



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

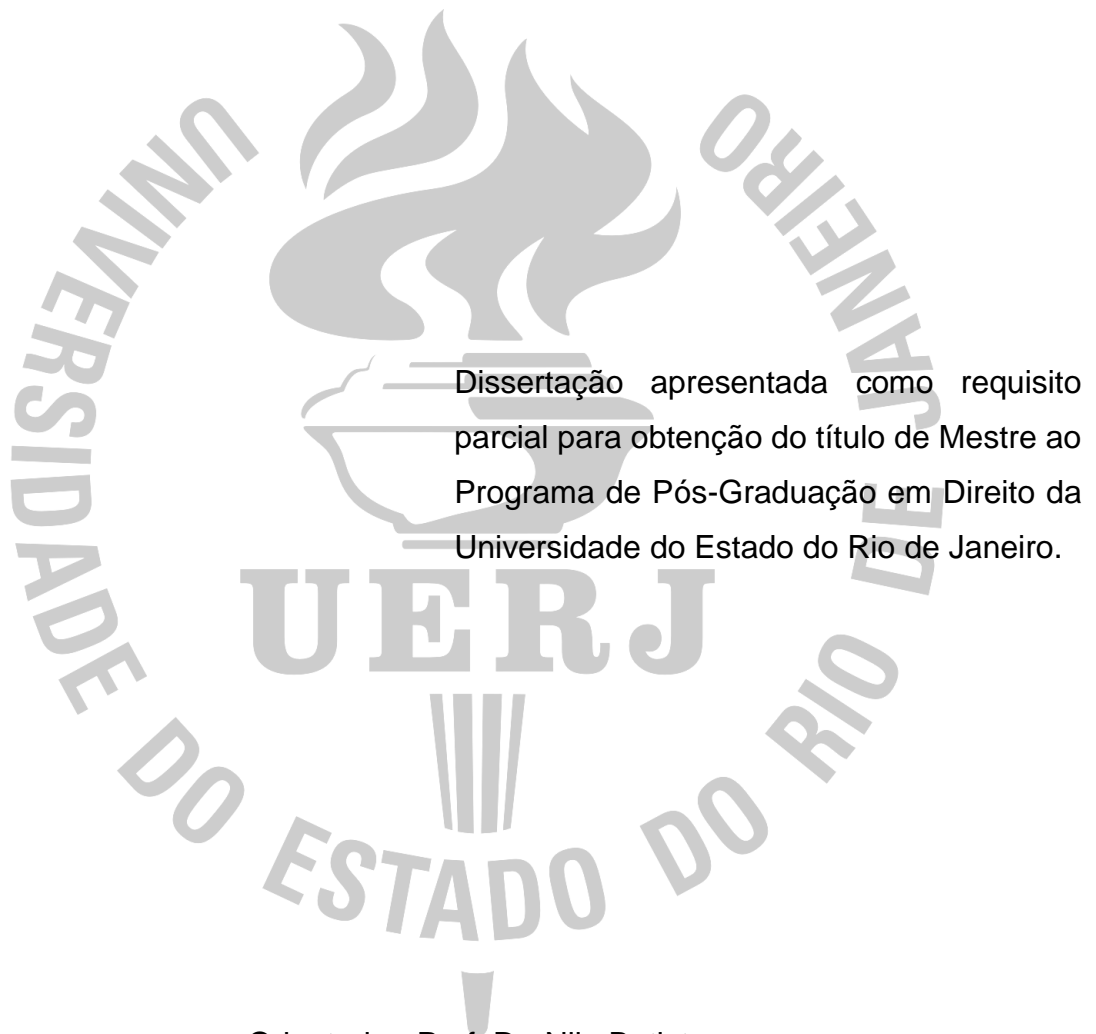
Helena Zani Morgado

**Justiça restaurativa como método adequado de solução de
controvérsias penais: subsídios para uma gestão não violenta**

Rio de Janeiro
2017

Helena Zani Morgado

**Justiça restaurativa como método adequado de solução de controvérsias
penais: subsídios para uma gestão não violenta**



Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista

Rio de Janeiro

2017

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

M847

Morgado, Helena Zani.

Justiça restaurativa como método adequado de solução de
controvérsias penais: subsídios para uma gestão não violenta / Helena Zani
Morgado. - 2017.
207 f.

Orientador: Prof. Dr. Nilo Batista.

Dissertação (mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1.Direito penal -Teses. 2.Justiça - Brasil - Teses. 3. Criminologia .-
Teses. I. Batista, Nilo. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade
de Direito. III. Título.

CDU 343.9

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

Assinatura

Data

Helena Zani Morgado

**Justiça restaurativa como método adequado de solução de controvérsias
penais: subsídios para uma gestão não violenta**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Aprovada em 16 de janeiro de 2017

Banca examinadora:

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

Prof. Dr. Christiano Fragoso
Faculdade de Direito – UERJ

Prof^a. Dr^a. Ana Lucia Sabadell
Universidade Federal do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro

2017

DEDICATÓRIA

Para Sheila,
com amor e sempre.

Para Augusto César,
cuja ausência física permanece fazendo silêncio em todo lugar.

Para as flores de lis,
*almas expostas em pétalas que furam o asfalto, o tédio, o nojo e o ódio
por primaveras.*

AGRADECIMENTOS

Início esta breve exposição agradecendo ao Professor **Nilo Batista**, cujo convívio que se iniciou há mais de sete anos ensinou-me não apenas a compreender a questão criminal, como também as mais belas lições de altruísmo e humildade. Não existe orgulho maior do que ter sido sua aluna, monitora e orientanda. Registro, mais uma vez, minha eterna gratidão por ter me transformado em uma pessoa melhor. Ainda, não poderia deixar de consignar o auxílio inestimável da sempre solícita **Angélica Zaquieu** em todo esse tempo;

À UERJ, sou grata por toda a minha formação. Agradeço especialmente ao Prof. **Carlos Eduardo Japiassú**, pela generosidade em me aceitar como sua estagiária docente e pelo carinho e segurança que me confortam desde os anos de monitoria; ao Prof. **Davi Tangerino**, responsável por despertar meu interesse pelo tema desta dissertação; ao Prof. **Christiano Fragoso**, pelas preciosas contribuições em suas aulas e na qualificação e pela gentileza em concordar participar da banca examinadora deste trabalho; e à Prof.^a **Vera Malaguti Batista**, por *resistir no front* e por - aqui peço licença para valer-me de suas próprias palavras - “*fazer tremar os caretas e covardes*”; aos quais designo em nome dos demais professores da Universidade;

Nunca conseguirei demonstrar tudo o que **minha mãe** representa para mim. Nas limitações deste espaço, posso apenas assinalar que, se possuo alguma qualidade, o mérito é dela; e que toda a responsabilidade pelos (não poucos) defeitos é somente minha, que não lhe permiti corrigi-los. Obrigada por tantas vezes se sacrificar para que eu sempre tivesse tudo do melhor. Ao **Mendonça**, registro minha gratidão por cuidar tão bem dela;

Por tudo o que representam, agradeço à minha **família**, nomeadamente ao **tio Antônio**, a quem peço desculpas por nunca ter conseguido explanar o quanto sou grata por todas as vezes em que me ajudou;

À **tia Vanda**, agradeço pelo zelo dispensado ao longo desses vinte e cinco anos - não sei quem seria eu sem você.

Aos meus **irmãos, Rodrigo e Bernardo**, por serem os melhores que eu poderia sonhar;

Ao **Eduardo Lasmar**, agradeço por cada vírgula sugerida, por todas as leituras indicadas e pela minuciosa revisão deste trabalho no calor das suas férias. Muito obrigada;

Agradeço também aos companheiros da pós pelos incontáveis diálogos e debates que propiciaram meu crescimento acadêmico. Em especial, assinalo meus reconhecimentos ao **Fábio Casas**, pela parceria ao longo de todo o curso, e ao **Daniel Ribeiro**, ao **Lucas Matos** e à **Ana Lúcia Tavares**, sempre *muito bons para mim*;

Essencial mencionar as queridas **Larissa Botelho** e **Flávia Sanna**, que me apoiaram desde o início do processo seletivo: almejo um dia chegar ao *mesmo degrau da escada* que vocês;

À **Adriana Freitas**, sou grata pelo esforço hercúleo em ler cada linha desta dissertação, pelos questionamentos e pela companhia no dia a dia e nas viagens que renovaram as energias para que esse trabalho pudesse ser concluído - *aunque pasen los años, nunca nos vamos a olvidar*. Ao **Rômulo Bessa**, pela sinceridade, por me receber tão bem e pelas horas e horas de conversa. À **Anália Vieira**, pelo afeto maternal;

Ao **Luis Eduardo Marcanth** e à **Rafaela Freitas**, pela incrível pausa que me permitiu respirar para continuar;

Não há como expressar em palavras minha gratidão à **Dra. Elisa Sanvicente**, essencial nos momentos mais delicados desses dois anos: minha dívida é impagável;

Finalizo agradecendo ao **Hugo**, que, de *janeiro a janeiro, transforma o tédio em melodia*. O óbvio, às vezes, deve ser dito: não fosse você, esse mestrado não teria sido possível.

