualmente poderemos fazer a leitura de qual parte deste discurso cumpre a função de “manipular *subjetividades*”.

Em relação ao discurso *legitimante* acerca do “confisco do papel da vítima da resolução de seu conflito”, perquire-se quais são *as fendas da disfuncionalidade* que se apresentam como campo fértil para *construção de subjetividades* a contribuir enquanto permanências históricas do imaginário construído acerca do controle punitivo.

5.1.7 Uma proposta argumentativa: uma leitura sobre a funcionalidade da disfuncionalidade.

⁸⁹ “Subjetivação” aqui entendida como o “processo pelo qual se obtém a constituição do sujeito, ou mais exatamente, de uma subjetividade”. É o processo pelo qual o sujeito instaura sua opinião ao que é dito a partir da sua relação com o mundo externo. “Trata-se de pensar o sujeito como historicamente constituído sobre a base de determinações que lhe são exteriores” (REVEL, 2005, p. 82 e 84).

Já vimos no presente trabalho algumas considerações a respeito de pesquisa realizada pelo IBCCRIM (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais), intitulada *A vítima no Processo Penal Brasileiro*. O referido trabalho investiga os procedimentos restaurativos concernentes à lei nº 9.099, de 1995, lei dos Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), e os processos penais referentes à violência doméstica e familiar que tramitam pelo procedimento previsto na lei nº 11.340, de 2006, lei Maria da Penha, a fim de observar se e em que medida a vítima é protagonista no curso do processo penal.

Perscrutando os dados levantados nessa pesquisa foi possível verificar que várias das leituras elaboradas corroboram os dados apresentados na pesquisa realizada pelo GCCRIM. Por exemplo, a “satisfação diagnosticada” adveio dos casos em que vítimas puderam em audiências postular e negociar um desfecho satisfatório, o qual estava associado no mais das vezes ao ressarcimento do dano sofrido na “situação conflituosa” (ALVAREZ, 2010, p. 61).

Além disso, segundo os pesquisadores, especialmente nos JECRIMs, verificou-se que o maior grau de satisfação das vítimas associava-se mais ao ressarcimento do prejuízo causado pelo crime do que à aplicação de medidas alternativas ao autor do crime, a qual inegavelmente tem caráter sancionatório (ALVAREZ, 2010, p. 61).

No caso da violência doméstica, a referida pesquisa identificou que os anseios das vítimas estavam vinculados à cessação das agressões e a “sensação de insegurança”. Assim, a determinação das medidas de proteção permite compreendê-las como “respostas satisfatórias” pelas vítimas (ALVAREZ, 2010, p. 63).⁹⁰

Mas, sobretudo, Alvarez destaca que os interesses das vítimas nos diferentes contextos empíricos abordados não se confundem com a punição daquele que cometeu o crime:

O que está em jogo é a superação do fato pelo ressarcimento dos prejuízos causados (de acordo com o que foi observado nos JECRIMs), ou a cessação da violência e da situação de insegurança, que não necessariamente exigem a punição ou a prisão do agressor (de acordo com o que relataram as vítimas de violência doméstica), ou, ainda, a responsabilização dos agentes do Estado, que descumpriram a lei e permitiram uma tragédia (homicídio de Ana Moura) (ALVAREZ, 2010, p. 63).

⁹⁰ Dentre as principais inovações da lei nº 11.340, de 2006, lei Maria da Penha, estão: (i) a tipificação do crime de violência doméstica e familiar; (ii) a criação de medidas integradas de prevenção à violência doméstica e familiar; (iii) a criação de mecanismos de assistência à mulher vítima de violência doméstica e familiar; (iv) a prescrição de forma de atendimento da vítima pela autoridade policial; (v) a criação do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, com competência cível e criminal, e retirada da competência dos JECRIMs para julgar crimes de violência doméstica e familiar contra a mulher, bem como a vedação da aplicação da lei nº 9.099, de 1995; (vi) a criação das medidas protetivas de urgência para a vítima; (vii) a previsão de assistência judiciária para a vítima e (viii) a previsão de equipe de atendimento multidisciplinar. As medidas protetivas de urgência antecedem o processamento do caso, podendo sua concessão ser pleiteada ao juiz pela autoridade policial quando do registro de ocorrência. O afastamento do lar, domicílio ou local de convivência, bem como a proibição de contato com a ofendida são exemplos destas medidas.

O diagnóstico realizado pelo GCCRIM não foi diferente no que se refere a esta questão. Em ambas as pesquisas, na perspectiva das vítimas, a ausência da reparação dos danos concentra uma das principais insatisfações quanto à conclusão do processo. A desconsideração enquanto parte no processo, capaz de intervir no curso do processo, também foi destacada. E que, apesar de ter um papel relevante para instauração da persecução penal, sustentada desde o início por demandas bem específicas frente ao sistema de justiça – a restituição, a reparação do bem e a proteção contra futuras violações de seus direitos por parte do réu –, a vítima recebe um tratamento desqualificante por parte do sistema de justiça. Este tratamento incrementa os sentimentos negativos da experiência que sofreu. Sentimentos, em verdade, reforçados ao perceber que o conflito vivido entre ela e o réu não é o tema do debate no processo. Em verdade este pouco importa. Este é esquecido no decurso do processo.

Naturalmente, “a inferioridade, a revolta, a impotência, a insegurança” em relação à experiência vivida, não do conflito em si, mas da relação entre vítima e sistema de justiça – e por que não dizer entre o objeto e o sistema de justiça – são as referências que estarão presentes na formação da sua *subjetividade* enquanto “ser objeto” na relação com a justiça criminal.

Pode-se fazer a leitura, a partir de ambas as investigações, de como a vítima e o sistema penal apresentam perspectivas diversas – se não antagônicas – em relação à mesma “situação- conflito”. Em verdade, as expectativas direcionadas ao sistema de justiça criminal, sobretudo a evidente “busca de soluções”, acabam gerando na vítima expectativas irrealizadas:

Enquanto ela [vítima] enxerga uma situação em que foi lesada e procura quem lhe dê voz, o sistema criminal visualiza a notícia do conflito como trabalho a ser realizado com o fito de punir o acusado. Se o sistema penal propõe tão-somente a sanção ao réu, sem considerar a condição da vítima como sujeito presente na relação conflituosa, cria um hiato entre o que a vítima anseia e o que efetivamente encontra (GCCRIM, 2009, p. 70).

Fruto de ambas as pesquisas é a orientação de fazer do processo penal, também, um instrumento para a vítima obter a reparação dos danos sofridos, de modo a atender melhor suas expectativas e tornar o processo penal mais factível e lógico para os envolvidos. Quando há a reparação do dano, o sentimento da vítima é de que a justiça foi realizada (GCCRIM, 2009, p. 71).

Esta constatação vai de encontro ao referido discurso *legitimador* que trata do “monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito” e “da exclusão da vítima do

processo penal” como mecanismo para “abafar o sentimento de vingança inseto ao papel de vítima”.

As evidências trazidas pelos dados das pesquisas confirmam os dizeres de Louk Hulsman (1997, p. 82-83) que denunciam que, além de o sistema penal roubar o conflito das pessoas diretamente nele envolvidas, não só o “delinquente” acaba por ser etiquetado quando o problema cai no aparelho judicial, mas a vítima também o é, quando o conflito deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram.

Nas palavras do próprio Hulsman:

Tanto quanto o autor do fato punível, que, no desenrolar do processo, não encontra mais o sentido do gesto que praticou, a pessoa atingida por este gesto tampouco conserva o domínio do acontecimento que viveu. A vítima não pode mais parar a “ação pública”, uma vez que esta “se pôs em movimento”; não lhe é permitido oferecer ou aceitar um procedimento de conciliação que poderia lhe assegurar uma reparação aceitável, ou – o que, muitas vezes, é mais importante – lhe dar a oportunidade de compreender e assimilar o que realmente se passou; ela não participa de nenhuma forma da busca da medida que será tomada a respeito do “autor”. [...] Quando o sistema penal se apropria de um “assunto”, ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente da que foi no início. O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores. Assim, o que se apresenta perante o tribunal, no fundo, nada tem a ver com o que vivem e pensam os protagonistas no dia do julgamento. Neste sentido, pode-se dizer que o sistema penal trata de problemas que não existem.

De fato, uma vez iniciado o procedimento, a vítima perde o poder de influenciar na persecução penal, mesmo quando para ela não haja interesse em que o réu seja punido. O que vai de encontro à reação da polícia. Sua atitude perante os casos que lhe são apresentados é automaticamente repressiva. É esta a função real de “agência do sistema de justiça criminal” que lhe cabe.

Assim, o discurso jurídico-penal que prega a *legitimidade* do Estado, “enquanto expressão da sociedade para reprimir a criminalidade e reafirmar os valores e as normas sociais, a partir dos delitos definidos nos códigos penais, os quais representam a ofensa desses interesses fundamentais e das condições essenciais à existência de toda a sociedade”, não representa a expectativa da vítima. Na verdade, ele nem passa por sua elaboração cognitiva. Portanto, na dinâmica da resolução do conflito já instaurado, é como se as vítimas não fizessem parte deste “ente sociedade” sobre o qual o discurso acerca das funções do direito penal fala. Suas expectativas diante da atuação do sistema de justiça criminal são diversas.

Enquanto a vítima enxerga uma situação em que foi lesada e procura quem lhe dê voz, o sistema de justiça criminal visualiza a notícia do conflito como “trabalho a ser realizado” com o fito de punir o acusado. E, uma vez atuando exclusivamente em direção a impor uma

sanção ao réu, sem considerar a condição da vítima como sujeito presente na relação conflituosa, cria-se um hiato entre o que a vítima anseia e o que efetivamente encontra. É com o fito de ocupar este espaço que a dimensão de ilusão do discurso jurídico oficial é construída. Trata-se de um mecanismo de legitimar sua atuação para a sociedade.

Zaffaroni (2001, p. 242) reconhece que a vítima de um delito acaba sempre consideravelmente prejudicada, por isso é importante pensar a limitação da violência operada pelo sistema de justiça criminal, a partir do princípio limitador da lesividade à vítima.

Em regra, quando o sistema interfere, o estrago em consequência da expropriação do conflito é menor do que quando queda inerte. A agência judicial não pode assumir, portanto, além dos prejuízos sofridos pela vítima, aqueles advindos da irracionalidade do sistema. Assim,

pode ser que a lei não seja expressa a respeito, mas os princípios elementares de respeito à dignidade humana impõem um limite à utilização – e consequente coisificação – da pessoa humana: à utilização da pessoa do criminalizado para o exercício de um poder verticalizante; para tanto se usa a vítima mediante a expropriação (diríamos confisco) de seu direito lesado, resultando sempre excessivo, pois que a agência judicial também tolera que se use ainda mais a vítima, infligindo-lhe um sofrimento com a intervenção do poder do sistema pena contra a sua vontade (ZAFFARONI, 2001, p. 242)

Este processo de “coisificação” aludido por Zaffaroni não se dá apenas em relação ao réu. O que “resta” de construto de *subjetividade* da experiência vivenciada pelas vítimas, ao menos nos diagnósticos estudados, mais das vezes, está associado “a inferioridade, a revolta, a impotência, a insegurança”. Como já foi dito: à formação da *subjetividade* de seu “ser objeto” na relação com a justiça criminal. O que ocorre, em um contexto de *adesão subjetiva à barbárie*, é a manipulação destas *subjetividades* em prol de ocultar as referidas *fendas da disfuncionalidade* produzidas pelas incoerências entre discurso jurídico penal e prática criminal.

Se, como foi dito, ao menos para os casos de furto e roubo, a reparação dos danos sofridos atenderia melhor às expectativas das vítimas, tornando a relação com o sistema de justiça criminal mais factível e lógica para esses envolvidos, e considerando que os interesses das vítimas nos diferentes contextos empíricos abordados não se confundem com a punição daquele que cometeu o crime, por que não questionar a *legitimidade* do Estado enquanto contentor do “monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito” e disciplinador da vingança ínsita a qualquer vítima?

Sobre o tema em questão, destaca-se o artigo intitulado *Delinquência urbana e vitimização das vítimas*, escrito por Zaffaroni (2010, p. 41), no qual apotam-se algumas

importantes reflexões. O autor destaca a seletividade realizada pela comunicação de massa ao escolher quem será projetado enquanto vítima, e a manipulação e a construção da *vítima herói* que se procede em sequência. Segundo ele, as demais vítimas “carecem de imagem e de voz, são diretamente ignoradas e não são consideradas como tais pela opinião corrente (são invisibilizadas)”. Um oportunismo político, segundo ele, que explora a *subjetividades* não elaboradas. Em síntese:

(a) Está crescendo, de forma perigosa, uma tendência acentuada a manipular algumas vítimas, explorando e aprofundando sua patologia mediante sua elevação à condição de herói.

(b) A manipulação tem resultados políticos que colocam em risco o Estado de direito, levando-se em conta que, na atualidade, as estruturas políticas são cada vez mais débeis e os meios de comunicação, inversamente, cada vez mais fortes.

(c) Estas manipulações provocam um alívio passageiro na vítima, mas na realidade constituem uma revitimização, sob a forma de um verdadeiro cinismo vitimizante (ZAFFARONI, 2010, p. 54).

Nessa esteira, destaca-se que nas investigações estudadas observou-se que vítimas e réus estão muito próximos em suas perdas, insatisfações e percepções. Tanto vítimas como réus consideraram “a violência e o trauma” como o subproduto da experiência com sistema de justiça criminal. A manipulação – por que não dizer política – e a exploração destas *subjetividades* acabam por representar o espaço em que “se funda e se reproduz o capital simbólico, produtor de subjetividades e assujeitamentos” (MALAGUTI BATISTA, 2012, p. 310).

Como foi destacado no relatório final da pesquisa elaborada pelo GCCRIM, há uma perspectiva nesta engenharia de manipulações que é a grande responsável pela retroalimentação da lógica da violência no sistema de justiça criminal:

[...] porque como a vítima é vista como objeto, só consegue retomar o poder pela violência, aí ela exige castigo. Se ela não é sujeito, é objeto, usa a violência como comunicação de seu poder, na medida em que perde a capacidade de mediar, por meio da comunicação. A vítima-objeto não pode obter justiça e não consegue ser escutada, então será sujeito pela violência, pela violência imaginária, pela imaginação de que os réus têm que ser castigados, que sofrer, só assim será restabelecida a justiça. (GCCRIM, 2009, p. 80).

Considerando, como reconhece Alvarez (2010, p. 14), que o “consenso em torno da ideia de que a presença da vítima no espaço público contemporâneo acarreta uma ruptura profunda na sociedade moderna” deva ser submetido a “maiores reflexões”, primordial é considerar “o fervor punitivo vivido na sociedade contemporânea”.

Sobre a questão da realização das expectativas das vítimas, talvez se deva considerar que não será no interior do sistema penal que sua satisfação será encontrada. Pois ainda que se possa demonstrar que a vítima não tem uma ideia vindicativa, corre-se o risco de a satisfação da vítima ser concretizada em um direito penal mais repressivo do que já o conhecemos. Afinal, como destaca Vera Malaguti (2012, p. 317), tem-se por “tarefa primordial desconstruir a *“adesão subjetiva à barbárie”* e propor novos horizontes de sociabilidade e a construção de novos espaços coletivos”. Precisamos romper com a associação simbólica entre poder punitivo e o surgimento do Estado no desenvolvimento histórico do capitalismo.

5.2 Vítimas e trauma

Com base em uma ação criminal que tramita na 23ª Vara Criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro (processo nº 2008.0001.051937-8), destacaremos alguns “discursos vitimais” que, sem cair em generalizações e sem fazer julgamentos de mérito ao referido processo, emergem na prática judicial. A escolha do presente processo se deu por ele representar um tipo de “caso emblemático”, onde estão conjugados diversos fatores – como violência à integridade física da vítima, participação de assistente de acusação, produção de laudos e pareceres médicos e psiquiátricos, divulgação midiática dos fatos investigados – a partir dos quais é possível tecer algumas análises referentes ao atual espaço das vítimas no sistema de justiça criminal brasileiro.

Segundo a denúncia do caso, em fevereiro de 2008, um jovem teria ofendido a integridade corporal de um senhor em uma briga, causando-lhe lesões corporais de natureza grave, conforme atestava o laudo de exame de corpo de delito feito a época. Em tese, o rapaz teria incorrido por suas condutas nas sanções penais do art. 129, § 1º, inciso I e II, do Código Penal, concomitantemente com o art. 61, inciso II, do mesmo diploma legal.⁹¹

⁹¹ Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 1º Se resulta:

Lesão corporal de natureza grave

I - Incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias;

II - perigo de vida;

Pena - reclusão, de um a cinco anos.

Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

II - ter o agente cometido o crime:

a) por motivo fútil ou torpe;

O referido laudo de exame de corpo de delito não foi conclusivo, solicitando pareceres psiquiátrico e neurológico complementares, a fim de atestar provável doença diagnosticada: *síndrome pós-traumática*. Quando juntados aos autos do processo, os referidos pareceres indicavam que pelo exame neurológico não constavam “alterações de cunho objetivo filiável ao evento traumático”, mas pelo exame psiquiátrico confirmava-se a referida hipótese.

De posse dessa constatação, o Ministério Público requisitou aditamento da denúncia, para que ao invés de responder por lesões de natureza grave, que ocasionam incapacidade para as ocupações habituais, por mais de trinta dias e perigo de vida, o acusado fosse acusado por lesões de natureza grave que tinham resultado em enfermidade incurável (art. 129, § 2º, inciso II, do Código Penal⁹²). A sanção penal no primeiro caso seria de 1 a 5 anos, e no segundo de 2 a 8 anos.

O juízo onde tramitava o processo solicitou que uma consulta médica viesse aos autos a fim de obter esclarecimentos detalhados sobre a *síndrome pós-traumática*. Eis o que relata a referida consulta nos termos em que foi apresentada ao tribunal:

Em resposta ao ofício número 925/2011/OF de 15.03.2011, referente ao processo número 0052565-55.2008.8.19.0001 (2008.001.051.937-8), esta perita presta os esclarecimentos solicitados pelo D. Juízo.

O exame direito realizado junto ao Sr. Salino Oliveira Rangel pelos peritos legistas (da Clínica Médica, da Neurologia e da Psiquiatria), somado à análise de sua curva biográfica e história clínica, permite-nos concluir que o mesmo encontra-se acometido de uma síndrome cerebral orgânica, *Síndrome pós-traumática* (Classificação Internacional de Doenças, 10ª revisão, sob código F07.2).

A síndrome pós-traumática é uma alteração da personalidade e do comportamento que constituem um transtorno residual do traumatismo encefálico sofrido. No caso, há prejuízos cognitivos, afetivos e volitivo. Não há obnubilação da consciência. Tal síndrome gera grave comprometimento social/interpessoal.

Considerando a permanência das sequelas psíquicas, também descritas em laudo médico do neurologista assistente emitido em 17.06.2009, o qual descreve alteração e agressividade, esta perita considera que o quadro apresentado se encontra bem estabelecido, possuindo caráter permanente, não passível de cura.

Considerando o exposto, esta perita ratifica integralmente seu laudo pericial.

Essa ação penal teve grande espetacularização à época dos fatos, a qual além de ser noticiada na mídia local, impressa e televisionada, mobilizou “passeata” organizada por amigos e familiares perto do local do crime em prol da condenação do acusado.

⁹² Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 1º Se resulta:

Lesão corporal de natureza grave

§ 2º Se resulta:

II - enfermidade incurável;

Pena - reclusão, de dois a oito anos.

Além disso, ela ganha destaque por haver um maior protagonismo da vítima no curso da ação penal. Isso se deu em virtude da habilitação de assistente de acusação, prevista em nossa legislação processual penal em seus arts. 268 e seguintes do Código de Processo Penal. Por tais dispositivos é facultado ao ofendido ou seu representante legal a intervenção como assistente do Ministério Público, em todos os termos da ação pública. É permitido a este ator processual propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, como a apelação (art. 598 do CPP).

No caso em análise, além de ter exercido os direitos que lhe são assegurados pela legislação processual citada acima, o assistente de acusação forneceu ao Juízo informações do tipo: (i) abaixo assinado dos moradores do prédio onde a vítima trabalhava, e onde ocorrera o fato, enaltecendo o caráter da vítima em detrimento do réu; (ii) informações e documentos juntados aos autos acerca da passeata realizada, cujos folhetos de divulgação reproduziam falas do gênero: “*Convocação para passeata contra a covardia sofrida pelo porteiro ...*” ou “*Mais um ataque de pitboy covarde ... o monstro enfurecido, que junto com outro animal, arrombou o portão adentrando a galeria, usou de toda sua truculência e crueldade agredindo Salino*”. Consta nos autos, ainda, que em suas alegações finais o assistente de acusação clama pela aplicação de pena mais severa do que a defendida pelo próprio Ministério Público.

Em suma, a ação penal criminal relatada, de fato, representa um exemplo de maior participação da vítima na relação processual criminal. No entanto, ela também evidencia qual o espaço hoje reservado às vítimas na esfera criminal: não há alternativa para além de pleitos eminentemente punitivistas. O instrumental processual habilitado à participação da vítima reforça esta expectativa ao equiparar sua participação à do órgão acusador.

Não se está afirmando que é responsabilidade da vítima uma postura diversa, tendente ao reconhecimento ou à reparação, quando se está no âmbito da justiça criminal. Afinal, como vimos, aqueles não são pressupostos deste modelo de justiça, o qual, ao revés, é o espaço por excelência para a realização do poder punitivo.

Por outro lado, importa observar que hoje ele conta com o reforço de outros saberes que estão igualmente orientados para a lógica punitiva. No caso em questão, o poder médico (representado pelos laudos que atestaram a *síndrome pós-traumática* da vítima) e o poder midiático confluíram para que o desfecho final da ação penal fosse o mais severo possível.

Em especial, a identificação do trauma à figura da vítima é um discurso que está cada vez mais recorrente no âmbito criminal.

Nesse sentido, como bem salientado por Analicia Sousa (2014, p. 35), a figura da vítima tem recebido destaque em debates sobre a violência, que se disseminam por toda a sociedade, e estão presentes nos discursos midiáticos. Para ilustrar, a autora menciona matéria especial da revista *Veja* (2012, p. 90) sobre trauma, na qual são apresentadas estimativas sobre o grande número de pessoas vitimadas pela violência nos centros urbanos. A reportagem sugere que esses casos referem-se à ocorrência de crimes e a matéria assevera que as “vítimas da violência urbana têm de lidar com a doença [o estresse pós-traumático] em toda a parte do planeta. Estima-se que 10% dos brasileiros sofram do transtorno, sobretudo os moradores das grandes cidades”.

Para Sousa (2014, p. 54), “a valorização da vítima e de seus padecimentos se insere em um contexto de superestimação da subjetividade individual, no qual os fenômenos emocionais e mentais, assim como o bem-estar e a felicidade pessoal têm proeminência ante o social”. O argumento da autora, com o qual se concorda, é de que o excesso de referência ao psicológico tem contribuído para impulsionar um amplo processo de medicalização da sociedade. E mais, frente ao exemplo da ação penal referenciada acima, percebe-se que a disseminação dessa perspectiva é, também, punitivista.

5.2.1 Estamos todos traumatizados?

A psiquiatria e depois a psicanálise, desde a segunda metade do século XIX, passaram a desempenhar um papel importante no reconhecimento do traumatismo psíquico e na compreensão de seus mecanismos. Eliacheff e Larvière relatam que

os psiquiatras ingleses, franceses, alemães e americanos do final do século XIX se interessaram inicialmente pelas sequelas psicológicas dos acidentados nas estradas de ferro. A começar pelo psiquiatra alemão Hermann Oppenheim, que desde 1884 falava de “neurose traumática” para designar as perturbações causadas por acidentes ferroviários: pesadelos, lembranças intrusivas, humor instável, hipersensibilidade, isolamento, distinguindo pela primeira vez as consequências psicológicas das feridas físicas (ELIACHEFF, LARIVIÈRE, 2012, p. 28).

Nesse sentido, Joel Birman (2014, informação verbal)⁹³ explica que, se em um movimento inicial, o qual pode ser identificado como o primeiro momento da psicanálise,

⁹³ Conferência *Trauma e impasses nos processos de subjetivação na contemporaneidade*, palestra concedida pelo Professor Joel Birman, no Colóquio Subjetivações e gestão de riscos na atualidade - Instituto de Medicina Social – UERJ. Rio de Janeiro, no dia 17/10/2014, das 9h à 10h20.

Freud pensou que o trauma era ligado ao que ele chamou de “sedução sexual”, outras teorias se desenvolvem a partir da primeira guerra mundial e criam outra concepção do trauma onde o que estaria em jogo seriam processos neuropsiquiátricos e neurobiológicos. A ideia de choque cerebral é incorporada à teorização do trauma.

Assim, na segunda metade do século XIX, segundo Birman (2014, informação verbal), a questão do trauma entra na discussão dos acidentes de trabalho e dos acidentes ferroviários no continente europeu, por ocasião de criação da rede ferroviária a partir da revolução industrial. A busca por compensações pelos efeitos traumáticos produzidos pelos processos de trabalho evidencia o confronto entre trabalhadores e o capital, mediado pelo Estado. A entrada da questão do trauma nessa discussão impulsiona a criação de uma categoria psicopatológica: a “simulação”. A invenção de uma doença, que na realidade não se possui, com vistas a obter lucros indevidos se constitui como resíduo do confronto entre as más condições de trabalho e a maneira pela qual o capital promovia os seus imperativos de produção.

A categoria de simulação nesse contexto significa estabelecer uma diferença entre os verdadeiros traumatizados e os falsos traumatizados, os traumatizados verdadeiros e os traumatizados mentirosos (BIRMAN, 2014, informação verbal).

Eliacheff e Larvière explicitam que, depois da primeira guerra mundial, seus milhares de “traumatizados” passaram a ser um campo de observação privilegiado para os psiquiatras e psicanalistas. A descrição clínica das perturbações psíquicas dos combatentes foi aperfeiçoada, pois se tratava não apenas de observar, mas também de descobrir os simuladores para reenviá-los ao combate. Segundo os autores:

no contexto militar, a realidade de um acontecimento capaz de provocar um traumatismo não é discutível. O papel dos psiquiatras é verificar se os bombardeios, a vista dos companheiros destroçados ou as condições de vida nas trincheiras traumatizaram efetivamente o combatente. Nesse caso ele será retirado da zona de combate ou, caso seja um simulador, reenviado ao front” (ELIACHEFF, LARIVIÈRE, 2012, p. 28).

A questão fulcral dessa mudança de perspectiva, segundo Birman (2014, informação verbal), foi trazer para o público a experiência do traumatizado, antes confinada ao espaço da intimidade e privacidade. Explica, o professor, que o trauma era uma experiência de sofrimento individual, privado e íntimo, não ganhando fóruns de sua dimensão pública, sendo os traumatizados protegidos ou não expostos a produção pública. Segundo ele, o exemplo mais marcante disso é o início da história da psicanálise quando Freud inventa a categoria de sedução ou abuso de sexual, condição de possibilidade da produção das psiconeuroses. O abuso, nesse contexto, estava restrito a intimidade, diferentemente do que ocorre em nossa

contemporaneidade. Naquele contexto ele estava restrito ao espaço estritamente íntimo e privado, da moralidade das famílias, da proteção criada pelo poder patriarcal.