Sim, quase nos esquecia, a maldição de um arúspice hediondurenho se confirmou: segundo as escassas informações disponíveis, em sua decadência, a Constituição de Hedionduras era um Regulamento Penitenciário.

Nilo Batista

RESUMO

MORGADO, Helena Zani. *Justiça restaurativa como método adequado de solução de controvérsias penais: subsídios para uma gestão não violenta*. 2017. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

Esta dissertação tem por escopo aferir a viabilidade da justiça restaurativa como método de solução de controvérsias penais. Inicialmente, será exposta uma cronologia das diferentes reações estatais aos conflitos em sociedade, com vistas a questionar a suposta inevitabilidade do sistema criminal vigente. Em seguida, buscar-se-á desconstituir a equivocada ideia de que o cárcere sempre gozou do *status* de modalidade punitiva por excelência. Neste contexto, também serão refutadas as funções legitimantes da pena privativa de liberdade. Posteriormente, discorrer-se-á sobre algumas matrizes teóricas que fornecem consistentes críticas ao sistema penal tradicional, quais sejam, a criminologia radical, o abolicionismo penal e a vitimologia. Uma vez demonstrado que o confisco do conflito e a pena privativa de liberdade carecem de legitimação, entende-se como possível a construção de um novo modelo. Nesta senda, será realizado um aprofundado estudo sobre a justiça restaurativa, a qual compreende os programas de resolução de conflitos que têm em comum a participação central, direta e voluntária de ofensores, ofendidos e membros da comunidade atingidos pela prática de um delito. Explicar-se-á que os envolvidos devem buscar, a partir do diálogo, restaurar a relação rompida pelo crime. Diante disso, refletir-se-á sobre eventuais obstáculos a esta forma de gestão de conflitos, comentando-se sobre as iniciativas empíricas e normativas já verificadas no Brasil.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Direito penal. Restauração. Justiça horizontal.

ABSTRACT

MORGADO, Helena Zani. *Restorative Justice as an adequate method to solve penal controversies: subsidies for non-violent management*. 2017. 207 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Centro de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

This essay aims to assess the feasibility of restorative justice as a method to solve penal controversies. Initially, a chronology of different state reactions to social conflicts will be exposed, aiming to question the supposed inevitability of the current criminal system. Next, we will seek to break down the mistaken idea that imprisonment always enjoyed the status of favorite punitive modality. In this context, the legitimating functions of incarceration will also be refuted. Subsequently, we will discuss some theoretical frameworks that provide consistent criticism of the traditional penal system, such as “radical criminology”, “penal abolitionism” and “victimology”. Once demonstrated that the confiscation of the conflict and the deprivation of liberty penalty lack legitimation, the construction of a new model is understood as possible. In this way, a thorough and in-depth study will be done on restorative justice, which includes conflict resolution programs that have in common the central, direct and voluntary participation of offenders, offended parties and community members affected by a given crime. It will be explained that those involved should seek, through dialogue, to restore the relationship broken by the offence. Therefore, we will reflect on possible obstacles to this form of conflict management, commenting on the empirical and normative initiatives already verified in Brazil.

Keywords: Restorative Justice. Criminal Law. Restoration. Horizontal Justice.

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	10
1	O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL	13
1.1	Adjudicação compulsória do conflito	13
1.2	Por que o cárcere?	29
1.2.1	<u>A suposta função retributiva</u>	49
1.2.2	<u>A suposta função preventiva</u>	59
1.2.2.1	Prevenção especial	60
1.2.2.1.1	Prevenção especial negativa.....	61
1.2.2.2	Prevenção especial positiva	65
1.2.2.2	Prevenção geral	70
1.2.2.2.1	Prevenção geral negativa.....	70
1.2.2.2.2	Prevenção geral positiva	75
2	CRÍTICAS AO SISTEMA TRADICIONAL	79
2.1	Criminologia Radical e a deslegitimação do sistema tradicional	81
2.2	Abolicionismo penal e as contribuições do minimalista Nils Christie para o desenvolvimento de um modelo restaurativo	89
2.3	Do estado de desconhecimento ao protagonismo do ofendido: breves colaborações vitimológicas	100
3	JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PENAIS	107
3.1	Aportes conceituais	109
3.2	Comunicação compassiva como meio de consolidação de uma justiça dialogal	136
3.3	Vergonha reintegrativa: delineamentos sobre uma forma de censura eficaz	140
3.4	Encontrando um paradigma: uma teoria conceitual acerca da justiça restaurativa	145
3.5	Edificando um modelo restaurativo: bases para uma regulação responsiva	150
3.6	Abordagens restaurativas fundamentais	161
3.7	Advertências necessárias	169
3.8	Justiça restaurativa no Brasil: um longo caminho a ser percorrido na construção de um modelo marginal	175
	CONSIDERAÇÕES FINAIS	191
	REFERÊNCIAS	196

INTRODUÇÃO

É consenso que o sistema punitivo tradicional vivencia um momento de esgotamento. A “crise do sistema carcerário”¹ é manifesta e, não por acaso, tema rotineiro nos ambientes acadêmico, jornalístico e parlamentar. Cada vez mais, o modelo de justiça criminal vigente apresenta-se incapaz de atingir seus objetivos declarados, funcionando tão somente como uma engrenagem violenta que inflige dor e sofrimento. Os argumentos em favor da transitoriedade deste quadro tampouco se sustentam: a realidade operacional do poder punitivo demonstra que a seletividade, a destruição das relações horizontais e a reprodução da violência são características intrínsecas a todo sistema penal.

Desta feita, a incoerência das construções teóricas e discursivas que pretendem justificar o exercício do poder punitivo avulta a irracionalidade do sistema criminal. Por conseguinte, como percebe Eugenio Raúl Zaffaroni², a legitimidade³ do modelo vigente torna-se utópica e atemporal – não se realizará em lugar algum e em tempo algum.

Essa constatação deu origem ao questionamento que incitou a elaboração deste trabalho: é factível pensar-se em mecanismos de resolução de controvérsias penais a partir de um prisma não violento que afaste o monopólio estatal da gestão desses conflitos? De outro modo: a rejeição das ideias de inevitabilidade da pena privativa de liberdade e da inexistência de outras respostas possíveis além daquelas preconizadas pelo sistema de justiça criminal tradicional é crível?

¹ Sobre a utilização da palavra “crise” neste contexto, alerta Eugenio Raúl Zaffaroni: “A situação assinalada impede-nos de empregar a palavra ‘crise’ como ponto de inflexão do fenômeno de contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade operacional do sistema penal. Neste estudo, o sentido de ‘crise’ refere-se a uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal. De modo algum acreditamos que ‘crise’ possa indicar, aqui, um momento a partir do qual a realidade operativa de nossos sistemas penais comece a se aproximar da programação estabelecida pelo discurso jurídico-penal – o que seria absolutamente impossível por ser ‘utópico’ (no sentido negativo da expressão, como ‘não realizável’); ‘crise’ para nós, portanto, é o momento em que a falsidade do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. PP. 15-16).

² Ibid. P. 19.

³ No mesmo sentido, aduz Vera Regina Pereira de Andrade que a mencionada “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” (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 337).

Na tentativa de responder a essas indagações, serão perquiridas, no primeiro capítulo desta dissertação, as formas pelas quais foram conduzidas as controvérsias em sociedade ao longo do tempo. Almeja-se, com essa breve perspectiva histórica, rechaçar a tese preponderante no senso comum de que a adjudicação da gestão dos delitos pelo Estado teria surgido com o intuito de limitar a vingança privada e conferir maior racionalidade às punições. Em verdade, a gênese do poder punitivo diz respeito ao confisco compulsório do conflito para atender aos interesses dos governantes. A falácia do discurso hegemônico, portanto, resulta no esforço de legitimação de um poder seletivo e arbitrário que atua de forma aflitiva e despreza a vontade dos reais envolvidos na situação problemática.

Outrossim, será realizado, em sequência, um estudo sobre o cárcere. Pretende-se, com isso, desconstruir a equivocada ideia de que a prisão sempre tenha usufruído da qualidade de modalidade punitiva por excelência e demonstrar que os mecanismos de punição estão intrinsecamente relacionados às forças produtivas.

A parte final do primeiro capítulo englobará uma análise acerca das teorias legitimantes da pena privativa de liberdade. Tanto os aportes retributivistas quanto os prevencionistas operam a partir de uma fundamentação positiva do cárcere, com vistas à sua neutralização e naturalização. Aspira-se que, após a referida leitura, reste patente o fracasso de qualquer tentativa doutrinária de legitimação da prisão.

No segundo capítulo deste trabalho, discorrer-se-á sobre três matrizes teóricas que fornecem consistentes substratos críticos ao sistema criminal tradicional, quais sejam, a criminologia radical, o abolicionismo penal e a vitimologia. Tais correntes doutrinárias conseguem, com louvor, sobrepujar todos os aleives que envolvem a validação do modelo vigente. Em última análise, objetiva-se desconstruir o discurso que arroga a característica de inevitabilidade deste sistema. Essas teorias são fundamentais para que se compreenda o aparato penal em vigor como uma escolha, e não como um método apriorístico e inexorável.

Destarte, partindo-se do pressuposto de que não há qualquer impedimento à elaboração de uma nova forma de administração de conflitos, o terceiro capítulo compreenderá um ensaio sobre a justiça restaurativa. Trata-se de um paradigma que valoriza o diálogo e a construção coletiva da decisão em detrimento da punição vertical e da aplicação de procedimentos formais e inflexíveis. Intenta-se retirar o conflito da rígida moldura normativa e entregá-lo aos reais interessados, que,

empoderados, devem ser capazes de decidir, eles mesmos, as consequências dos atos em que se envolveram.

Para atingir tal desígnio, a linguagem a ser utilizada durante as práticas restaurativas faz-se essencial. Por essa razão, optou-se por realizar uma exposição acerca da denominada “comunicação não violenta”, instrumento primordial para se alcançar um diálogo compassivo. Outra questão vital para o sucesso da restauração é a produção da vergonha reintegrativa, a qual também será delineada no capítulo em questão. Acredita-se que esta ferramenta, ao inculcar no ofensor o reconhecimento de que agiu mal, mantendo com ele os laços de respeito e amor, seja capaz de reduzir os conflitos em sociedade.

Importante consignar, ainda, que os aportes teóricos alinhavados no segundo capítulo serão basilares para a construção de um modelo crítico de justiça restaurativa, evitando-se que esta se converta em mais uma espécie de manifestação de exercício do poder punitivo. A restauração deve ser encarada enquanto alternativa real à pena privativa de liberdade e ao sistema criminal, e não como mais uma modalidade apropriada e instrumentalizada pelo modelo vigente.

Derradeiramente, a discussão será direcionada ao cenário brasileiro. Nesta senda, serão abordadas as iniciativas normativas e os projetos-piloto já implementados no país para, ao final, analisar se as mencionadas ações cumprem ou não os propósitos restaurativos que pretendem instituir.

1. O SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL TRADICIONAL

1.1. Adjudicação compulsória do conflito

E, no entanto, que é que fabricais?
Ladrões, para ter o prazer de enforcá-los.

Thomas Morus

Inicia-se este trabalho com uma investigação sobre as formas pelas quais o Estado reagiu aos conflitos em sociedade ao longo do tempo. Não se pretende, com isso, sintetizar uma mera curiosidade científica ingênua ou legitimar e criar certezas sobre o direito vigente, mas questionar o pressuposto acrítico que funda o sistema criminal tradicional. Gérson Pereira dos Santos é preciso: “a compreensão histórica não é supérflua nem descartável; rejeitá-la importa num distanciamento cultural equívoco, ainda porque a ciência penal continua por ser um processo incompleto, um processo *in fieri*”⁴. Antes de iniciar a mencionada perspectiva histórica, porém, é imperioso tecer algumas ressalvas.

A história não caminha linearmente. Não se pode pensar em uma jornada dividida em etapas, como parte de um processo de evolução contínua. Alerta-se, inclusive, para a impropriedade do uso da palavra “evolução” neste contexto, por tratar-se de expressão travestida de um significado de aperfeiçoamento que nem sempre é real.

Ana Lucia Sabadell, ratificando o explicitado anteriormente, ensina que a ideia de “constante evolução rumo ao ‘melhor’ é um legado do Iluminismo jurídico que efetuou uma contraposição entre o direito ‘bárbaro e obscurantista’ da época medieval e o direito ‘racional e esclarecido’ que [teria] como fundamento o contrato social”⁵. Em verdade, como afirma Michel Vovelle, a história é uma “sucessão de

⁴ SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 16.

⁵ SABADELL, Ana Lucia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito (UNIMEP)*. Piracicaba, v. 2, n. 4, 2003. P. 5.

estruturas ou de modelos de comportamentos que, mais do que sucederem-se, na verdade se superpõem e se imbricam como telhas”⁶.

Especialmente no que concerne aos modelos de gestão de controvérsias sociais, as mudanças não ocorreram de forma unidirecional e sequencial do passado aos dias atuais. Em verdade, são verificadas rupturas e permanências: os discursos criminológicos que surgem em um determinado momento não restam completamente eliminados por aqueles que aparecem posteriormente, mas permanecem de forma latente. Nesse sentido, aduz Gabriel Ignacio Anitua que eles “persistem na atualidade, embora alguns deles tenham mudado suas formas de expressão – em parte, sim, pelas críticas recebidas dos outros discursos – sem mudar o fundamento que os sustentava”⁷.

Com propriedade, Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista ensinam⁸:

Mirando a história dos programas criminalizantes, sem partir de preconceitos evolucionistas, é possível observar que, ao longo de milênios, vem surgindo uma linha 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.

Nota-se, pois, uma alternância entre o modelo de solução entre as partes e o sistema de imposição de decisões punitivas. Como ensina o penalista argentino⁹, um exemplo de sociedade na qual o modelo de reação aos ilícitos penais se verticalizou representativamente foi a do Império Romano: estruturada em um poder punitivo forte e cruel, possuía como características a conquista e a colonização. O delito era encarado como manifestação de inimizade ao imperador, e o fundamento da punição residia, precisamente, na própria conservação do Império. Não obstante, segundo o mencionado autor, tal estrutura “se solidificou até imobilizar a sociedade, as classes tornam-se castas, o sistema perde flexibilidade para adaptar-se às novas

⁶ VOVELLE, Michel. *Ideologias e mentalidades*. Trad. de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991. P. 273.

⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 17.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 384.

⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 21.

circunstâncias, torna-se vulnerável aos novos inimigos”¹⁰ – com a chegada dos bárbaros e, com eles, do modelo horizontal de solução de conflitos, o poder punitivo desaparece quase por completo por alguns séculos¹¹, até ressurgir com vigor renovado e servir de base para o sistema penal atual, como se verá a seguir.

É preciso que se atente para a falácia metodológica presente na ideia de continuísmo dos fenômenos jurídicos, uma vez que, como leciona Sabadell, “nem delito nem pena, nem contratos nem registros, nem Constituição e direitos fundamentais nem os demais conceitos básicos do direito moderno encontram-se continuamente na história”¹².

Nota-se, portanto, que a história das respostas dadas às controvérsias sociais é a “história de avanços e retrocessos no confisco dos conflitos (do direito lesionado da vítima) e da utilização deste poder confiscatório [...] sempre em benefício do soberano ou do senhor”¹³. Assim, é inviável pensar em uma trajetória sequencial, como um mero esquema de sucessão de dados alinhados por uma suposta ideia de progresso.

Adverte-se, ainda, que tampouco é possível tratar os períodos históricos como blocos harmônicos e homogêneos. Dentro da mesma época, há contingências e mutações que não podem ser rechaçadas – vide, por exemplo, variações de região para região. Versando sobre a pena privativa de liberdade, Elías Neuman explica que “no mesmo país e tempo comumente coexistem os mais diversos

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 21.

¹¹ Não desapareceu completamente porque, no modelo germânico, cujas controvérsias eram solucionadas pelos chefes dos clãs por meio da reparação, havia um crime em que era aplicado o modelo punitivo: a traição. Não obstante, defendia-se a excepcionalidade para este delito em razão da coletividade de vítimas, fato que justificaria a pena pública. Curioso mencionar, ainda, a existência do asilo eclesiástico neste modelo germânico: a intangibilidade dos ofensores refugiados nos templos era essencial para a contenção de vinganças privadas e de solução mais racional entre os clãs. (Ibid. P. 21)

¹² SABADELL, Ana Lucia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito (UNIMEP)*. Piracicaba, v. 2, n.4, 2003. P. 4.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 385.

regimes penológicos, quer por variações legislativas, costumeiras ou por comodidade”¹⁴. Na mesma seara, leciona António Manuel Hespanha¹⁵:

[...] a missão da história do direito é antes a de problematizar o pressuposto implícito e acrítico das disciplinas dogmáticas, ou seja, o de que o direito dos nossos dias é o racional, o necessário, o definitivo. A história do direito realiza esta missão sublinhando que o direito existe sempre ‘em sociedade’ (situado, localizado) e que, seja qual for o modelo usado para descrever as suas relações com os contextos sociais (simbólicos, políticos, económicos, etc.), as soluções jurídicas são sempre contingentes em relação a um dado envolvimento (ou ambiente). São, neste sentido, sempre locais.

O último alerta consiste no que Marc Bloch denominou “obsessão embriogênica”¹⁶. No mesmo sentido, Salo de Carvalho salientou o equívoco presente no que chamou de “embriaguez pelo mito de origem”¹⁷. Explica o autor que “se torna um jogo de adivinha indemonstrável o exercício de descoberta da ‘verdadeira origem’”¹⁸ do que se pretende estudar. É demasiado arriscado afirmar, plenamente, a data precisa de surgimento de um determinado instituto. O demônio das origens, pois, é a areia movediça de muitos trabalhos acadêmicos: “a própria noção desse ponto inicial permanece singularmente fugaz”¹⁹, afirma Bloch.