Esse cenário se transforma a partir dos anos 1970 e 1980, quando reaparece a figura da criança como figura ligada ao campo do traumático e do abuso e a figura da mulher em torno da questão do estupro, da violência sexual e do assédio sexual.

Explica Birman (2014, informação verbal) que nesse contexto se dá uma virada importante na história do traumatismo na nossa tradição, quando começam a surgir relatos de crianças que são abusadas pelos pais. São relatos que ganham grande repercussão internacional, midiática. Os casos são publicamente relatados e a figura dos pais humilhada e o sofrimento das crianças exposto. Segundo o autor, essa configuração vai articular uma nova questão importante: esses personagens traumatizados, crianças ou mulheres, serão concebidos como vítimas.

Trata-se da categorização dos traumatizados como vítimas e dos traumatizados marcados por um sofrimento moral. É um triângulo onde o trauma está no vértice superior e na base o sofrimento moral, de um lado, e a vítima, de outro. Essa seria a configuração do trauma que começa a se desenhar a partir dos anos 1970 e 1980, quando ele deixa a cena da intimidade e da privacidade e penetra no espaço público, tornando-se bandeira de luta política, como do movimento feminista. Além disso, por se tratarem de vítimas, essa mediação e publicização da questão do trauma se associa à judicialização e à criminalização do abuso e da violência contra crianças e mulheres (BIRMAN, 2014, informação verbal).

Birman (2014, informação verbal) ainda identifica um terceiro tempo na reflexão sobre o traumatismo e as vítimas, o qual ocorre após o retorno aos Estados Unidos dos veteranos vencidos na Guerra do Vietnã (1964-1973).

O país estava abalado por sua grande primeira derrota em nível internacional, ao mesmo tempo que precisava administrar um exército de humilhados e ofendidos. Os veteranos foram identificados com a figura da derrotada da sociedade, mas, igualmente, angariaram uma certa compaixão pública a partir das alegadas sequelas decorrentes da experiência de guerra. Muitos deles, segundo Eliacheff e Larvière, ficaram conhecidos por adotar um comportamento agressivo e até antissocial:

Foi nesse momento que o psiquiatra americano Shatan reinventou a neurose de guerra, sob o vocábulo do *Post-Vietnam Syndrom* (Síndrome Pós-Vietnã) ou PVS: a saber, revivescência traumática, estado de alerta permanente, sentimento de incompreensão, agressividade e perturbações de conduta – o conjunto pode ser resumido em uma “transfiguração da personalidade” (ELIACHEFF; LARVIÈRE, 2012, p. 34).

A partir de então os veteranos de guerra passaram a cobrar do Estado e das companhias de seguradora compensações pelo que foram obrigados a fazer e a sofrer durante a experiência de guerra. Isso perante a mídia, em pleno espaço público. Para obter a reparação, ex-combatentes e psiquiatras lutaram contra a administração dos veteranos, que foi obrigada a abrir centros de diagnósticos e tratamento, receber queixas e distribuir compensações. Fruto desse processo é a fusão do *post-vietnam syndrom* com o *post-traumatic stress disorder* (transtorno de estresse pós-traumático ou síndrome pós-traumática), com a posterior introdução dessa nomenclatura na classificação psiquiátrica nos anos de 1980. Como explicam Eliacheff e Larvière:

A psiquiatria evoluiu e, com ela, a condição de vítima. Por volta de 1980, essa disciplina sofreu uma profunda ruptura de pensamento cujo efeito foi o de transformar as relações entre as vítimas e os profissionais da área. Com a criação de uma nova categoria clínica, o PTSD (*Post-Traumatic Stress Disorder*), ou transtorno de estresse pós-traumático, e o nascimento de uma disciplina, a vitimologia, os psiquiatras passaram a dispor de instrumentos de identificação e de qualificação e puderam globalizar essa noção (ELIACHEFF; LARVIÈRE, 2012, p. 35).

Eliacheff e Larvière (2012, p. 35-36) explicam como essa mudança de orientação da psiquiatria americana influenciou a condição de vítimas na França. Segundo os autores, a classificação das doenças é antiga na medicina, e a psiquiatria não escapa a essa máxima. Em 1952, a Associação Americana de Psiquiatra publica a primeira versão do DSM (*Diagnostic and Statistical Manual for Mental Disorders* ou Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais). Na terceira versão do DSM, publicado em 1980, as nomenclaturas foram mudadas sob a alegação de necessidade de uma evolução científica, passando pela elaboração de uma linguagem comum a todas as orientações clínicas. No entanto, isso não deixou de ser alvo de críticas:

Já não se trata de uma clínica do sujeito apoiando-se nas teses precedentes psiquiátricas e psicanalíticas, mas de uma “abordagem clínica puramente descritiva” que se quer atórica, excluindo a subjetividade do psiquiatra na direção de uma infinidade de “perturbações” e “problemas” estabelecidos por especialistas americanos. Agora, como em um questionário de múltipla escolha, basta assinalar os sinais aparentes para fazer o diagnóstico de uma certa afecção. A versão freudiana psicosssexual desaparece, porque já não é compatível com a linguagem das correntes dominantes da psiquiatria. O termo *neurose*, que preenchia à descoberta freudiana em um sentido totalmente diferente (conjunto de sintomas e problemas funcionais, cuja origem era – sem que se pudesse provar – uma patologia nervosa) é conservado na sua acepção antiga até desaparecer completamente no DSM-IV (1992) (ELIACHEFF; E LARVIÈRE, 2012, p. 36).

De acordo com Eliacheff e Larvière (2012, p. 37), no momento de sua publicação o DSM-IV provocou enorme polêmica nos Estados Unidos, tendo sido entendido como “falsa ciência, negação de subjetividade (posto que o conceito foi esvaziado), normalização social de todas as formas de desvio, reificação do homem neuronal, aliança culpada com a indústria farmacêutica”. Ainda assim, na França, a Classificação Internacional das Doenças (CIM) da Organização Mundial de Saúde, que se pauta pelos mesmos princípios que o DSM - III e IV, impôs-se e determinou que cada estabelecimento público ou privado adotaria a referida classificação, a qual foi igualmente estendida para o ensino, os planos de saúde e as normas para publicação científicas.

Sobre esse fato, Birman (2014, informação verbal) destaca que foi a partir da inserção da categoria da síndrome pós-traumático no código do DSM Norte Americano, tornando-se uma categoria nosográfica importante e identificando-se com a própria ideia de trauma, que todos passamos a estar expostos ao traumatizável.

Agora, ao lado do triângulo trauma-sofrimento moral-vítima, sofrimento e vítima estarão centrados em torno desse operador da experiência que é a síndrome pós-traumática. Síndrome pós-traumática é o meio pelo qual qualquer um pode ser perfeitamente traumatizado.

Porém, o que as vítimas ganharam com essa nova nomenclatura?

A nova formulação (estado de estresse pós-traumático), sob uma aparência anódina (existência de um acontecimento estressante patente, que provocaria sintomas evidentes de ansiedade na maior parte dos indivíduos), elimina toda e qualquer subjetividade: se a vítima viveu um acontecimento e apresenta sinais clínicos de PTSD, trata-se então de uma autêntica vítima. As perturbações podem acontecer com qualquer pessoa, sem levar em conta seus antecedentes. Trata-se de uma reação normal, ou seja, precisamente “dentro da norma” (ELIACHEFF; LARVIÈRE, 2012, p. 38).

Para Eliacheff e Larvière (2012, p. 38-41), a síndrome pós-traumática passa a ser considerada uma reação normal, “é a vítima que emerge na ingenuidade psiquiátrica”. Essa simplificação conduz a “uma normalização generalizada dos indivíduos em nossas sociedades”. Nesse contexto, agressores e carrascos, sob a alegação de apresentar perturbações podem fazer-se reconhecer vítimas. “Eis que uns e outros se tornam vítimas na mesma condição, pois apresentam perturbações ligadas a um traumatismo psíquico [...] excluir o contexto e considerar apenas os sintomas permite ampliar ainda mais as fronteiras dos fenômenos vitimários”.

Para Birman (2014, informação verbal), foi a partir dessa caracterização, desse cenário, do pós-guerra, ligado, portanto, à contingência da experiência de guerra, que a

categoria da síndrome pós-traumática vai ser deslocada para uma série de condições sociais outras que se apresentavam na contemporaneidade. De refugiados de guerra a vítimas de catástrofes naturais, todos esses personagens passaram a ser caracterizados como marcados por experiências traumáticas.

A caracterização da síndrome pós-traumática se expande aos precarizados e a miserabilidade social que começa a crescer de uma maneira vertiginosa a partir dos anos 1990. Esse contingente populacional se torna objeto de caridade pública, ajuda pública, ganhando atenção de organizações não governamentais e sendo alvo de políticas de Estados. Para Eliacheff e Larvière,

com a extensão da ajuda humanitária às populações civis e aos refugiados pelas guerras, o conceito de PTSD dissociou-se da Guerra do Vietnã. De fato, a ideia segundo a qual as perturbações são normais e podem acontecer com qualquer um é válida para todas as populações oprimidas e deslocadas, e tende a provar que a síndrome do estresse pós-traumático é distinta de outras perturbações mentais (ELIACHEFF E LARVIÈRE, 2012, p. 41).

A questão do trauma, assim, sai de uma condição de exceção, de negatividade, desde a segunda metade do século XIX à virada da primeira guerra mundial, para se tornar uma categoria psicopatológica importante para o contexto da contemporaneidade. Quando foi positivada, transforma-se num campo possível da experiência de qualquer um de nós, deslocando-se do campo do patológico para se colocar no campo da normalidade.

Assim, a despeito da polêmica em torno do reconhecimento do PTSD, por representar uma construção ocidental destinada a impor um modelo “médico” aos sofrimentos dos povos em guerra e favorecer a emergência de uma indústria do traumatismo, Eliacheff e Larvière (2012, p. 41) explicam que a associação da síndrome pós-traumática ao reconhecimento da vítima prosperou, encontrando, inclusive, na vitimologia, um exemplo desse sucesso.

Depois dos DSM-III (1980) e DSM-IV (1992), a condição de vítima se confirma a partir do momento que o sujeito “vivenciou” o acontecimento traumático. E para conquistar legitimidade social e, sobretudo, conservar o relato vitimário, a caução psiquiátrica tornou-se indispensável. O psiquiatra faz a vítima:

A palavra da vítima potencial já não é suspeita, a dúvida se situa no clínico, que pode ou não certificar que seu paciente é vítima. Nesse sentido, ele procura a certeza do acontecimento traumático, suas consequências e a ausência de antecedentes psiquiátricos. Com todos esses elementos, é ele que pode afirmar se seu paciente é ou não vítima. A distinção entre verdadeiro e falso continua a existir, mas deslocada para o clínico: ele fez um bom ou um mau diagnóstico?” (ELIACHEFF; LARVIÈRE, 2012, p. 42).

Nesse contexto, a psiquiatria do final do século XX amplia consideravelmente seu campo de atuação. Segundo Eliacheff e Larvière (2012, p. 42), no entanto, trata-se de apenas um elemento do vasto mercado do bem-estar:

O ‘sofrimento psíquico’ já não se reduz à doença mental: o ‘mal-estar’, que pode necessitar de uma intervenção medicamentosa ou psicoterapêutica produziu um aumento considerável das necessidades de tratamentos psiquiátricos, ao mesmo tempo que uma ‘verdadeira cultura da infelicidade íntima se instituiu em nossa sociedade’, tendo por corolário a exigência do ‘bem-estar’. Nesse contexto, toda pessoa que sofre pode reivindicar a condição de ‘vítima’ e ser considerada como tal: seu sofrimento é uma injustiça; não sofrer torna-se um direito.

Nesse sentido, Anália Sousa (2014) alerta para o fato de que hoje vivemos o tempo da “consagração das vítimas nas sociedades de segurança”. Em artigo dedicado ao tema, a autora busca evidenciar como a valorização da vítima e de seus padecimentos se insere em um contexto de superestimação da subjetividade individual no qual os fenômenos emocionais e mentais, assim como o bem-estar e a felicidade pessoal têm proeminência ante o social (SOUSA, 2014, p. 50).

Sousa explicita que a cultura de bem-estar pessoal é relacionada ao fato de os fenômenos mentais e emocionais ocuparem em meados do século XX lugar central na existência humana em prol do aumento de satisfação individual. “Os desejos elevados ao status de necessidades” (SOUSA, 2014, p. 31)

Citando Zygmunt Bauman,⁹⁴ a autora argumenta que nas sociedades de consumo, a promessa da satisfação dos desejos humanos está ligada à adoção de certo estilo de vida de bem-estar pleno em que a felicidade se tornou um projeto realizável no aqui e agora – sem qualquer referência às condições de existência (SOUSA, 2014, p. 31).

Para Sousa em seu itinerário de vida feliz, os indivíduos são estimulados a investir não só na autorrealização e satisfação própria, mas também a se prevenir de prováveis infortúnios que ameacem o seu bem-estar, fato que vem ocasionando nos últimos tempos a ampla disseminação da noção de risco. A autora alerta para o fato de que “a prevenção de riscos ao bem-estar de cada um é instrumentalizada pela mobilização da ansiedade, dos medos e insegurança”. É nesse sentido que autora vai argumentar que “a superestimação da subjetividade nas sociedades contemporâneas, expressa na valorização dos fenômenos mentais e emocionais, ou, ainda, na importância conferida ao bem-estar e à felicidade pessoal, vem alterando também o modo como os padecimentos mentais são percebidos” (SOUSA, 2014, p. 31).