Diante do exposto, resta patente concluir que os equívocos acima narrados possuem como função latente a legitimação do direito moderno, apresentando-o como neutro, imparcial e racional. Imperioso, nesta seara, trazer a lume os ensinamentos de Ana Lucia Sabadell²⁰:

O continuísmo e o evolucionismo constituem o troféu de legitimidade dado às escolhas do presente: não só o direito é apresentado como necessário para todas as sociedades e o operador do direito como pessoa que

¹⁴ No original: “*en un mismo país y tiempo suelen coexistir los más diversos regímenes penológicos, ya sea por diversificaciones de tipo legal, costumbre o comodidad*”. (NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. P. 17).

¹⁵ HESPANHA, António Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012. P. 13.

¹⁶ BLOCH, March. *Apologia da História ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. P. 56

¹⁷ CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 24.

¹⁸ Ibid. P. 25.

¹⁹ BLOCH, op. cit. P. 56

²⁰ SABADELL, Ana Lucia. Reflexões sobre a metodologia na história do direito. *Cadernos de Direito (UNIMEP)*. Piracicaba, v. 2, n. 4, 2003. P. 5.

desempenha a imprescindível função de ‘utilidade pública’, mas também se afirma que vivemos no melhor sistema jurídico que existiu na história da humanidade. [...]

Dessa forma, a historiografia jurídica tradicional contribui para a difusão de uma visão apologética do direito, compartilhada pela maioria dos operadores do direito e doutrinadores contemporâneos.

Realizadas tais advertências, utiliza-se no presente trabalho, como também o fizeram Michel Foucault²¹, Zaffaroni²² e Anitua²³, o século XIII europeu como marco temporal e local que orientará esta breve reflexão histórica sobre as formas de reação às controvérsias em sociedade, posto que foi justamente nessa época que se produziram importantes mudanças no cenário político da Europa, cujos reflexos nas instituições, em geral, e na política criminal, em particular, perduram até os dias atuais. O fim da separação entre o religioso e o político, até então representados pela Igreja e pelo Império, respectivamente, culminou no surgimento da ideia de Estado – e, com ela, de um poder central que tinha como principal instrumento de controle dos poderes locais o exercício do poder punitivo.

Não se pretende recair em reducionismos²⁴, mas é possível afirmar que, na Europa, até o século XIII, as controvérsias eram primordialmente vistas em um contexto interpessoal e resolvidas pelos titulares dos conflitos originários. “Não havia uma reação pública diante do dano, mas sim aquele que afirmava tê-lo sofrido devia indicar o suposto responsável como adversário”²⁵, ensina Anitua. O que hoje se entende por delito até então era vislumbrado como uma ofensa a um determinado indivíduo ou à comunidade.

Não é preciso muito esforço para concluir que o sistema fragmentário intrínseco ao feudalismo representava um empecilho à existência de um poder

²¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

²³ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15).

²⁴ Novamente, alerta-se para a necessidade de se compreender a história da gestão dos conflitos com base nas rupturas e permanências supraexplicitadas, e não em quadros estanques fundados em dicotomias como “antes” e “depois”, “bom” e “ruim”, ou “certo” e “errado”. Neste contexto, convém reiterar que, durante a vigência do Império Romano, foi verificada a verticalização do processo de resolução de controvérsias criminais. Assim, não se pretende, de forma alguma, afirmar que até então as contendas sempre foram resolvidas de forma horizontal, e que só a partir do século XIII teria sido instituída a reação estatal ao delito.

²⁵ ANITUA, op. cit. PP. 43-44.

punitivo central. Marco Aurélio Nunes da Silveira aduz que a organização social “feudal não deixava espaço para a aplicação de um sistema criminal estatal. De fato, a ‘lei do feudo’ [...], o equilibrado sistema de dependência social vigente e a racionalidade religiosa [...] é que promoviam a necessária coesão social”²⁶.

Nesse contexto, nota-se que não existia nenhum representante da sociedade ou de qualquer autoridade encarregado de ingressar com acusações contra os ofensores. “Tratava-se de uma reclamação feita por um indivíduo a outro, só havendo intervenção destes dois personagens: aquele que se defende e aquele que acusa”, argumenta Foucault²⁷. Não se cogitava, portanto, a interferência de uma terceira pessoa alheia ao conflito e hipoteticamente neutra para perquirir a “verdade” dos fatos. A gestão das desavenças, pois, era realizada comunitariamente.

Gabriel Anitua explica, a seu turno, que o modelo de solução de conflitos entre as partes costumava se restringir à expulsão do ofensor da comunidade e a uma compensação exigida pela vítima ou por sua família. Quando, porém, as controvérsias não eram passíveis de serem resolvidas dessa forma, seja por insuficiência de prova ou por qualquer outra razão, um dos métodos utilizados consistia em um combate judicial ou em uma luta entre os envolvidos. Não havia intervenção de qualquer autoridade no julgamento dos combates – o público era responsável por garantir o cumprimento das regras das batalhas, produto de consenso comunitário, e o resultado era interpretado como fruto do juízo de Deus. Utilizavam o modelo da ordália para averiguar a inocência do acusado, ou seja: aquele que estivesse de posse da razão seria beneficiado pela intercessão divina. Nesse sentido, Nilo Batista esclarece que “é na ordália, amplamente difundida no direito germânico, que a utopia imemorial de um deus que liberta os homens do flagelo de julgar se deixa entrever mais claramente”²⁸.

Michel Foucault ensina que, durante o Império Carolíngio, uma célebre espécie de ordália consistia em impor que o acusado caminhasse sobre ferro em

²⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Economia política da pena: desemprego e encarceramento no Brasil. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 293.

²⁷ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005. P. 56.

²⁸ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000. P. 47.

brasa. Se, após dois dias, ainda “tivesse cicatrizes, perdia o processo”²⁹. Em última análise, tratava-se sempre de batalhas, seja entre dois indivíduos, seja de um indivíduo contra o seu próprio corpo.

Importante ressaltar, ainda, que havia a possibilidade de realização de acordo, com a interrupção das hostilidades regulamentadas. Nas precisas palavras de Foucault, “o sistema que regulamenta os conflitos e litígios nas sociedades germânicas daquela época é, portanto, inteiramente governado pela luta e pela transação; é uma prova de força que pode terminar com a transação econômica”³⁰.

A preocupação primordial em relação às práticas criminais do período circundava a preservação da ordem, notadamente em razão das tensões sociais existentes entre os senhores feudais e seus servos. Versando sobre o tema, Silveira pondera que “os crimes patrimoniais, com efeito, tinham pouca ocorrência, e o direito criminal, condicionado por aquele ambiente, assumiu o papel de manter a ordem pública entre iguais em status e bens”³¹. Diante da ausência de um poder central, atestam Georg Rusche e Otto Kirchheimer que “a paz social era ameaçada por pequenas querelas entre vizinhos, na medida em que essas querelas envolviam automaticamente parentes e súditos”³².

Foucault³³ ensina que, no direito feudal, a regulação das contendas era feita a partir do “sistema da prova” (*épreuve*). Com ele, não se buscava o que hoje é considerada a “verdade”, “mas a força, o peso, a importância de quem dizia”. O filósofo francês explica, por exemplo, que em Borgonha, durante o século XI, aquele que fosse acusado de ter cometido um assassinato poderia estabelecer sua inocência reunindo doze testemunhas que com ele tivessem relações de parentesco capazes de garantir sua importância social. Não tinha qualquer influência, portanto, o fato de ter ou não praticado o homicídio para que fosse absolvido ou considerado culpado.

²⁹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005. P. 60.

³⁰ Ibid. P. 57.

³¹ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Economia política da pena: desemprego e encarceramento no Brasil. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 293.

³² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 3). P. 24.

³³ FOUCAULT, op. cit. P. 58.

Foi na transição do século XII para o século XIII que ocorreram importantes mudanças nas relações de poder entre os homens. Com o surgimento do conceito de Estado e, com ele, das modernas instituições e burocracias que integram, até os dias atuais, o aparato estatal, as questões vinculadas à ordem foram deslocadas da seara particular para a órbita pública³⁴. Nesse contexto, a prática punitiva foi um dos mecanismos adotados para controlar os poderes locais e fortalecer o poder unificado que surgia.

Rusche e Kirchheimer³⁵ elencam três “forças principais” que contribuíram para o processo de publicização do direito penal. A primeira pode ser definida como o crescimento da função disciplinar do senhor feudal em relação àqueles que a ele se encontravam subordinados economicamente. A segunda refere-se à “luta das autoridades centrais para fortalecer sua influência através da extensão de seus direitos judiciais”. Finalmente, destaca-se como fator essencial para a transformação nas relações de gestão dos conflitos sociais o interesse fiscal. O monopólio do poder punitivo nas mãos do Estado representou importante instrumento arrecadatório. Além dos rendimentos advindos com a utilização da máquina pública, as modalidades punitivas do confisco e da fiança importavam vultosa fonte de recursos. Nesse sentido, Michel Foucault explica que “o verdadeiro processo que levou do direito germânico da reparação dos litígios ao direito do século XVII [...] foi o problema da arrecadação fiscal ao longo de todo o procedimento legal que levou a algumas transformações”³⁶, as quais serão analisadas a seguir.