⁹⁴ BAUMAN, Z. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

Para Ehrenberg⁹⁵ (2004, apud SOUSA, p. 32), hoje nenhuma doença, assim como nenhuma situação social vista como um problema, é abordada sem que se faça menção ao provável sofrimento experimentado pelo indivíduo e ao restabelecimento de seu bem-estar psíquico. Com isso, avalia aquele autor, as referências aos padecimentos mentais vêm permeando toda a vida social, sendo associadas desde a um simples desconforto até uma doença.

A forma como o sofrimento psíquico vem sendo apreendido atualmente envolve ainda certa concepção quanto às responsabilidades sobre ele, dividindo a população entres os indivíduos atentos, preocupados com medidas preventivas para a própria segurança e saúde, denominados como vítimas; e os que, por seus comportamentos e/ou características, oferecem riscos aos demais, ou seja, os agressores (VAZ, 2010).

Sousa (2014, p. 33) ainda alerta para o fato de que o estímulo à satisfação imediata de vontades individuais tem contribuído para a multiplicação de demandas judiciais, na busca incessante pela felicidade em todos os contextos da vida. Para a pesquisadora,

em um contexto sócio-histórico no qual o dado psicológico tem proeminência ante o social, com ênfase para a felicidade pessoal e a identificação e prevenção de possíveis prejuízos ao bem-estar de cada um, parece vigorar a concepção de que os padecimentos mentais podem ser provocados por toda sorte de eventos, ou ainda, de que a vítima sofre por culpa do outro, do malvado. Desse modo, a ela serão dispensadas medidas de reparação e tratamento, enquanto que a este último, visto como responsável por seu tormento, restará a aplicação de medidas punitivas (SOUSA, 2014, p. 34).

Nesse sentido, pode-se afirmar que a promoção de certa perspectiva vitimizante na atualidade tem contribuído ativamente para a judicialização dos conflitos sociais, ou seja, para a produção de demandas ao tribunal de justiça, e a outros mecanismos para-judiciários que adquirem centralidade na resolução de todo tipo de problemática que atinge a vida em sociedade.

5.3 Vítimas e vingança

⁹⁵ EHRENBURG, A. Les changements de la relation normal-pathologique. À propos de la souffrance psychique et de la santé mentale. *Esprit*, p. 133-156, maio 2004.

Sob o título “*Dias de intolerância*”,⁹⁶ o site eletrônico G1, portal de notícias do jornal o Globo, publicou matéria jornalística, em julho de 2014, em que pretendia relatar e problematizar os casos de linchamentos registrados no primeiro semestre daquele ano no Brasil. A chamada da reportagem dá a tônica da abordagem: “a barbárie, no Brasil, não tem lugar nem rosto. Atinge quase todos os estados, está nas redes sociais e já vitimou mais de 50 pessoas no 1º semestre de 2014. A epidemia de linchamentos tem explicação?” (G1, 2014).

A reportagem relata os 50 casos mais divulgados na mídia naquele período, buscando apresentar os detalhes dos crimes, suas vítimas, a origem, seus autores, suas causas e consequências: “as faces da intolerância”.

De modo geral, o jornal alardeia o aumento das ocorrências de linchamento. Em momento algum é problematizado o possível crescimento dos casos registrados por serem hoje facilmente midiáticos e divulgados pelas redes sociais. Por outro lado, é dado destaque ao fato de não haver estatísticas criminais no Brasil que contabilizam especificamente os linchamentos, enquadrando-os como crimes de lesão corporal ou homicídio, quando, na verdade, seriam “aprisoneamentos, espancamentos coletivos e cenas bárbaras que já fizeram vítimas em quase todos os estados do país” (G1, 2014).

A matéria divulga a informação de que os pesquisadores dedicados ao tema consideram que esse tipo de “catarse coletiva” ocorre principalmente em bairros de periferia os quais estariam dominados por uma sensação de insegurança constante: “assim, se o bairro é assolado por uma onda de roubos, e a polícia não age, aumenta a chance de que os moradores recorram à justiça com as próprias mãos contra quem rouba na vizinhança”. Assim, os casos noticiados no ano 2014 confirmariam a tese de que: “a maioria dos justiçaamentos ocorreu em bairros pobres. Os alvos foram suspeitos de crimes que lideram as estatísticas nacionais: roubos, estupros, homicídios, atropelamento, agressões a mulheres e crianças” (G1, 2014).

A notícia ainda apresenta o linchamento como uma “prática de assassinatos por multidões” comum desde a antiguidade, quando era direcionado a pecadores e bruxas. Hoje, “os justiceiros” seriam grupos que desafiam o poder do Estado e a ordem jurídica estabelecidos sob o pretexto de que a justiça é falha. No entanto, os linchamentos não mais seriam a única forma de se “fazer justiça com as próprias mãos”, estariam ao lado das milícias, dos grupos de extermínio, dos tribunais do tráfico, dos jagunços, dos falsos super-heróis, e das práticas de “limpeza social” (eliminação de indivíduos socialmente rejeitados, como criminosos, sem-teto, moradores de rua) (G1, 2014).

⁹⁶ G1. *Dias de Intolerância*. 3 de julho de 2014. Disponível em < <http://g1.globo.com/politica/dias-de-intolerancia/platb/#inicio>>. Acesso em 30 de out. de 2014.

A conclusão sugerida sobre o tema é generalista e alarmista. A “sensação de insegurança, impotência, ausência do Estado e das instituições” seriam os principais motivos apontados por especialistas para a ocorrência de ações de intolerância coletiva. Em tese, pela reportagem, “o velho-atual discurso bandido bom é bandido morto endossava esse tipo de ação” (G1, 2014).

Uma nova questão é incorporada ao debate sobre a “barbárie” a partir do ocorrido com a dona de casa Fabiane Maria de Jesus. Trata-se de um dos casos selecionados na reportagem. A referida vítima foi morta em maio de 2014, dois dias após ter sido espancada por dezenas de moradores de Guarujá, no litoral de São Paulo. Segundo a família, ela foi agredida a partir de um boato gerado por uma página em uma rede social após afirmar que a dona de casa sequestrava crianças para utilizá-las em rituais de magia negra.⁹⁷ Fabiane foi arrastada, surrada e jogada em um córrego. Todo o episódio foi filmado e divulgado na internet. Nesse caso, “a justiça com as próprias mãos” foi, na verdade, a própria injustiça, eis que logo foi comprovado que a vítima do linchamento era inocente. Apontada sequestradora de crianças, Fabiane foi “‘julgada e condenada’, sem direito a defesa, pelos próprios vizinhos, e linchada por cerca de 100 pessoas que acreditavam que a prisão não seria o bastante: ela merecia a morte” (O GLOBO, 2014).

Para além das inferências apontadas acima que buscam tangenciar as características do linchamento, “as faces da intolerância”, outra questão passa a ser pauta central no debate sobre o tema: os casos noticiados mostram que autores de linchamentos dificilmente são punidos. Nesse sentido, o episódio de Guarujá foi constantemente apontado como exemplo⁹⁸:

“A morte brutal da dona de casa Fabiane Maria de Jesus, de 33 anos, linchada por dezenas de pessoas no Guarujá, no litoral paulista, em maio, *produziu respostas tímidas do poder público e do Judiciário*. Cinco acusados pelo crime estão presos, mas só devem ser julgados no fim de deste ano. Os donos do site que divulgou o retrato falado de uma suposta criminosa, com quem Fabiane foi confundida antes de ser morta, não foram sequer indiciados, e a criação de uma lei que propõe punição para quem usa a internet para incitar crimes não avançou no Congresso” (O GLOBO, 2015) (grifo nosso).

Já existiam projetos de lei em tramitação em nosso parlamento propondo o aumento da pena da infração penal de “incitação ao crime” prevista no art. 286 do CP⁹⁹, como o projeto de

⁹⁷ O GLOBO. *Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP*. 05 de maio de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

⁹⁸ O GLOBO. *Linchamento de dona de casa no Guarujá está ainda longe da punição*. 10 de jan. de 2015. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/brasil/linchamento-de-dona-de-casa-no-guaruja-esta-ainda-longo-da-punicao-15016203#ixzz3PMgloReB>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

⁹⁹ *Incitação ao crime*

lei do Senado 201/2009¹⁰⁰. Para além dos crimes de homicídio e lesão corporal, este é o tipo penal relacionado à conduta dos linchamentos. No entanto, a suposta “resposta tímida do poder público e do judiciário” impulsionou a apresentação de novas proposições de leis, como a punição para quem usar a internet para incitar crimes. Trata-se do projeto de lei 7.544/2014,¹⁰¹ apresentado em maio de 2014 pelo deputado federal Ricardo Izar – Partido Social Democrático (PSD-SP), semanas após o linchamento de Fabiane, a pedido do próprio advogado da família da vítima. De acordo com justificativa do referido projeto, é

lamentável que situações como essas estejam ocorrendo em nosso país, julgando, condenando e punindo pessoas que ninguém tem certeza de que efetivamente praticaram algum delito e, ainda que tenham praticado, não está nas mãos do povo a competência de executar uma penalidade, afinal de contas, é do Poder Judiciário a função jurisdicional.

Sobre o caso do linchamento de Fabiane, a pesquisadora Ariadne Natal,¹⁰² em entrevista à Agência Brasil,¹⁰³ afirmou que linchamentos como o que vitimou a moradora de Guarujá não podem ser vistos meramente como uma ação irracional:

Qualquer pessoa que tenha participado do linchamento da Fabiane vai dizer que tinha certeza de que a dona de casa era o mal encarnado. Que era preciso linchá-la para expiar o mal que atribuíam a ela. Ou seja, estão equivocadas ao acreditarem fazer justiça, mas não estão agindo irracionalmente.

Após estudar 385 casos de linchamento noticiados pela imprensa, entre 1º de janeiro de 1980 e 31 de dezembro de 2009, a pesquisadora concluiu que os participantes desse tipo de ação acreditam em suas justificativas e não agem de forma aleatória, ao escolher aqueles que devem ser “justiçados” (AGÊNCIA BRASIL, 2014). Assim, para Natal (2012, p. 166), os linchamentos não podem ser entendidos como ações irracionais e bárbaras eis que os dados mostram que as vítimas não são aleatórias, pois os alvos principais são os mesmos acometidos

Art. 286 - Incitar, publicamente, a prática de crime:
Pena - detenção, de três a seis meses, ou multa.

¹⁰⁰ O referido projeto hoje tramita na câmara dos deputados com número 6713/2009 e aguarda parecer da relatora designada, deputada Iriny Lopes do Partido dos Trabalhadores (PT-ES), na Comissão de Constituição e Justiça. Para mais informações, ver: BRASIL. Projeto de Lei da Câmara 6713/2009 (PLS 201/2009). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465321>>. Acesso em: 30 de out. 2014.

¹⁰¹ BRASIL. Projeto de Lei da Câmara 7.544/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615049>>. Acesso em 15 de jan. de 2015.

¹⁰² Pesquisadora do Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV-USP) e autora de trabalho sobre casos de justiça sumários ocorridos na cidade de São Paulo e região metropolitana, entre 1980 e 2009 (NATAL, Ariadne Lima. *30 anos de linchamento na Região Metropolitana de São Paulo 1980-2009*. São Paulo, 2012. 177f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, programa de pós-graduação em sociologia. São Paulo, 2012).

¹⁰³ AGÊNCIA BRASIL. *Linchamentos não são aleatórios e atingem mais pobres, defende pesquisadora*. 6 de maio de 2014. Disponível em: <<http://agencia.brasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-05/linchamentos-nao-sao-irracionais>>. Acesso em 30 de out. 2014.

pela violência policial e pelos homicídios. Para ela, “os linchamentos dialogam com seu tempo, eles fazem parte de uma realidade e acionam um repertório que aponta quem são os extermináveis”.

Ariadne Natal destaca o fato de que a defesa do uso da violência como solução para os conflitos é prática recorrente na sociedade brasileira e que “as potenciais vítimas de linchamento carregam consigo a marca daquele que pode, em última análise, ser eliminado”. A pesquisadora sugere que pessoas com maior poder aquisitivo suspeitas de cometer crimes semelhantes ao atribuído à dona de casa agredida gozam de uma rede de proteção mais eficiente, sendo “raro identificarmos uma vítima de classe média entre as vítimas de linchamento. E não porque não haja, entre a classe média, quem cometa crimes” (AGÊNCIA BRASIL, 2014).

Uma das conclusões do estudo de Natal indica que o perfil das vítimas de linchamentos mudou pouco ao longo do tempo e quase a totalidade dos casos ocorrem em regiões periféricas das cidades. Para ela, tal fato está

relacionado ao acesso que os moradores dessas áreas têm às instituições de Estado. Não só em termo de presença, mas, principalmente, quanto à qualidade dos serviços prestados por essas instituições. A tese da ineficiência do Estado é, portanto, um dos componentes que ajudam a explicar esses crimes. Mas há também a própria dinâmica das relações sociais nesses locais, onde as pessoas se conhecem e as informações transitam com maior facilidade (AGENCIA BRASIL, 2014).

Natal aprofunda sua análise e explica que ainda que existam diferentes justificativas para os casos de linchamento ao longo do tempo, a análise das causas de justiçamentos deve levar em conta dinâmicas macrossociais, como a falta de políticas de infraestrutura e habitacionais, que podem levar moradores de determinadas áreas a buscarem mecanismos privados para a resolução dos problemas. Nas conclusões de sua pesquisa de campo, a autora trata dessas dinâmicas macrossociais que, segundo ela, podem estar relacionadas às ocorrências de linchamento. Tendo estudado a formação da periferia da cidade de São Paulo, Natal destaca estes locais como os que concentram a maior parte dos linchamentos e

cuja constituição e desenvolvimento de infraestrutura estiveram ligados a processos de urbanização que deram origem a áreas precárias e ilegais, espaços nos quais a ausência do Estado levou a iniciativas e mecanismos privados para a resolução dos problemas comuns aos moradores, um contexto no qual o linchamento não pode ser visto como algo estranho. As declarações de moradores daquelas regiões sobre as ocorrências de linchamentos no período falam constantemente sobre a ausência do Estado e a necessidade de agir (NATAL, 2012, p. 165).

Ao fim de sua pesquisa, Natal (2012, p. 137) apontada as razões explicativas para as ações de linchamentos, destacadas a partir das declarações dos múltiplos personagens das matérias jornalísticas investigadas: “elementos como ausência do Estado, impunidade, legítima defesa, vingança e exemplaridade da ação”.

Ao tratar especificamente da vingança, Natal (2012, p. 161) explica que os linchamentos não tratam de vingança individual, na qual a vítima ou sua família buscam “reparar a honra perdida” atingindo um indivíduo ou um grupo, ocasionando ciclos intermináveis de retaliações. Os linchamentos são apreendidos como uma vingança pública executada “por um grupo que toma para si a tarefa de fazer uma justiça que, embora ilegal, é considerada justa, eficiente e legítima pelos envolvidos e por parte da sociedade”. São vistos assim, por quem os apoia, não como um problema de violência, mas como uma solução. É nesse sentido, segundo a autora, que argumentos em defesa da pena de morte aparecem com frequências e são apontados “como uma forma de castigar, de infligir uma medida de punição que provoque no mínimo os mesmos danos causados pelo criminoso” (NATAL, 2012, p. 162).

Para Ariadne Natal, “numa democracia, o que se espera é que as pessoas se mobilizem para melhorar as instituições e não para fazer justiça de forma sumária, sem dar aos suspeitos o direito à defesa. E, com isso, no afã de tentar fazer uma suposta justiça, comete-se grandes injustiças” (AGÊNCIA BRASIL, 2014).

O alarde midiático dos “casos recentes” de linchamento relatados pelas reportagens citadas pode criar a falsa compreensão de que casos do gênero têm se tornado mais frequentes em nosso país. Ainda que pesquisas e estatísticas sobre o tema sejam feitas, fato é não haver um registro confiável sobre números e ocorrências de casos. Uma das estratégias mais seguras de contabilização e relato foi a empregada pela pesquisadora Ariadne Natal, que buscou em notícias da imprensa seu objeto de análise. Ainda assim, por óbvio, muitos casos ficam sem registros jornalísticos.

O inquestionável é: eles ocorrem e sempre ocorreram. No entanto, os fatores destacados como motivadores para seu acontecimento – sobretudo, a ausência do Estado, impunidade e vingança – não são diferentes dos que encontramos para justificar o excessivo de controle punitivo característico das políticas públicas criminais e de segurança pública do Brasil.

Sob esse contexto, por outro lado, entende-se que a *legitimidade* conferida ao Estado, enquanto contentor do “monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito” e disciplinador da vingança ínsita a qualquer vítima deve ser discutida.

5.3.1 Ética na vingança?

A vingança é um tema recorrente quando se está tratando das vítimas. Esta questão foi tangenciada em diversas partes deste trabalho. Quando se discorreu acerca “da origem da vítima” viu-se, com Foucault (2012), que a história do confisco do conflito, na qual surge o sistema penal tal como é concebido na atualidade, é a história da vítima. O Estado assume o papel da vítima por excelência, ainda que abstrata, acionando o discurso que legitima a sua supremacia e a ideia de que só ele pode conter as violências recíprocas, a guerra de todos contra todos, a vingança.

Viu-se, também, que o discurso que busca imprimir legitimidade ao poder punitivo, tal qual o vivenciamos hoje, é irracional e falacioso, eis que, na verdade, o Estado realiza a vingança pública operando esse poder de maneira seletiva e abusiva.

As pesquisas empíricas apresentadas no item 4.1 do presente capítulo apontaram que, de modo geral, os interesses das vítimas nos diferentes contextos investigados não se confundiam com a punição daqueles que cometeram o crime. Ambas as investigações abordadas destacaram que a retroalimentação da lógica da violência no sistema de justiça criminal pode, em grande parte, ser creditada à própria frustração das vítimas em ter suas expectativas de segurança e reparação de danos não realizadas, ao desrespeito exibido pelos agentes públicos, bem como à não participação nos atos do processo penal.

Professor e pesquisador do campo antropologia jurídica e história do direito, Norbert Rouland apresenta um contraponto com relação ao papel (simbólico) do Estado de confiscar o conflito das vítimas em prol de “extirpar” a vingança da sociedade. Ele chama atenção para o fato de que nem todos os casos de vingança sobem necessariamente ao nível judiciário. Uma parte deles permanece desconhecida, ou seus autores não são encontrados. Os casos de linchamentos relatados acima confirmam esses dizeres. Em verdade, eles reforçam um argumento contrário, a partir do momento que são “justificados”, basicamente, na ausência do Estado e na vingança.

Nesse sentido, para Rouland (2008, p. 108), “o que o Estado *moderno* erradicou não foi a violência nem a vingança, mas o *sistema vindicativo*, que ao menos tinha a vantagem de canalizá-las, encerrando-as numa estrita regulação de ordem jurídica”. As sociedades estatais e os regimes democráticos não estariam livres da “persistência de violência e de certas formas

de vingança”. O pesquisador chama atenção para o fato de que “a maior parte dos juristas faz coro contrapondo a vingança imediata, desmedida, cega, das sociedades primitivas, à pena estatal, mediada, comedida, personalizada. A vingança seria o avesso negativo da pena”.

No entanto, segundo Rouland, em o Estado assimilando vingança e violência faz pensar que, suprimindo uma, ele é a melhor proteção contra a outra. Se assim o fosse verdade, “a violência deveria decrescer à medida que progridem a estatização e a centralização”. Na verdade, “o sentido da vingança e da violência não é necessariamente dado pela presença ou pela ausência de Estado” (ROULAND, 2008, p. 122).

A justificativa da pena, alheia à vítima, calca-se na retribuição da lei, na defesa dos interesses do Estado e na correção do desviante. Por outro lado, admitir ser o sofrimento o foco da punição faz a vingança emergir. Assim, pensar a participação ativa da vítima no processo penal é, para muitos, arriscar reativar a vingança, isto é, pôr em ação uma violência destruidora e que leva ao caos (GROS, 2002, p. 112). Afinal, aliviar o sofrimento através da vingança, quando o meu sofrimento seria apaziguado com o sofrimento do outro, que igualmente me fez sofrer, é controlar a justiça pelo ódio e pela dor da humilhação (CARVALHO, 2010b, p. 146).

Para Frédéric Gros (2002, p. 114), “pensa-se a vingança como o outro lado da pena. No nosso sistema maior de representações, para se poder punir é necessário primeiro renunciar-se a vingar-se”. Nesse ideário residiria, por Gros, o primeiro obstáculo para ressignificar o que se entende por vingança. Explica o autor que a base desse raciocínio é o desdobramento do discurso de que, para contrair o caos, os homens um dia inventaram e instauraram um Estado que aplica uma justiça serena e equitativa e põe fim aos conflitos ancestrais, a guerra de todos contra todos. Para o autor, o objetivo não é pôr em causa esta visão, nem desqualificá-la antecipadamente, nem mesmo denunciar uma ficção hipócrita, “mas pode dizer-se também que o que há de excessivo na cólera vingadora e o que a alimenta, é o sentimento de incapacidade ou de desinteresse do Estado em punir como deve ser” (GROS, 2002, p. 115).

O autor problematiza o tema, portanto, questionando se a forma de vingança que com frequência é dada a se pensar como precedente do Estado de direito “não lhe é de fato estritamente contemporânea” e, muito menos, representa falha da atual atuação estatal. Afinal, por outro lado, pode-se pensar que o Estado constrangendo a vingança privada à clandestinidade a condena, ao mesmo tempo, ao paroxismo e ao disforme. Para Gros,

o que condena a vingança privada a ser destruidora é que ela é precisamente privada e mais precisamente ainda fora da lei, interdita, secreta. Por ser

mantida secreta, a vingança priva-se talvez de poderosos mecanismos de regulação. Porque o secreto provoca sempre o terror. De tal maneira que o que hoje se chama de vingança não seria senão o remanescente de uma forma ultrapassada de violência, ferozmente erradicada desde que tenta ressurgir como uma lembrança sombria dos tempos de barbárie, mas uma forma degradada de um sistema arcaico de vingança, ele sim regulador e criador de solidariedade, na ausência sem dúvida de ser fundamentalmente pacificador (GROS, 2002, p. 115).

Em pesquisas transdisciplinares realizadas a partir de 1974 acerca da vingança, Raymond Verdier e G. Courtois,¹⁰⁴ buscaram pensar “uma vingança que solidarizasse ao invés de despedaçar, que ordenasse em vez de destruir, que fixasse regras e medidas em vez de entregar os seus atores a violência cega”. Com a obra desses autores restou

denunciado o muito de uma vingança presumida na aurora do Estado como uma noite sem fundo, de uma vingança como a infância monstruosa de uma humanidade pré-social e pré-jurídica. Esta vingança, garante Verdier, é como o estado de natureza dos filósofos. Ela não se pode encontrar porque procede uma concepção moderna posterior à instauração do Estado (GROS, 2002, p. 116).

Thiago Fabres de Carvalho (2010a) – em artigo onde propõe debater não o conceito, mas os sentidos filosófico e ético-político da *vingança* – busca traçar algumas linhas divisórias que diferenciam a vingança destruidora e mortífera e as dimensões de um imaginário punitivo situado nas representações simbólicas de uma *ética da vingança* (CARVALHO, 2010a, p. 314). Para esse autor,

[...] há sempre vingança na justiça e, da mesma forma, há sempre justiça na vingança. Desde o imaginário social grego, da mitologia ao pensamento de Aristóteles, parece evidente que na punição residiria precisamente esse *princípio de vingança*. Punir é, pois, antes de tudo vingar. Mas não pelo talião, do olho por olho, dente por dente, mas uma vingança ética. (CARVALHO, 2010a, p. 314).

Para Carvalho (2010b, p. 139), a lei de talião situa-se, enquanto um imperativo universal, entre o *vindicativo* e o *vindicatório*. Ele explica que etnólogos e antropólogos lembram que a vingança não se reduz necessariamente a esta derivação caricatural (violência cega): “os povos aprenderam muito cedo a transformar o desejo de vindicta numa instituição social susceptível de limpar a mácula da ofensa, de compensar o prejuízo sofrido, e assim restaurar a concórdia no seio do grupo”. Assim, o autor estabelece a distinção entre o *vindicativo*, desejo cego de vingança, e o *vindicatório*, instituição destinada a conter a violência em limites aceitáveis.

¹⁰⁴ VERDIER, Raymond, COURTOIS, Gérard. *La Vengeance*, 4 volumes, Paris: Cujas, 1984.

Com base na obra de René Girard,¹⁰⁵ Carvalho argumenta ser indispensável restabelecer o sentido perdido da vingança, não com o intento de fazê-la enquanto pleno direito, mas para tentar percebê-la não apenas na sua inevitável imanência proporcionada pelas representações simbólicas punitivas, mas para ver nela uma inversão de sinal, retirar dela uma substância ética (CARVALHO, 2010a, p. 316). Ao revés, para o autor não há vingança, primitiva, a ser associada à maldade, ao ódio, à humilhação, ou a memória dolorosa, mas para recuperar a honra perdida, para cumprir uma obrigação e para conformar-se ao rito (CARVALHO, 2010a, p.323). Com efeito,

[...] não se vinga para se curar de uma dor que de outra forma ficaria aberta. Não se vinga para garantir o que Freud chama ‘ab-reacção’, a libertação de um afecto ferido. Vinga-se para honrar um morto, para cumprir uma obrigação familiar, conformar-se a um rito. A vingança impõe-se como dever sagrado, obrigação ritual do que como instinto mortífero ou urgência sanitária. Ela dá-se a pensar como obrigação ritual e não como mecanismo psicológico de compensação (GROS, 2002, p. 118).

Compartilhando do raciocínio elaborado por Gros (2012), Carvalho argumenta, portanto, em favor do “sistema puro da vingança”, o qual não se trata de uma lógica de guerra, mas uma lógica da rivalidade que pressupõe, o reconhecimento, a igualdade e equilíbrio de forças entre vítima e agressor, para que ambos possam se comunicar entre si e com os seus. Não se trata, tampouco, de ódio. Trata-se, antes de tudo, de uma dívida que é preciso saldar, uma troca. “Vingar-se é fazer-se restituir, e restituem-se bens e honra. Restituiu-se o poder e os mortos” (CARVALHO, 2010a, p.323).

Do sentido ético da vingança, apreende-se ainda outra possibilidade: vinga-se para poder esquecer. A estrutura da vingança, para Carvalho (p. 324), não implica lembrança de uma dor, mas uma forma de esquecê-la, por meio de um ato solene e ritualizado que aufere o sentido de justiça. O esquecimento, muito para além de um evento meramente temporal, consiste numa tomada de posição ética. Essa compreensão é diversa da percepção no atual paradigma penal.

Para Carvalho, histórica e inquisitoriamente, o ato de punir é caracterizado pela busca da satisfação da lei. A punição não perquiria a reconciliação entre o infrator e a vítima concreta. Seu sofrimento não serviu de guia à imposição da punição, que visava apenas recordar a lei: punir é *recordar* (CARVALHO, 2010b, p. 144).