A centralização da dinâmica penal nas mãos do Estado tinha suas bases legitimadoras no método da inquisição e no discurso supostamente neutro da busca pela “verdade”, que não poderia mais estar sujeita ao acaso, às lutas físicas ou ao juízo de Deus. Para obtê-la, passou-se a necessitar de uma investigação, cuja decisão final era determinada por um terceiro em posição de superioridade em relação às partes em litígio. É precisamente nesse contexto que surge o que

³⁴ É cediço que a verticalização europeia começara por volta do ano 1000, com a hegemonia de leis que regulavam detalhadamente as relações familiares e sexuais em detrimento daquelas que regulavam a propriedade. O soberano era o *pater*, que comandava crianças, mulheres, servos, escravos e idosos.

³⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 3). P. 25.

³⁶ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 83.

Foucault denominou “instituições de sequestro”³⁷: prisões, manicômios, asilos, hospitais, escolas e polícia, para citar apenas algumas.

A denominada “racionalização”³⁸ da gestão dos conflitos sociais afastou a vítima dos mecanismos de resolução de controvérsias: o delito passou a ser visto como uma manifestação de inimizade ao soberano, abandonando-se a noção de dano ao particular. O sistema punitivo, longe de resolver o conflito, reforçou a autoridade estatal ao fundamentar a decisão vertical de poder. Nessa seara, em detrimento da reparação, passou-se a almejar a neutralização do ofensor por meio da pena³⁹. Em verdade, o que se buscava era a imposição da disciplina e da obediência às leis do soberano pela ameaça de sanção. Vera Malaguti Batista ensina que esse sistema de confisco configura um “desenho de poder punitivo estabelecido através de uma relação entre as noções de delito e castigo que instaurará os conceitos de infração e pena pública”⁴⁰.

Se, durante o período feudal, a força física era importante para a resolução das desavenças, agora o direito estatal imposto fundava-se em técnicas administrativas e processuais pretensamente universais e imparciais. Surgiram, com isso, os “intelectuais do Direito” nas universidades. Gabriel Anitua exemplifica que,

³⁷ Zaffaroni ensina que cada instituição deu origem ao seu próprio saber ao amparo de seu micropoder. Assim, foram desenvolvidas, por conseguinte, a criminologia, a psiquiatria, a clínica, a pedagogia e diversos outros ramos epistemológicos. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 62).

³⁸ Um dos intuitos da designação, pela historiografia tradicional, do termo “racionalização” para este processo foi tentar demonstrar que, com ele, houve a substituição de formas violentas, primárias e “medievais” por outras, jurídicas e neutras, com vistas à resolução de conflitos penais. No entanto, como se tentará demonstrar adiante, ousa-se discordar e defender a tese de que, em verdade, a centralização do poder punitivo acarretou o aumento da violência, e não a sua diminuição. Tal aspecto será analisado em minúcias ao longo do presente trabalho.

³⁹ Ideia semelhante foi desenvolvida por Rousseau: o infrator, por ser inimigo da sociedade, deveria ser exilado ou morto. Transcreve-se o pensamento do filósofo: “De resto, todo malfeitor, ao atacar o direito social, torna-se, por seus delitos, rebelde e traidor da pátria; cessa de ser um de seus membros ao violar suas leis, e chega mesmo a declarar-lhe guerra. A conservação do Estado passa a ser então incompatível com a sua; faz-se preciso que um dos dois pereça, e quando se condena à morte o culpado, se o faz menos na qualidade de cidadão que de inimigo. Os processos e a sentença constituem as provas da declaração de que o criminoso rompeu o tratado social, e, por conseguinte, deixou de ser considerado membro do Estado. Ora, como ele se reconheceu como tal, ao menos pela residência, deve ser segregado pelo exílio, como infrator do pacto, ou pela morte, como inimigo público, pois um inimigo dessa espécie não é uma pessoa moral; é um homem, e manda o direito da guerra matar o vencido”. (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. de Rolando Roque da Silva. Ridendo Castigat Mores, 2005. P. 49).

⁴⁰ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 31.

na França, “a partir do século XII, os juristas reais foram formados pelos mestres universitários, os quais, ao propor um Estado urbano e centralizado, reconheceram o rei como superior às leis, bem como o seu domínio sobre a justiça”⁴¹. O papel do saber jurídico, portanto, foi fundamental para afirmar o poder central⁴².

Nascia, assim, uma nova modalidade de saber fundada na figura do inquérito. “O sistema inquisitivo surgiu após o acusatório privado, com sustento na afirmativa de que não se poderia deixar que a defesa social dependesse da boa vontade dos particulares”, aduz Paulo Rangel⁴³. Tratava-se, pois, de uma decorrência direta da reivindicação estatal do poder de investigar e reprimir delitos. Não havia distinção entre as figuras do acusador, defensor e julgador. Por conseguinte, no Estado-juiz concentravam-se as funções de denunciar e decidir.

Nessa conjuntura, foi criada a figura do procurador do rei: com a ocorrência de um crime, ele se apresentaria na qualidade de representante do monarca que sofrera a ofensa. A vítima direta, definitivamente, restou afastada de qualquer posição relevante para resolver suas próprias contendas, cabendo ao procurador não apenas averiguar o ocorrido, como também estabelecer uma eventual punição ao investigado. O acusado, a seu turno, foi igualmente excluído da condição de sujeito no processo para tornar-se um objeto sobre o qual recaía a intervenção estatal. Não por acaso, a palavra “réu” vem do latim *res*, que significa “coisa”. Trata-se, portanto, da completa expropriação do conflito, que resultou no desempoderamento, tanto da vítima quanto do ofensor.

Não se pode olvidar, ainda, a importância do papel exercido pela Igreja nesse percurso de centralização do poder punitivo. Fundiam-se as noções de pena e pecado: “a sanção penal não tinha apenas como pressuposto a culpabilidade, mas a lesão de um dever de consciência, de um pecado”⁴⁴, como afirma Gérson Pereira

⁴¹ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 41.

⁴² Anitua assevera que “certamente, o confisco de conflitos seguia a par e passo o confisco de saberes. É válido supor que os estudantes que se dirigiam às universidades já traziam concepções políticas prévias” (Ibid. P. 47).

⁴³ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013. P. 47.

⁴⁴ SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. P. 20.

dos Santos. A Igreja atuava, destarte, como parte integrante do aparato estatal criado para impor a disciplina e o respeito à hierarquia.

Para obter a confissão, o direito canônico valia-se do interrogatório. Foi instituído o procedimento da Inquisição para investigar as heresias, práticas que ameaçavam o poder vertical da Igreja. O inquisidor e o confessor eram as expressões concretas da exigência de obediência filial e das prerrogativas do *pater*. Com maestria, aduz Nilo Batista⁴⁵:

‘Pai’ e ‘senhor’ de seus jurisdicionados, o direito penal e penitencial canônico construirá um novo sujeito culpável, que deve internalizar sua culpa e confessá-la com sua própria boca. Conaturada ao escravismo, a pena correcional de açoites – acompanhada por tormentos físicos e privações materiais – existiu na antiguidade, integrando o poder ‘despótico’ (como Aristóteles a ele se refere na Política) do senhor grego ou nos flagelos do direito romano; mas agora este novo sujeito culpável surpreendentemente se auto-flagelará, impor-se-á cilícios ou jejuará por dias ou semanas; ele deve ser o primeiro a proclamar sua culpa, e na imitação penal da paixão de Cristo reinventar uma sanção medicinal que, para usar as palavras de uma decretal, impedirá que ele seja levado ao fogo do inferno.

Zaffaroni⁴⁶ leciona que a Inquisição, para legitimar o exercício brutal de seu poder, iniciou a perseguição aos albigenses e cátaros e, posteriormente, aos templários. Com o massacre desses grupos, o Papa necessitava de um adversário ainda mais poderoso para legitimar suas atividades sanguinárias: encontrou-o no Satã, palavra que em hebraico significa precisamente “inimigo”.

Assim, foi desenvolvida a teoria do pacto satânico, de acordo com a qual alguns grupos humanos eram cúmplices do demônio. Inicialmente, esses grupos eram formados pelas mulheres, seres humanos tidos como inferiores. A partir da articulação do saber médico com o saber jurídico, justificava-se a perseguição e a combustão das bruxas em toda a Europa.

Nesse tocante, não há como não fazer menção ao *Malleus Maleficarum*, considerado o primeiro livro a versar sobre etiologia criminal. Escrito em 1484, o comumente chamado “Martelo das Feiticeiras”, ou “Martelo das Bruxas”, representou

⁴⁵ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000. P. 164.

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 27.

uma “verdadeira diretriz doutrinária de aplicação do *Corpus Iuris Canonici*”⁴⁷ e legitimou a atribuição de plenos poderes aos inquisidores. Os dominicanos Heinrich Kramer e Jakob Sprenger uniram, em uma única obra, a criminologia, o direito penal e o processo penal, ao tratarem, respectivamente, sobre a origem, as manifestações e as formas de investigação do mal. “Tudo isso sob uma orientação político-criminal destinada a reforçar o poder burocrático e centralizado e a reprimir a dissidência”⁴⁸.