Assim, vingança não deve ser compreendida enquanto sinônimo de justiça, nem o reconhecimento da vítima atrelada a imagens negativas, como a humilhação e o ódio. Se

¹⁰⁵ GIRARD, René. *A violência e o sagrado*. 2. ed. São Paulo: Ed. Paz e Terra, 1998. p.28.

assim o fosse, “reconhecer o sofrimento da vítima era condenar-se então a deixar penetrar no tribunal o veneno negro de uma violência incontável, própria para nos fazer entrar num turbilhão de ódio” (GROS, 2002, p. 122). Na verdade, o relato da vítima demonstra outro potencial. Como explica Gros, o

[...] relato da vingança, que devia confortar-nos na recusa de fazer participar activamente a vítima no sentido da pena, fez surgir outras figuras éticas; não a maldade instintiva, mas o dever ritualizado; não a humilhação, mas o desafio; não o ódio, mas a troca; não a comemoração dolorosa, mas as cerimônias do esquecimento. Entretanto, é necessário tomar esse relato da vingança por aquilo que ele é, um relato precisamente. Não se trata de exaltar a vingança nem de lhe defender os direitos. Trata-se de dizer simplesmente que no cenário arcaico da vingança tal que os historiadores da Grécia pré-arcaica o reconstituíram, no que os etnólogos chamam o ‘sistema vindicatório’, há o traçado em oco de um certo sentido de justiça, cujos relatos de vingança organizam a aplicação em cena exterior. Como epopéia, a vingança é o símbolo exterior de um sentido do justo. Para lá do relato, é este sentido que precisamos agora de reencontrar. O que é que torna justa a vingança? Porque, para não ser justiça, a vingança continua entretanto justa. *E é ao repensar o sentido desse justo que poderá esclarecer-se o sentido de uma nova justiça: percurso do justo vindicativo à justiça relacional* (GROS, 2002, p. 123). (grifo nosso).

É nesse sentido que Carvalho (2010a, p. 327) vai defender a ideia de que não é somente por meio da renúncia à vingança que se pode operar a justiça e a punição. “Há sim justiça na vingança, assim como há também vingança na justiça. E a justiça da vingança consiste precisamente nessa *busca de si*, que restituiu a identidade e o reconhecimento intersubjetivo”.

Para Carvalho, a raiz ética do crime é o desprezo, a ausência de reconhecimento, pois que a agressão e o delito não visam apenas corpos ou riquezas. O que o ato criminoso proclama, na sua vertente ética, é precisamente a manifestação de um desprezo público do agressor. Na esteira desse raciocínio, “a origem da vingança reside justamente na cólera – a busca pela honra – e não no sofrimento”. Assim, entender-se a origem ética do crime calcada no desprezo e não na pura violência, visto que a conduta do agressor reside no desprezo público para a vítima, é considerar a cólera da vingança como necessária e apta a restaurar a imagem pública agredida (CARVALHO, 2010a, p. 328-9).

Não é, então, a vingança, um ato que busca restabelecer a igualdade entre as partes, entre o ofensor e a vítima? Para Carvalho, não se vinga por crueldade ou prazer, mas pretende-se, além da restauração da imagem pública, a própria imagem do si para si, como forma de equilibrar uma relação posta em desigualdade por uma ofensa. Assim, a vingança, refletida no seu sentido estritamente ético coloca em ação essa estruturação do si em face do trágico do encontro infeliz (CARVALHO, 2010a, p. 329-330).

Nesse sentido, a lição ética da vingança, diz Gros, é bem clara: “vingar-se é manifestar publicamente o seu poder e, por essa manifestação, recuperar uma estima de si inquietada” (2002, p. 127). A vingança é, por conseguinte, o exercício de uma atividade em retorno (antipoiêsi):

isto é, afirmação de poder de si e atribuição de valor em relação àquele que a põe em causa. Com efeito, o que um crime, uma injúria, uma ofensa, um delito despedaça é para já a confiança na sua integridade, uma integridade dinâmica e vital. Ter-se tornado objecto de violências, sejam físicas ou verbais, faz perder a confiança em si, na sua capacidade de actuar e de viver segundo seu próprio fundo. É necessário absolutamente reagir para já não ter de duvidar de si, para não ter de se desprezar.

Porque sem vingança, sem resposta, o desprezo de que o ofensor faz prova ao atacar-nos parece então justificado e torna-se desprezo de si mesmo. Não se vinga por crueldade mórbida, prazer suspeito ou cólera desenfreada, mas para reconquistar a estima de si, prevenir o desgosto de si mesmo (GROS, 2002, p. 127). (grifo nosso).

Para Carvalho (2010a, p. 331), a cólera vingadora, na sua nobreza ética, é o primeiro passo dessa reconquista. A cólera move a vingança, que torna o desprezo um desafio, o desafio de recuperar-se. A intenção da vingança não reside, pois, na humilhação do agressor ou na oposição de violência com violência, mas promovê-lo à condição de adversário para se recuperar a própria dignidade. Nesse sentido, argumenta Gros que a vingança tem o potencial de fazer girar o sentido do crime:

dá à agressão desprezadora o significado de desafio, à pena exigida pela cólera indignada a dimensão de recuperação da confiança em si, de uma imagem social do si de que há muito se chama ‘honra’. Ao punir, não se trata de humilhar o outro, nem de o rebaixar ao ponto a que nos tinha rebaixado. Humilha-se tão pouco o outro que, de ofensor, promovemo-lo à dignidade de adversário. Não se trata de pagar ofensa com ofensa, desprezo com desprezo, humilhação com humilhação. Trata-se, na vingança, de reconquistar o si ao ponto em que ele estava enfraquecido. O ofensor tornou-se então um rival. E por ter transformado a ofensa em desafio, a humilhação cai para não deixar luzir senão o relâmpago da desforra. Nada de menos negativo que este apetite de justiça trazido pelas asas da cólera. O que procura a vingança repensada por Nietzsche e Aristóteles é então uma substância ética: a confiança em si, a estima de si, a dignidade (GROS, 2002, p. 129).

Assim, não se trata de desistir da vingança, mas superar a vingança cega e mortífera, permitir que os protagonistas do conflito assumam o curso da própria história e consigam transcender os eventos doloridos que a vida impõe, sem cair nas armadilhas e tentações da pulsão de morte. Recuperar o diálogo entre a vítima e seu agressor, a fim de, senão reconciliá-los, apenas proporcionar-lhes o confronto mediado pela palavra, pela linguagem apaziguadora, colocá-los a uma justa distância. Segundo Carvalho,

muitas vezes, transformar um sofrimento em infelicidade requer a suspensão da vingança, a busca da justa medida para além do talião, a articulação

difícil, porém, libertadora, do perdão (desligar o passado). A libertação definitiva e revolucionária da dor e do sofrimento exige re-significar os acontecimentos traumáticos, atribuir-lhes novos sentidos, a fim de permitir um possível esquecimento (CARVALHO, 2010b, p. 144). (grifo nosso).

Para Carvalho (2010b, p. 150-151), o que fica consignado, por fim, é a certeza de que a filosofia ética da vingança não é relacionada com a justiça, nos termos em que esta é concebida modernamente. O que se propõe é reconduzir o agressor a uma relação com a vítima, dentro do âmbito do direito: a ética da justiça relacional e o direito a ser punido. Nas palavras desse autor:

Compreender a ética do sistema vindicatório é perceber a vingança como uma pena em uma dimensão relacional: o si agredido e o outro agressor. O justo vindicativo, contudo, preocupa-se apenas com a vítima e a recuperação de sua confiança, perante a sociedade e perante si (CARVALHO, 2010b, p. 151). (grifo nosso).

Portanto, para Carvalho (2010b, p. 153), apostar em uma justiça relacional significa recuperar a estima da vítima, restaurar a confiança no e do agressor, bem como reaver o elo da boa distância entre ambos. Como explica o autor, a função da pena está calcada no sofrimento. Independentemente de poder ser justificada no âmbito da moral – sofrer para que haja uma reconciliação da lei, no âmbito político – garantir a segurança social, ou na dimensão psicológica – sofrer é garantir o bem do ser punido, ela sempre esteve relacionada com o sofrimento: fazer sofrer quem fez sofrer. No entanto, o sofrimento da vítima, causada pela atitude do agressor, não irá diminuir com o sofrimento que se imporá a ele. Os sofrimentos não se anulam. O reconhecimento, segundo Carvalho, tem o condão de transformar o sofrimento da vítima em infelicidade (CARVALHO, 2010b, p. 153).

Nesse sentido, para Gros:

reconhecer muda, altera, modifica o ser ético de quem é reconhecido. Mas como se reconhece o sofrimento da vítima na justiça penal? Transformando-a em infelicidade. Ou ainda punir é fazer existir publicamente o sofrimento da vítima, tentando articular-lhe um equivalente no agressor, provocar no criminoso uma infelicidade comparável. Porque não é preciso dizer que se faz sofrer o culpado. Condenar alguém não é fazê-lo sofrer, é atribuir-lhe infelicidade. No fundo, a justiça penal instituiu a infelicidade, infelidades. Mas é enquanto instituição da infelicidade que ela nos salva do sofrimento. (GROS, 2002, p. 135-36).

Assim, defende Carvalho que punir é transformar sofrimento em infelicidade. Punir é simbolizar, a partir de uma pena justa, a infelicidade que é atribuída ao outro, ajudando a vítima a dar forma a sua. “Punir é esquecer o sofrimento, entendendo-se o esquecimento como o lançar o sofrimento ao tempo; o tempo cura “(CARVALHO, 2010b, p. 154).

Carvalho (2010b, p. 155-159) reconhece, por outro lado, a necessidade de encontrar-se a justa medida da punição. Para tanto, deve-se considerar a importante vinculação do direito (penal) com o tempo, o qual pode afirmar-se e apresentar-se como esta justa medida. Para tanto, a pena não pode sequestrar o tempo do conflito e deve considerar que todo ser humano possuiu uma relação extremamente particular com tempo. Afinal, para o autor,

cada pessoa concreta, cada indivíduo singular, vive o evento traumático e a pena de maneira única. Se cada um de nós sente a vida e o mundo de maneira particular, ninguém vive a agressão, o desejo de vingança ou sofre o castigo do mesmo modo. Tanto o sofrimento do crime quanto o padecimento do castigo são experiências existências, vividas exclusivamente pelos envolvidos no conflito. Ninguém enxerga o mundo com as mesmas cores ou vive uma dor com a mesma capacidade de senti-la, de externá-la ou guardá-la para si, de enfim superá-la. (CARVALHO, 2010b, p. 159).

Em suma, a aposta de Carvalho (2010b, p. 160) é a de que a suspensão da vingança cega e mortífera, por meio de um conteúdo ético da vingança, constituiu tarefa decisiva para retirar da pena a sua carga de violência destruidora. A recuperação da dignidade da vítima e de seu algoz, em um modelo relacional de justiça, representa uma importante mudança de paradigma, no sentido de articular um novo horizonte de sentido para a sanção penal.

5.4 O poder punitivo midiático sobre as vítimas

Um fator comum que tangenciou os temas tratados na parte 5.2, “vítima e trauma” e 5.3, “vítima e vingança”, é a ampla presença midiática, impressa e televisionada, na divulgação dos fatos reais ali tratados. Tanto o caso da ação criminal relatada, quanto as diversas ocorrências de linchamentos foram objeto de grande espetacularização nos veículos de informação. Importante destacar, todas as notícias e reportagens têm na vítima o seu maior destaque.

Para Zaffaroni, (2012, p. 303) existe, e sempre existiu, uma criminologia midiática que pouco tem a ver com a acadêmica. Explica o autor que em paralelo às palavras da academia há uma outra criminologia que atende a uma criação da realidade, “através da informação, subinformação e desinformação midiática, em convergência com preconceitos e crenças, que se baseia em uma etiologia criminal simplista”.

As criminologias midiáticas variam muito no tempo, entre outras razões, por conta da tecnologia comunicacional própria de cada época, mas sempre são construídas em uma base

de “causalidade mágica”, usada para canalizar e para direcionar o controle punitivo contra determinados humanos, fazendo desses grupos humanos “bodes expiatórios” (ZAFFARONI, 2012, p. 303-304).

O discurso da criminologia midiática contemporânea é “o chamado *neopunitivismo* dos Estados Unidos, que se expande para o mundo *globalizado*. Trata-se do fenômeno analisado por Garland, Wacquant e Simon” (ZAFFARONI, 2012, p. 305). Ela cria a realidade de um mundo de *pessoas decentes* frente a uma massa de *criminosos*, identificando através de estereótipos um grupo separado do resto da sociedade. Para além de destacar quem deve ser *criminalizado* ou *eliminado*, o *bode expiatório*, ela cria a *insegurança*, o *medo* e o *pânico moral* (ZAFFARONI, 2012, p. 307-308).

Zaffaroni argumenta que crenças são construídas sobre bases simplistas, mas profundamente internalizadas, à força da reiteração e do bombardeio de mensagens emocionais e de imagens. Segundo o professor, trata-se da

indignação frente alguns fatos aberrantes, mas não todos, apenas os dos estereotipados; impulso vingativo por identificação com a vítima desses fatos, mas não com todas as vítimas, apenas com as dos estereotipados e, se possível, que não pertençam elas próprias a esse grupo, pois nesse caso, considera-se uma violência intragrupal própria de sua condição inferior; medo da própria vitimização e reivindicação de maior repressão com base em uma causalidade mágica, segundo a qual maiores penas e maior arbítrio policial produzem maior prevenção dos *delitos* (ZAFFARONI, 2012, p. 308).