Para justificar a eliminação de grande parte das mulheres, consideradas instrumentos do demônio, partia-se do pressuposto de que o pecado de Satã era imperdoável. De acordo com o manual, a classe de mulheres mais vulnerável à bruxaria – e que, portanto, realizara a cópula carnal com o diabo – era composta por aquelas que se entregavam a três vícios: infidelidade, ambição e luxúria⁴⁹.

Assim, erigia-se o poder punitivo ilimitado contra as fabricações de emergências forjadas pelas autoridades: primeiro as mulheres; depois os mestiços, os hereges, os povos colonizados, os doentes, os incapazes e os degenerados, apenas para citar alguns. O “outro” era visto como inferior e como inimigo. A partir da criação de estereótipos, eliminavam-se os indesejáveis e fortalecia-se o poder central.

Para concretizar o exercício desse poder punitivo, foi instituído o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição⁵⁰. Criado precisamente na época da “organização do papado como uma monarquia”⁵¹ com o fim de investigar e punir crimes contra a religião, exurgiu como modelo revelador da torpeza eclesiástica. Narra João Capistrano Honório de Abreu que era praxe comum deixar o réu apodrecer nas

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. P. 11.

⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 57.

⁴⁹ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jacobus. *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*. Trad. de Floreal Maza. Buenos Aires: Ediciones Orión, 1956. P. 84.

⁵⁰ Salo de Carvalho ensina que foi em 1184, durante o Concílio de Verona, que se iniciaram os discursos de fundamentação dos futuros Tribunais do Santo Ofício. Naquela ocasião, o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaroxa ordenaram aos bispos que visitassem, uma ou duas vezes por ano, as paróquias de sua diocese para investigar suspeitas de malefícios ou conspirações e punissem os culpados. Tais deliberações foram ratificadas no Concílio de Latrão de 1215, o qual estabeleceu “a obrigatoriedade da confissão privada, o caráter supérfluo da acusação formal e a supervalorização das suspeitas e dos indícios”. No ano de 1231, por fim, teria sido instituído, sob a recém-criada Ordem dos Dominicanos, o Tribunal da Inquisição. (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. P. 11. PP. 9-10).

⁵¹ ANITUA, op. cit. P. 45.

masmorras, durante anos, sem qualquer interrogatório ou julgamento. Dentre as práticas de tortura, João Lúcio de Azevedo⁵² destaca o “potro, espécie de cama de ripas onde, ligado o paciente com diferentes voltas de corda nas pernas e nos braços, se apertavam aquelas com um arrocho, cortando-lhe as carnes”, e a “polé, moitão seguro no teto, onde era suspensa a vítima, com pesos aos pés, deixando-a cair em brusco arranco sem tocar no chão”. Estava nas atribuições episcopais combater as heresias, velar pela pureza da fé e castigar os pecadores. “A quem caía na sua alçada, a Inquisição podia infligir todos os castigos, até a prisão perpétua. Se esta parecia insuficiente, o criminoso ia entregue ao braço secular, que se encarregava no resto: o resto era a fogueira”, aduz Capistrano⁵³.

Importante notar que foi exatamente essa verticalização de poder que serviu de cenário ao florescimento das violentas práticas europeias de colonização. Capistrano de Abreu⁵⁴ ensina que Dom Manuel I, rei de Portugal quando da chegada de Pedro Álvares Cabral ao Brasil, não obteve êxito em introduzir a Inquisição em seus domínios. Tal ventura coube a Dom João III, seu filho e sucessor, o qual, em 1531, obteve do Papa Clemente VII a nomeação, por meio da Bula *Cum ad nihil magis*, de Diogo da Silva como inquisidor-geral do reino de Portugal. No documento conhecido como “Monitório do Inquisidor Geral”, formulado em 1536 com o “duplo fim de facilitar o exame de consciência dos confitentes e de indicar o caminho aos espíões e delatores”⁵⁵, mandava-se, a título exemplificativo, investigar “se os pais deitam a benção aos filhos, pondo-lhes as mãos sobre a cabeça, abaixando-lhe pelo rosto abaixo sem fazer o sinal da cruz, à forma, e modo judaico”⁵⁶. O primeiro caso de que se tem registro dessa programação criminalizante envolveu Pero do Campo Tourinho, donatário da Capitania de Porto Seguro, denunciado, em 1543, “por se dizer papa e rei e fazer trabalhar aos domingos”⁵⁷.

⁵² AZEVEDO, João Lúcio de. *História dos cristãos novos portugueses*. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1921. P. 140.

⁵³ ABREU, João Capistrano Honório de. *Um visitador do Santo Ofício à cidade de Salvador e ao recôncavo da Bahia de todos os Santos (1591-1592)*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1922. P. 5.

⁵⁴ Ibid. P. 1.

⁵⁵ Ibid. P. 17.

⁵⁶ CASTILHO, Luís da Câmara. *Superstição no Brasil*. Rio Grande do Norte: Global Editora, 1984. P. 68.

⁵⁷ ABREU, op. cit. P. 1.

Em 1586, o Papa Sisto V constituiu o arquiduque Alberto de Áustria inquisidor-geral dos reinos e senhorios portugueses. Cinco anos mais tarde, o novo inquisidor ordenou a primeira visita do Santo Ofício ao Brasil⁵⁸. Heitor Furtado de Mendonça, designado para a tarefa, chegou à Bahia em 9 de junho de 1591. Dessa forma, “embora não tenha o Brasil colonial [...] sediado um tribunal da inquisição, os tentáculos do santo ofício manobraram intensamente por aqui”⁵⁹.

Assim restou configurado o processo que Raúl Zaffaroni⁶⁰ chamou de “atualização histórica incorporativa”⁶¹, que resultou na conformação de um “controle social punitivo transculturado, funcional para os objetivos colonialistas e neocolonialistas”⁶². Não há como considerar mais certa a perspectiva adotada pelo mestre argentino de repensar o Brasil Colônia como uma “gigantesca instituição de sequestro” – em última análise, o processo de colonização representou um exercício de poder que impôs aos institucionalizados o sistema produtivo, os valores, a língua e a religião da metrópole, privando-os da autodeterminação e justificando “como empresa piedosa qualquer violência genocida, com o argumento de que, ao final, redundará em benefício das próprias vítimas”⁶³.

Em vias de conclusão desse raciocínio, não se pode deixar de atentar para a existência do poder punitivo privado no Brasil Colônia. Nilo Batista ensina⁶⁴:

⁵⁸ Sucederam-se a ela novas visitas do Tribunal, as quais exigiam apenas três pessoas: o visitador, a quem cabia prender e sentenciar os culpados, bem como o notário e o meirinho. Leciona Capistrano de Abreu que apenas em 31 de março de 1821 foi expedido Decreto, pelas Cortes Constituintes de Portugal, abolindo em todo o reino e em seus domínios o Tribunal do Santo Ofício da Inquisição (ABREU, João Capistrano Honório de. *Um visitador do Santo Ofício à cidade de Salvador e ao recôncavo da Bahia de todos os Santos (1591-1592)*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1922. P. 15).

⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 420.

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 118.

⁶¹ Para maiores informações sobre o tema, convém consultar RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁶² ZAFFARONI, op. cit., 2001. P. 119.

⁶³ Ibid. P. 75.

⁶⁴ BATISTA, Nilo. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000. PP. 25-26.

A pena pública é precocemente inventada na península ibérica, bem como a articulação do poder penal laico com princípios penais religiosos; não obstante, é perceptível uma continuidade público-privada (que estará presente no controle penal da escravidão, no Brasil do século XIX), bem como uma diferenciação penal (penas diferentes para atores sociais de classe diferente), que se exprime seja na exacerbação penal de autor, seja na desvalia vitimária, também fortemente arraigadas em nossa história nacional.

Por tudo o que foi exposto, rechaça-se, desde logo, a tese prevalecente no senso comum, que defende que a adjudicação da gestão dos conflitos pelo Estado surgiu como pretexto para limitar a vingança privada e conferir maior racionalidade às punições⁶⁵. Tal discurso está impregnado de uma retórica idealista que busca ocultar a “imoralidade intrínseca do modelo punitivo que coisifica as partes do conflito ao rebaixá-las a sinais”⁶⁶. Pretende-se, com isso, legitimar o exercício de um poder seletivo e arbitrário inerente às agências do sistema penal, que atuam desprezando a vontade das vítimas e que intervêm apenas nos casos que, por algum motivo, lhe são caros.

É falaciosa, portanto, a ideia de que o poder punitivo surgiu como um “talião limitativo”⁶⁷. Sua gênese diz respeito, na verdade, ao confisco do conflito para atender aos interesses do soberano ou do Estado, reduzindo as partes envolvidas a meros objetos de intervenção estatal, que não possuem qualquer interferência na decisão punitiva da controvérsia.