A introjeção da criminologia midiática é muito poderosa e confirmada todos os dias na interação social pelo *senso comum*, *pelo cotidiano*. “É o que *mostra* a televisão, o que todos comentam entre si, o que se confirma de boca a boca, o que se verifica através do que o outro me conta” (ZAFFARONI, 2012, p. 308-309). É assim que o *eles*, o *diferente*, o *criminoso* é construído como o maior e único perigo social. Os preconceitos que sintetizam o estereótipo definem a *diferença*. E esta criminologia midiática se volta para o *eles* e estigmatiza como *violenta* qualquer manifestação que vá contra sua construção de realidade. Implicitamente reivindica-se sua morte, eis que “identificados *eles*, tudo o que se fizer é pouco, mas apesar disso, segundo a criminologia midiática não se faz quase nada contra eles, tudo é generosidade, bons tratos e gasto inútil para o Estado” (ZAFFARONI, 2012, p. 310).

A criminologia midiática *naturaliza* as mortes, pois:

todos os efeitos letais do sistema penal são para ela um produto *natural* (inevitável) *da violência própria deles*, chegando ao encobrimento máximo nos casos de execuções sem processo disfarçadas de mortes em *enfrentamentos*, apresentadas como episódio da *guerra contra o crime*, em que se mostra o cadáver do fuzilado como sinal de eficácia preventiva, como o soldados inimigo morto na guerra (ZAFFARONI, 2012, p. 311).

Segundo Zaffaroni (2012, p. 312-313), a referida “causalidade mágica” é produto de uma *urgência de resposta*. “A resposta deve ser *imediatamente* ao caso concreto, atendendo à urgência conjuntural, ao drama que se destaca”. A falta de uma resposta imediata é prova de *insegurança*. Além disso, a urgência de resposta é acentuada com a presença de algumas vítimas previamente selecionadas por sua funcionalidade para a publicidade, eis que “frente à dor das vítimas, o comunicador exige uma resposta imediata”.

O que a criminologia midiática oculta do público é o efeito potencializador do controle e redutor do espaço de liberdade social. Zaffaroni argumenta que na necessidade de nos proteger *deles*, em nome da *segurança*, todos os controles estatais, primitivos e sofisticados são justificados. “O *nós* pede ao Estado que vigie mais a *eles*, mas também o próprio *nós*, pois necessitamos ser monitorados para sermos protegidos” (ZAFFARONI, 2012, p. 317). Esta, segundo o autor, é a chave última da política criminal midiática. Para tanto, considerando a necessária carga de medo para que as pessoas deixem de valorizar a intimidade e o espaço de liberdade, a criminologia midiática constrói uma realidade *temível*. Assim, manipula-se o medo, tornando-o útil à política de controle. Com medo, clama-se por mais vigilância do Estado.

No contexto de atuação da criminologia midiática, selecionam-se algumas vítimas, ocultando-se outras, procurando aquelas aptas a reproduzir discursos vingativos e repressivos. “Se a vítima tiver pudor, recorre à justiça corretamente, se for sóbria em suas expressões, não interessa muito à criminologia midiática, porque não é idônea para transmitir a mensagem que pede vingança” (ZAFFARONI, 2012, p. 320).

A vítima ideal, portanto, destacada pela criminologia midiática é aquela capaz de provocar identificação em um amplo setor social, bem como converter-se em *porta-voz* de sua política criminal, consagrando-se como *vítima-herói*.

Explica Zaffaroni (2012, p. 321) que toda vítima de um fato violento grave sofre uma perda, com dano psíquico considerável, o que demanda, muitas vezes assistência especializada para recuperar a saúde. De um estado inicial de estupefação ou desconcerto diante da perda, passa-se para um estado irracional em que se “brinca” com a casualidade do evento – se tivesse agido de outra maneira, se não tivesse dito, se tivesse avisado... O peso de uma culpa irracional, *pela situação*, gerado por esse mecanismo provoca um extravasamento que projeta a responsabilidade do fato em alguém ou em algo externo. O tempo e uma eventual assistência especializada podem ajudar a superar esta etapa, isto é, *elaborar o luto*. No entanto, segundo o autor, quando a criminologia midiática instala uma *vítima-herói*, há

uma interrupção e exploração brutal da elaboração do luto. E assim, “a pessoa redefine sua autopercepção como *vítima* e se *fixa* nesse papel. A vítima-herói é levada a clamar por repressão por via mágica e é proibido que se discorde dela, pois qualquer objeção é vista como irreverente diante da sua dor” (ZAFFARONI, 2012, p.321-322).

Os casos relatados nos itens 4.2 e 4.3 desta pesquisa são exemplos do serviço indesejado dessa criminologia midiática apresentada por Zaffaroni. Ela não apenas divulgou os fatos, como, claramente, atuou na reprodução de *insegurança, medo e pânico moral*, tendo no personagem *vítima* sempre o seu maior protagonista. Além disso, atuou enquanto órgão acusador e julgador. Esse é outro papel reservado à criminologia midiática no contexto da política criminal por ela pautada.

Segundo Simone Schreiber (2008, p. 410-411), há nocividade nas manifestações jornalísticas quando estas se arvoram a desvendar fatos criminosos e pautar a atuação da justiça a partir de sua atuação. Para a autora, a distinção entre a verdade jurídica processual não pode se confundir com a verdade produzida pela imprensa. Esta não é medida pelas garantias do processo, portanto, não pode ser levada em conta pelo juiz quando dita a sentença.

A verdade judiciária pretende o distanciamento através de um processo dialético de contraposição de versões do fato e debate. É preciso, portanto, impedir que provas produzidas pela mídia influenciem a convicção dos juízes, e mesmo que sejam indevidamente introduzidas no processo (SCHREIBER, 2008, p. 411).

Para Simone Schreiber (2008, p. 411), o Poder Judiciário está sujeito, como os demais órgãos estatais ao escrutínio público. No entanto, ele não deve ser o ambiente em que prevalecem as posições majoritárias, manifestadas, por exemplo, pela *opinião pública* repercutida na mídia – “trata-se de um espaço contramajoritário, de proteção de direito mesmo contra a vontade da maioria”.

A autora é sensível ao fato de que o crime é um acontecimento público e há legítimo interesse da coletividade em acompanhar os processos criminais. Além disso, as notícias informativas ou opinativas a respeito do tratamento dispensado pela justiça criminal aos fatos criminosos não podem, nem devem ser cerceadas mesmo que críticas, ácidas ou desrespeitosas. Por outro lado, a cobertura jornalística de fatos criminais não deve tomar a forma de campanhas em favor das vítimas. Para Simone Schreiber,

é necessário portanto desmistificar a ideia de que eventuais restrições postas à liberdade de expressão para promoção de outros direitos implicam em última análise em cerceamento indevido da única instituição [...] Contudo, não se quer sustentar que qualquer cobertura jornalística de feitos criminais é

espúria, persistindo a necessidade de distinguir as manifestações lícitas das ilícitas, entendidas como ilícitas aquelas que violem o direito do réu ao julgamento justo (SCHREIBER, 2008, p. 413).

A criminologia midiática realiza publicidade opressiva de julgamento criminais. Isto é uma realidade no Brasil, a qual deve ser reconhecida como uma típica situação de colisão de direito fundamentais. Deve-se fomentar soluções compatíveis com o ordenamento constitucional que, sem justificar restrições desarrazoadas à liberdade de expressão e informação, garanta, por outro lado, formas efetivas de o acusado da prática de crimes gozar do direito constitucional ao julgamento justo (SCHREIBER, 2008, p. 414).

CONCLUSÃO

Tudo o que nele foi violência é em nós furtivo, e um evita o olhar do outro para não correremos o risco de nos entendermos.

Clarice Lispector (1999, p.125)

Ao final da trajetória da presente pesquisa concluímos a apresentação de “respostas-percurso” à promoção das políticas públicas criminais brasileiras que apostam na reparação e na proteção da vítima e da comunidade e nas práticas da mediação e da justiça restaurativa como alternativas inovadoras ao sistema de justiça criminal.

Na análise, foi levantada a possibilidade de que a maior participação das vítimas no atual sistema possa representar fomento à cultura policializante adotada pelo Estado brasileiro, bem como reificar a política criminal de encarceramento e as atuais práticas judiciais, produtoras de subjetividades calcadas na insegurança e no medo. Para tanto, procurou-se cercar o objeto de análise e desvendar os principais discursos acadêmicos a fim de “captar o que entre pelos olhos e pelos ouvidos, tornando-se subjetividade através dos discursos” (MALAGUTI, 2000, p. 191).

O discurso vitimológico brasileiro, desenvolvido e investigado em nosso país, teve como ponto de partida o que nossos estudiosos apreenderam do desenvolvimento da matéria no cenário internacional. Os conceitos, a doutrina desenvolvida sobre a nova disciplina, e mesmo os questionamentos levantados, reproduziram o que era tema dos debates nos simpósios internacionais e do que se produzia e pesquisava fora de nosso país. Em nossas terras, fato é, independente de vínculo, ou não, com a criminologia, que os primeiros estudos vitimológicos foram metodologicamente produtos da Escola Positiva.

A tentativa de identificar no passado um momento glorioso em que a vítima teria tido plenitude e protagonismo na resolução do conflito é um discurso simplista para respostas às demandas de nossa contemporaneidade. É diverso, por outro lado, compreender que o modelo de justiça que se inaugura com o confisco do conflito é legitimado por um discurso, um saber-poder, que o acompanha e o legitima enquanto única opção política de resolução de conflitos até os nossos dias.

O abolicionismo penal, sobretudo o de vertente libertária, nos desconecta dos discursos irracionais e legitimantes reproduzidos em prol do poder punitivo. Ao revés, enfatiza a necessária educação livre diante da cultura do castigo. Ao propor percursos e novas respostas a serem testadas, as quais não devem se restringir à área jurídica e ao direito penal, o abolicionismo libertário impulsiona práticas modificadoras dos costumes. Estas têm potencial para valorizar as práticas abolicionistas cotidianas e abrir o campo para a experimentação de novas respostas.

Espera-se das práticas restaurativas o diálogo com esse ideário, para que então emerja seu potencial inovador e transformador.

No entanto, se por um lado o discurso restaurativo sustenta seu propósito e apresenta seus fundamentos focando as vítimas, por outro lado, no mais das vezes, a matriz de seus argumentos denota a preocupação central com o aperfeiçoamento do esquema de funcionamento do Poder Judiciário tal qual o conhecemos.

A demanda por participação é diferente da atenção ao sofrimento e às demandas pessoais das vítimas, os quais devem ser tratados em outra esfera de atuação que não a criminal. É preciso entender a justiça restaurativa como um modelo de atuação dissociada do modelo de justiça retributiva. Somente assim, as demandas das vítimas poderão ser atendidas. Isto porque os valores, princípios e objetivos restaurativos são diversos e distanciados da lógica punitiva. É equivocado, no entanto, negar participação às vítimas em seus processos penais e reputar a elas a responsabilidade pela rearticulação de um discurso do crime e a condição de eventual obstáculo para a democratização do sistema de justiça.

Afinal, o imaginário em torno da construção do personagem vítima em nossa contemporaneidade é fruto de diversos fatores. Em nossa contemporaneidade, ser vítima é uma maneira de se incluir. É a maneira de se estabelecer alteridade com as instituições que temos, é a maneira de ser visto e de obter reconhecimento. É tentador se beneficiar do *status de vítima*.

A valorização da vítima e de seus padecimentos se insere em um contexto de superestimação da subjetividade individual, no qual os fenômenos emocionais e mentais, assim como o bem-estar e a felicidade pessoal têm proeminência ante o social. E a busca pela criminalização dos “responsáveis” por tal sofrimento faz as vezes de sua solução.

A associação entre o trauma, o sofrimento moral, o processo de vitimização e a demanda punitiva é característica de nosso tempo, contribuindo ativamente para a judicialização dos conflitos sociais, ou seja, para a produção de demandas ao tribunal de

justiça, e a outros mecanismos para-judiciários que adquirem centralidade na resolução de todo tipo de problemática que atinge a vida em sociedade.

De fato, o aumento do controle punitivo aumentou e continua a crescer ao mesmo tempo em que propostas alternativas também crescem. Não decresceu o número de pessoas sob o controle e supervisão do Estado. A rede de controle e intervenção se ampliou, aprofundou e estendeu, mas sem efeito perceptível sobre o crime e sem atender as necessidades essenciais da vítima e ofensor.

Torna-se desafio, portanto, a suspensão da vingança cega e mortífera, por meio de um conteúdo ético da vingança. Constituiu tarefa decisiva retirar da pena a sua carga de violência destruidora. Um modelo relacional de justiça, que tenha foco na recuperação da dignidade da vítima e de seu algoz, representa uma importante mudança de paradigma, no sentido de articular um novo horizonte de sentido para respostas às situações problemáticas.

Aposta-se, assim, em outros modelos de justiça, como a justiça restaurativa, que pode e deve ser desenvolvida com maior criatividade e ousadia no contexto de nossa realidade, mas não institucionalizada nos limites do Estado, do direito e do sistema de justiça estatal. Nesse horizonte, o maior protagonismo da vítima poderá, de fato, constituir pilar de uma política pública inovadora para o Brasil.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVAY, Pedro Viera. *O grande encarceramento como produto da ideologia (neo)liberal*. Em: ABRAMOVAY, Pedro; MALAGUTI BATISTA, Vera (Orgs.) *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, p. 9-28, 2010.

ACHUTTI, Daniel. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

AGÊNCIA BRASIL. *Linchamentos não são aleatórios e atingem mais pobres, defende pesquisadora*. 6 de maio de 2014. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2014-05/linchamentos-nao-sao-irracionais>>. Acesso em: 30 de out. de 2014.

ALVAREZ, Marcos César et al. Relatório da pesquisa. *A vítima no processo penal brasileiro*. Série Pensando o Direito, n. 24. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

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

_____. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Sequência*, n. 52, p. 163-182, jul., 2006.

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 14, p. 276-287, abr./jun., 1996.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008.