Não se almeja, resta importante enfatizar, desqualificar de antemão as conquistas advindas com o sistema processual penal acusatório e com as garantias constitucionais conferidas aos réus e aos investigados. Tampouco constitui objetivo desta breve análise histórica exaltar acriticamente o modelo horizontal de resolução de conflitos criminais e apresentá-lo como solução unívoca para os problemas atuais. Em verdade, busca-se questionar a construção discursiva que versa sobre a inevitabilidade do sistema vigente. Nas palavras de Daniel Silva Achutti, o processo

⁶⁵ Sobre a inadequação da crítica à suposta irracionalidade punitiva anterior, Rusche e Kirchheimer são certos: “A punição brutal não pode ser simplesmente atribuída à crueldade primitiva de uma época, agora abolida. A crueldade mesma é um fenômeno social que apenas pode ser entendido nos termos das relações sociais dominantes num determinado período. (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 42)

⁶⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 385.

⁶⁷ Ibid. P. 384.

penal “é fruto de um processo histórico e, portanto, pode ser considerado como uma escolha. [...] Nada impede, portanto, a busca por outros sistemas de administração de conflitos”⁶⁸.

A justiça restaurativa apresenta-se precisamente como uma nova forma de gestão de situações problemáticas. Trata-se de um caminho menos violento do que o sistema criminal tradicional, como se pretende demonstrar no terceiro capítulo deste trabalho.

No início dessa exposição, alertou-se para as permanências históricas. Comparando o discurso dos demonólogos com aquele que funda o sistema criminal atual, Zaffaroni é preciso⁶⁹:

Pois bem: o que permanece do discurso inquisitorial ou demonológico não é o conteúdo, e sim justamente o programa, a estrutura. Ao longo dos séculos, o mesmo programa foi esvaziado e voltou a ser alimentado com outras informações, com dados de novas emergências, críveis segundo as pautas culturais de cada momento: deixou-se de acreditar em Satã e suas meninas, mas passou-se a acreditar em outras coisas, que, hoje, tampouco são críveis [...].

É evidente que o poder punitivo não se dedica a eliminar o perigo de emergência, e sim a verticalizar mais ainda o poder social; a emergência é apenas o elemento discursivo legitimador de sua falta de contenção.

Destarte, trata-se de um instrumento discursivo que possibilita que o poder punitivo seja utilizado por seus detentores contra indivíduos, classes ou grupos considerados “incômodos”. Assim, a partir dessa constatação, verifica-se a constituição “de uma apreensão psicopatológica ou psiquiátrica do criminoso”⁷⁰, que seria alguém incapaz de adaptação social e estranho às normas e valores da convivência em sociedade.

Em decorrência disso, impõe-se uma reflexão crítica quanto aos perigos provenientes dessa prerrogativa. É fundamental encontrar mecanismos que, a exemplo da justiça restaurativa, reformulem o tratamento aos ilícitos penais – como constata Simão Bacamarte⁷¹, é necessário que a sociedade perceba a sua

⁶⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 52.

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013. P. 32.

⁷⁰ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 34.

⁷¹ Médico protagonista do célebre livro “O Alienista”, de Machado de Assis.

alucinação autoritária antes que não haja mais ninguém a ser levado, na esteira do que ilustrou Bertolt Brecht no poema “Intertexto”⁷².

1.2. Por que o cárcere⁷³?

Um mundo sem cadeias seria
um mundo maravilhoso.

Vera Malaguti Batista

O sistema de justiça criminal que restou consolidado a partir do século XIII utilizou-se da pena pública⁷⁴ para erigir e solidificar o poder punitivo centralizado.

⁷² Escreveu o autor no citado poema: “Primeiro levaram os negros/Mas não me importei com isso/Eu não era negro/Em seguida levaram alguns operários/Mas não me importei com isso/Eu também não era operário/Depois prenderam os miseráveis/Mas não me importei com isso/Porque eu não sou miserável/Depois agarraram uns desempregados/Mas como tenho meu emprego/Também não me importei/ Agora estão me levando/Mas já é tarde/Como eu não me importei com ninguém/Ninguém se importa comigo”.

⁷³ Apropriou-se, aqui, do questionamento formulado por Dario Melossi e Massimo Pavarini na introdução do livro “Cárcere e Fábrica”, como transcrito: “Por que motivo, em todas as sociedades industrialmente desenvolvidas, essa instituição cumpre, de modo predominante, a função punitiva, a ponto de cárcere e pena serem considerados comumente quase sinônimos? [...] Em resumo, era justo perguntar por que e de acordo com que critérios políticos, racionais, econômicos (aqueles que são usados – ou que se espera sejam usados – para qualquer outro problema social) o indivíduo que comete um crime deve cumprir a pena no cárcere”. (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). PP. 19-20)

⁷⁴ Sobre a pena, Maria Lúcia Karam aduz ser “o instrumento essencial e característico da lei penal, que lhe dá seu caráter diferencial, delimitador do âmbito do Direito Penal”. (KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991. PP. 172-173). Cezar Roberto Bitencourt destaca “a utilização que o Estado faz do Direito Penal, isto é, da pena, para facilitar e regulamentar a convivência dos homens em sociedade. Apesar de existirem outras formas de controle social [...], o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica. Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. PP. 113-114). Salo de Carvalho alerta para o fato de “a sanção jurídico-penal ser sempre, independente da espécie de pena aplicada, um ato de violência” (CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008. P. 16). Adota-se, neste trabalho, a perspectiva adotada por Zaffaroni, *in verbis*: “Como o conceito de ‘pena’ é recortado artificialmente por diferentes teorias que tentam legitimá-la, torna-se necessário reconstruí-lo desde sua deslegitimação [...]. O conceito de pena não pode ser proporcionado por nenhum discurso legitimante e tampouco pode ficar em mãos do legislador. Não pode haver um saber que aspire à dignidade acadêmica e cujo âmbito dependa de um puro ato de poder político. Ao poder político compete até certo ponto decidir quais condutas devem ou não ser submetidas à pena, pois isso integra seu exercício no marco do fato de poder do sistema penal. A agência política, no entanto, não pode superar todo limite de irracionalidade e inventar a ‘pena’ e a ‘não-pena’ [...]. Logo, toda sanção jurídica ou imposição de dor a título de decisão de autoridade, que não se encaixe nos modelos abstratos de solução de conflitos dos outros ramos do direito, é pena”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl.

Nesse diapasão, é imprescindível que se compreenda a pena, à luz do pensamento de Rusche e Kirchheimer, como um fenômeno jurídico e social independente, e não “como uma simples consequência do delito, nem o reverso dele, nem tampouco um mero meio determinado pelo fim a ser atingido”⁷⁵.

A partir dessa premissa, torna-se forçoso constatar que “a pena como tal não existe; existem somente sistemas de punição concretos e práticas penais específicas”⁷⁶. No mesmo sentido, Foucault⁷⁷ sustenta que é preciso “abandonar em primeiro lugar a ilusão de que a penalidade é antes de tudo (se não exclusivamente) uma maneira de reprimir os delitos”. Estudar os mecanismos de punição enquanto fenômenos sociais, despindo-os de suas armaduras teórico-jurídicas, é o que se pretende neste trabalho. Nessa ótica, concluem Rusche e Kirchheimer que⁷⁸

a simples constatação de que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico é uma obviedade. É evidente que a escravidão como forma de punição é impossível sem uma economia escravista, que a prisão com trabalho forçado é impossível sem a manufatura ou a indústria, que fianças para todas as classes da sociedade são impossíveis sem uma economia monetária. De outro lado, o desaparecimento de um dado de produção faz com que a pena correspondente fique inaplicável.

Sendo certo, portanto, que os mecanismos de punição possuem inerente relação com as forças produtivas, faz-se importante desconstruir a equivocada ideia de que o cárcere sempre tenha gozado do *status* de modalidade punitiva por excelência⁷⁹. Em verdade, trata-se de método punitivo central do projeto criminal do

Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 203).

⁷⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social.* Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 19.

⁷⁶ Ibid. P. 19.

⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão.* Trad. de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. P. 28.

⁷⁸ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit. P. 20.

⁷⁹ “Apesar das aparências, a prisão não é um castigo velhíssimo cujo sucesso nunca teria deixado de crescer ao longo dos séculos. Isso porque, até o fim do século XVIII, ela nunca foi realmente um castigo dentro do sistema penal”. (FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva.* Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 59). No mesmo sentido, Vera Malaguti Batista, em entrevista para o documentário “Livres”, ensina: “Os povos originários que habitaram o Brasil não tinham um sistema penal, não tinham polícia, não tinham cadeias e resolviam seus problemas da mesma forma, assim como os povos que vieram da África para o Brasil. A gente pensa que a cadeia e a justiça penal fazem parte da nossa natureza, que no oitavo dia de criação o ‘Senhor’ fez o crime, a prisão, o criminoso. Tudo isso são construções políticas, econômicas e sociais.” (Disponível em

mundo capitalista ocidental: a origem da instituição carcerária moderna está imbricada ao surgimento deste modo de produção⁸⁰, como se verá a seguir.

Foucault⁸¹ aduz ser possível discernir, no curso das modalidades de resposta às transgressões, quatro grandes formas do que denominou “táticas punitivas”: (i) a exclusão, entendida em sentido estrito, significa vedar ao indivíduo todas as regras de hospitalidade, de forma a romper os elos com o convívio social; (ii) a indenização, a seu turno, impõe àquele que é considerado infrator uma série de obrigações com vistas à reparação do dano; (iii) a marcação tem a função simbólica de designar o culpado, deixando um vestígio em seu corpo e expondo a todos que foi punido; (iv) a reclusão, por fim, consiste na técnica punitiva que prevalece no sistema punitivo ocidental atual.