ANYAR DE CASTRO, Lola. Direitos Humanos: delinquentes e vítimas, todos vítimas. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Revan, n. 15/16, p. 187-202, 2007.

_____. *Criminologia da libertação*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2005.

ASÚA, Jimenez de. La llamada victimologia. *Estudios de Derecho Penal y Criminologia*, vol, I, 1961.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino do Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. Merci, Loïc! Em: MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, p. 223-227, 2012.

_____. A lei como pai. Em: ABRAMOVAY, Pedro; MALAGUTI BATISTA, Vera (Orgs.) *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, p.145-158, 2010.

_____. Pena pública em tempo de privatização. Em: PASSETI, Edson (org.). *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BAUMAN, Z. *Vida Líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2009.

BIRMAN, Joel. *Conferência: Trauma e impasses nos processos de subjetivação na contemporaneidade*. Colóquio Subjetivações e gestão de riscos na atualidade. Instituto de Medicina Social – UERJ. Rio de Janeiro, 17 out. 2014.

_____. Saberes do psíquico e criminalidade. Em: MENEGAT, Marildo; NERI, Regina. *Criminologia e subjetividade*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, p. 77-91, 2005.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. *Vítima*. São Paulo: Editora Universitária de Direito, São Paulo, 1971.

BRASIL. *Código Penal*. (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 01 mar. de 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. (Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 04 mar. de 2015

BRASIL. Ministério da Justiça. *10 anos da política nacional de penas e medidas alternativas*. Redação Fabiana Costa Oliveira Barreto. 2010. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7BD7C0BDC4-2085-4581-8B29-4F7B9D1512B8%7D¶ms=itemID=%7B00E6F127-3218-404A-932F-EB4C94F48F4A%7D;&UIPartUID=%7B04411A04-62EC-410D-AC93-9F2FA9240471%7D>>. Acesso em: 12 nov. de 2014.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de solução de conflitos*. Mapeamento Nacional de Programas Públicos e não Governamentais, 2005.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Alternativas Penais: bases e ações prioritárias de uma nova política de segurança pública e justiça*. Heloisa Adário (Coord). Documento produzido pelo Grupo de Trabalho de Apoio às Alternativas Penais (CGPMA/DEPEN/MJ). Brasília, agosto de 2013.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Pesquisa Nacional de Vitimização*. Brasília, DF, 2013.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara 6713/2009 (PLS 201/2009). Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465321>>. Acesso em: 30 de out. 2014.

BRASIL. Projeto de Lei da Câmara 7.544/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615049>>. Acesso em 15 de jan. de 2015.

CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. 2.ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal orientado para a vítima*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra Editora, 2008.

CARVALHO, Thiago. F. A bravura indômita da justiça penal: o imaginário punitivo à luz da ética da vingança. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais (FDV)*, v. 8, p. 311-337, 2010a.

_____. A criminologia da não violência: o imaginário punitivo de um abril despedaçado. Em: ROSA, A. M. da; CARVALHO, T. *Processo Penal Eficiente e Ética da Vingança: em busca de uma criminologia da não-violência*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 97-164, 2010b.

CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. Em: *Discursos sediciosos*. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, n. 19/20, p. 367-378, 2012.

_____. *Uma quantidade razoável de crime*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Civilidade e Estado. Em: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, p. 241-257, 1997.

_____. Los conflictos como pertenencia. Tradução de Alberto Bovino y Fabricio Guariglia. Em: *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-hoc, p. 157-182, 1992.

DOTTI, René Ariel. *Bases e alternativas para os sistemas de penas*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1998.

ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Tradução Lucia Valladares. São Paulo: Editora Fap: Unifesp, 2012.

FERNADES, Antônio Scarance. *O papel da vítima no processo criminal*. São Paulo: Malheiros, 1995.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber*. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014.

_____. *A história da sexualidade I. A vontade do saber*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2011.

_____. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

_____. *Estética: literatura e pintura, música e cinema. Ditos e Escritos*. vol. 3. Manoel B. da Motta (Org.), 2. ed. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2009.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 33. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

_____. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau Editora, 2003.

_____. *Microfísica do Poder*. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1979.

G1. Dias de Intolerância. 3 de julho de 2014. Disponível em <<http://g1.globo.com/politica/dias-de-intolerancia/platb/#inicio>>. Acesso em 30 de out. de 2014.

GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em Democracia: a justiça será!* Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GAROFALO, R. *Indemnización a las víctimas del delito*. Tradução de P. Dorado Montero. Madrid: La España Moderna, 1887.

GIORGI, Alessandro de. *A miséria através do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006.

GROS, Frédéric. Os quatro centros de sentido da pena. Em: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: a justiça será!* Lisboa: Instituto Piaget, p. 15-144, 2002.

GRUPO CANDANGO DE CRIMINOLOGIA (GCCRIM). *Roubo e furto no DF: avaliação da efetividade das sanções não privativas de liberdade*. Série: O que se pensa na Colina, v. 4, Brasília, 2009.

HULSMAN, Louk. A aposta por um abolicionismo penal. *Verve*. n. 8. São Paulo: Nu-Sol, p. 246-275, 2005. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5088/3616>> Acesso em: 29 de out. de 2014.

_____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça penal. *Verve*. n. 3. São Paulo: Nu-Sol, p. 190-219, 2003. Disponível em: <<http://www.nu-sol.org/verve/pdf/verve3.pdf>> Acesso em: 29 de out. de 2014

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas Perdidas: O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karan. Rio de Janeiro: Luam, 1997.

INSTITUTO LATINO AMERICANO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A PREVENÇÃO DO DELITO E TRATAMENTO DO DELINQUENTE/ BRASIL (ILANUD/ BRASIL). *Relatório de Pesquisa*. Sistematização e Avaliação de Experiências em Justiça Restaurativa. Janeiro de 2006.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. Em: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, p. 163-188, 2005.

JOSEF, Jorge. Holocausto: origem da vitimologia. Em: KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JÚNIOR, Heitor (Coords.). *Temas de vitimologia II*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 81-89, 2001.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos: Crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, ano 1, n. 1, 1996.

KOSOVSKI, Ester. Fundamentos da vitimologia. Em: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, X, n. 42, jun 2007. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1813>. Acesso em nov. de 2013.

_____. *Vitimologia em Debate*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 67-104, nov./dez. 2004.

LISPECTOR, Clarice. *Mineirinho*. Para não esquecer. Rio de Janeiro: Rocco, 1999.

MACHADO, Maíra Rocha, et al. *Relatório da pesquisa*. Análise das justificativas para a produção de normas penais. Série Pensando o Direito, n. 32. Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos, 2009.

MACHADO, Roberto. *Foucault, a ciência e o saber*. 3. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

MALAGUTI BATISTA. Adesão subjetiva à barbárie. Em: WACQUANT, Loïc. Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal. Vera Malaguti Batista (Org.). Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro, Revan, 2011.

_____. Depois do grande encarceramento. Em: ABRAMOVAY, Pedro; MALAGUTI BATISTA, Vera (Orgs.) *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, p. 29-39, 2010.

_____. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma análise histórica*. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

_____. O medo e o método. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos Editora, ano 5, n. 9/10, 1º e 2º semestre de 2000.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI – abolição, um sonho impossível? Em: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, p. 241-257, 1997.

MIOTTO, A. Bergamini. Considerações a respeito da denominada “Vitimologia”. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*. Rio de Janeiro. ano I (nova fase), n. 4, p. 127-137, 1964.

MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da Justiça Restaurativa. Em: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato

(Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, p. 439-472, 2005.

NATAL, Ariadne Lima. *30 anos de linchamento na Região Metropolitana de São Paulo 1980-2009*. São Paulo, 2012. 177f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) - Universidade de São Paulo, programa de pós-graduação em sociologia. São Paulo, 2012

O GLOBO. Linchamento de dona de casa no Guarujá está ainda longe da punição. 10 de jan. de 2015. Disponível em < <http://oglobo.globo.com/brasil/linchamento-de-dona-de-casa-no-guaruja-esta-ainda-longo-da-punicao-15016203#ixzz3PMgloReB>>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

O GLOBO. Mulher espancada após boatos em rede social morre em Guarujá, SP. 05 de maio de 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acesso em: 20 de jan. de 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o Direito Penal: uma abordagem do movimento vitimológico e de seu impacto no direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ONU. ASSEMBLÉIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 40/34*. Disponível em <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/declaracao-dos-principios-basicos-de-justica-relativos-as-vitimas-da-criminalidade-e-de-abuso-de-poder.html>>. Acesso em 11 de jan. de 2015.

ONU. CONSELHO ECONÔMICO E SOCIAL. *Resolução 2002/12*. Tradução: Renato Sócrates Gomes Pinto. Disponível em <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0>>. Acesso em 11 de jan. de 2015.

ORSINI, Adriana Goulart; LARA, Caio Augusto. Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. *Responsabilidades*, Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_ResponsabilidadesV2N2_Antena01.pdf> Acesso em: 11 de jan. de 2015.

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

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Verve*. n. 9. São Paulo: Nu-Sol, p. 83- 114, 2006. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5131>> Acesso em 29 de out. de 2014

_____. Abolicionismo penal, medidas de redução de danos e uma nota trágica. *Verve*. n. 7. São Paulo: Nu-Sol, p. 75-85, 2005. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5021/3563>> Acesso em 29 de out. de 2014.

_____. Curso Livre. Em: PASSETTI, Edson (Org.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004a.

_____. A atualidade do abolicionismo penal. Em: PASSETTI, Edson (Org.) *Curso livre de abolicionismo penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004b.

_____. *Vivendo e revirando-se: heterotopias libertárias na sociedade de controle*. *Verve*, n. 4, São Paulo, Nu-Sol, p. 32-55, 2003. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/verve/article/view/5021/3563>> Acesso em 29 de out. de 2014.

_____. Abolicionismo penal: um saber interessado. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia e Revan, ano 7, n, 12, p. 108-118, 2002.

_____. Sociedade de controle e abolição da punição. *São Paulo em Perspectiva*, vol.13, n.3, p. 56-66, 1999. <Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-88391999000300008>> Acesso em 30 de nov. de 2014.

_____. Kafka e a sociedade punitiva. Em: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, p. 177-186, 1997.

PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. São Paulo: IBCCrim, 1997.

PELLEGRINO, Laercio. *Vitimologia* (história, teoria, pratica e jurisprudência). Rio de Janeiro: Editora Forense, 1987.

PIEIDADE JÚNIOR, Heitor. *Vitimologia*, evolução no tempo e no espaço. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1993.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: um novo caminho? *Revista IOB de Direito Penal e Processo Penal*, Porto Alegre, v. 8, n. 47, p. 190-202, dez. 2007-jan. 2008.

_____. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? Em: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, p. 19-40, 2005.

_____. *A Construção da Justiça Restaurativa no Brasil*. Disponível em <<http://gajop.org.br/justicacidades/?p=2352>>. Acesso em 20 de jan. de 2015.

PIRES, Álvaro Penna. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos CEBRAP*, nº 68. São Paulo, CEBRAP, p. 39-60, 2004.

REVEL, Judith. *Michel Foucault: conceitos essenciais*. São Carlos: Claraluz, 2005.

ROCHA, Fernando Galvão. Apresentação. Em CALHAU, Lélío Braga. *Vítima e Direito Penal*. 2ªed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

ROSSI, Marina Lopes. *La participación de la víctima en el proceso penal brasileño y en la justicia restauradora: un análisis comparativo de la perspectiva de la victimización*

secundaria. Barcelona, 2010. 55f. Dissertação (Máster de Criminologia y Ejecución Penal) – Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2010.

ROULAND, Norbert. *Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade*. Tradução Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SCHEINVAR, Estela, COIMBRA, Cecília. Subjetividades punitivo-penais. Em: MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. Rio de Janeiro: Revan, p. 59-68, 2012.

SCHREIBER, Simone. *A publicidade opressiva de julgamento criminais*. Uma investigação sobre as consequências e formas de superação da colisão entre liberdade de expressão e informação e o direito ao julgamento criminal justo, sob a perspectiva da Constituição brasileira de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

_____. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. Em: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, p. 455-490, 2006.

_____. *Direito Penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: 2002

SINHORETTO, Jacqueline. Introdução. Em: BRASIL. Ministério da Justiça. *Acesso à Justiça por sistemas alternativos de solução de conflitos – Mapeamento Nacional de Programas Públicos e não Governamentais*, 2005.

SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato; GOMES PINTO, Renato (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005

SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maíra Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (Org.). *Novas direções na governança da justiça e da segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

SOUSA, Analicia Martins de. A consagração das vítimas nas sociedades de segurança. *Revista EPOS*; Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, p. 29-56, jan-jun de 2014.

VAZ, Paulo. A vida feliz das vítimas. Em: FREIRE FILHO, J. (Org.). *Ser feliz hoje: reflexões sobre o imperativo da felicidade*. Rio de Janeiro: Ed. FGV, p. 135-164, 2010.

VEJA. Vítimas do crime: a cicatriz da alma. Ed. 2279, ano 45, n. 30, p. 80-90, 25 de julho 2012.

WACQUANT, Loïc J. D. Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. Em: *Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal*. MALAGUTI BATISTA, Vera (Org.). Rio de Janeiro: Revan p. 11-43, 2012

_____. *Punir os pobres – a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed.; Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. Prefácio. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma análise histórica*. Rio de Janeiro, Revan, 2003.

_____. *As prisões da miséria*. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Delinquência urbana e vitimização das vítimas. Em: ABRAMOVAY, Pedro; MALAGUTI BATISTA, Vera (Orgs.) *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

_____. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZAFFARONI, E. Raúl, BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal*. 2ª ed. Rio de Janeiro, 2003.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.