Mantendo-se como referência o marco temporal e geográfico fixado no capítulo anterior, qual seja, o século XIII europeu, é possível extrair dos ensinamentos de Rusche e Kirchheimer que o início do monopólio do poder punitivo pelo Estado caracterizou-se pela utilização do “regime duplo de punição corporal e

<<http://www.anovademocracia.com.br/no-152/5969-um-mundo-sem-cadeias-seria-maravilhoso>>. Acesso em 04.jul.2016).

⁸⁰ Alertam Melossi e Pavarini que “a realidade feudal não ignora propriamente o cárcere como instituição, mas sim a pena do internamento como privação da liberdade. Pode-se dizer que a sociedade feudal conhecia o cárcere preventivo e o cárcere por dívidas, mas não se pode afirmar que a simples privação da liberdade, prolongada por um determinado período de tempo e não acompanhada por nenhum outro sofrimento, fosse conhecida e portanto prevista como pena autônoma e ordinária” (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 21). Assim, o “cárcere preventivo” possuía caráter essencialmente processual: as prisões eram apenas o lugar de detenção e guarda, uma espécie de antessala de suplícios enquanto aguardava-se o julgamento. A seu turno, o “cárcere por dívidas” consistia em uma “*penalidad civil lindante con el tormento, que se hacía efectiva hasta que el deudor oblase por sí o por outro la deuda*”. (NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. P. 22). No entanto, havia uma hipótese em que se fazia presente o caráter penitenciário do cárcere durante o período feudal: o direito penal canônico. Bitencourt ensina: “A prisão eclesiástica, por sua vez, destinava-se aos clérigos rebeldes e correspondia às ideias de caridade, redenção e fraternidade da Igreja, dando ao internamento um sentido de penitência e meditação. Recolhiam-se os infratores em uma ala dos mosteiros para que, por meio da penitência e da oração, se arrependessem do mal causado e obtivessem a correção ou a emenda. A principal pena do direito canônico denominava-se *detrusio in monasterium* e consistia na reclusão em um mosteiro de sacerdotes e religiosos infratores das normas eclesiásticas; para castigar os hereges, a prisão se denominava *murus largus*”. (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 33)

⁸¹ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 7.

fianças”⁸², já que a imposição da pena pecuniária para todas as classes restava economicamente inviável⁸³.

Assim, a amputação de braços, pernas, olhos, mãos e línguas, a mutilação, a fogueira e a pena de morte, em suas diversas modalidades de execução, constituíam a “*distracción favorita de heterogéneas multitudes afectas a los espectáculos de horror*”⁸⁴ durante grande parte da Idade Média.

Nessa toada, Melossi e Pavarini lecionam que, durante o período socioeconômico feudal, o equivalente do dano produzido com a prática do delito encontrava sua correspondência na privação de bens considerados valiosos, como a vida, o dinheiro, a integridade física e o *status*. Aplicava-se a pena para impedir que mais pessoas delinquissem, de modo a “evitar uma calamidade futura capaz de colocar em perigo a organização social”⁸⁵. Era precisamente em razão desse perigo de “contágio” que o castigo se concretizava a partir de um cruel espetáculo⁸⁶ com vistas a inibir a reprodução das transgressões. A premissa de que o teatro punitivo afastaria o homem do delito regia o aparato criminal da época.

É importante constatar que não havia escassez de mão de obra quando da centralização do poder punitivo nas mãos do soberano. Verificava-se, ao contrário, um excedente demográfico: “a luta renhida pela sobrevivência moldou o sistema penal de tal forma que este se constituiu num dos meios de prevenção de grandes

⁸² RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 31.

⁸³ Transcreve-se a explicação dos mencionados autores, os quais afirmam, ainda, que processo semelhante foi verificado em todos os países europeus: “Apesar de afetar primeiramente apenas o grau da fiança, essa diferenciação de classe ao mesmo tempo constituía-se no principal fator na evolução do sistema de punição corporal. A incapacidade dos malfeitores das classes subalternas de pagar fianças em moeda levou à substituição por castigos corporais” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 25).

⁸⁴ NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. P. 29.

⁸⁵ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 23.

⁸⁶ Exemplificando o suplício punitivo, tem-se a notória execução de Robert-François Damiens, conforme descrito por Foucault (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramalhe. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.) e por Pieter Spierenburg (SPIERENBURG, Pieter. *The Body and the State*. In *Oxford History of the prison: The practice of punishment in western society*. Oxford: Oxford University Press, 1998. PP. 41-70).

crescimentos populacionais”⁸⁷. Utilizando-se da analogia descrita por Rusche e Kirchheimer, o sistema funcionava como um terremoto artificial, destruindo aqueles que as classes dominantes considerassem inadequados⁸⁸ por meio da imposição de penas como exílio, mutilação e execução.

Como alerta Cezar Roberto Bitencourt, quem quer que se proponha a “aprofundar-se na história da pena de prisão corre o risco de equivocar-se a cada passo. As contradições que se apresentam são dificilmente evitadas, uma vez que o campo encontra-se cheio de espinhos”⁸⁹. Igual alerta foi feito anteriormente por Elías Neuman⁹⁰. Assim, não há como se olvidar da relevância do fenômeno denominado por Karl Marx de “acumulação primitiva de capital”⁹¹ – cujo início pode ser verificado em alguns locais já no século XIV – no contexto do surgimento do cárcere enquanto modalidade de punição⁹².

⁸⁷ RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit. P. 49.

⁸⁸ Cf. RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

⁸⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 27.

⁹⁰ “Al proporneme desandar esta historia, advierto que el campo se encuentra sembrado de espinhas, huérfano totalmente de facilidade. Las contradicciones que se presentan a cada paso son dificilmente soslayables al punto de que la imagen de quien las persigue corre el riesgo de distorsionarse a cada passo”. (NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. P. 17). Faz-se remissão, ainda, às ressalvas metodológicas descritas às páginas iniciais deste trabalho.

⁹¹ Trata-se do ponto de partida do modo de produção capitalista, e não seu resultado. Nas palavras do autor: “Essa acumulação primitiva desempenha na economia política aproximadamente o mesmo papel do pecado original na teologia. [...] Numa época muito remota, havia, por um lado, uma elite laboriosa, inteligente e sobretudo parcimoniosa, e, por outro, uma súcia de vadios a dissipar tudo o que tinham e ainda mais. [...] Deu-se, assim, que os primeiros acumularam riquezas e os últimos acabaram sem ter nada para vender, a não ser sua própria pele. E desse pecado original datam a pobreza da grande massa, que ainda hoje, apesar de todo o seu trabalho, continua a não possuir nada para vender a não ser a si mesma, e a riqueza dos poucos, que cresce continuamente, embora há muito tenham deixado de trabalhar [...]. Na história real, como se sabe, o papel principal é desempenhado pela conquista, a subjugação, o assassinio para roubar, em suma, a violência. Já na economia política, tão branda, imperou sempre o idílio. Direito e ‘trabalho’ foram, desde tempos imemoriais, os únicos meios de enriquecimento, excetuando-se sempre, é claro, ‘este ano’. Na realidade, os métodos da acumulação primitiva podem ser qualquer coisa, menos idílicos”. (MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Trad. de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. P. 630).

⁹² Para informações mais detalhadas sobre o cárcere enquanto instituição, faz-se remissão à nota de rodapé nº 80.

É cediço que o fim do cultivo coletivo da terra, com o cercamento dos campos para a criação de ovelhas⁹³ e as mudanças nos métodos de cultivo, para citar apenas alguns fatores ocorridos em maior intensidade no final do século XV e nas primeiras décadas do século XVI, transformaram os meios de produção em capital e os produtores diretos, em operários livres. Se, por um lado, reconhece-se que este último processo representou a emancipação dos trabalhadores da servidão e da coação, por outro, enfatiza-se que isso só foi possível após terem sido, segundo Marx⁹⁴,

roubados todos os seus meios de produção, assim como todas as garantias de sua existência que as velhas instituições feudais lhe ofereciam. E a história da expropriação está gravada nos anais da humanidade com traços de sangue e fogo.

Em última análise, a separação do trabalhador dos meios de produção possibilitou a formação do proletariado e, por conseguinte, da sociedade capitalista manufatureira, mas envolveu práticas intensas de subjugação. Grupos populacionais subitamente expropriados sob o rótulo de proletários livres foram “convertidos em mendigos, vagabundos, às vezes bandidos”⁹⁵. Essas massas aglomeravam-se nos campos e, principalmente, nas recém-povoadas cidades. Nesse contexto, ensina Marx⁹⁶:

Expulsos pela dissolução dos séquitos feudais e pela expropriação violenta e intermitente de suas terras, esse proletariado inteiramente livre não podia ser absorvido pela manufatura emergente com a mesma rapidez com que fora trazido ao mundo. Por outro lado, os que foram repentinamente arrancados de seu modo de vida costumeiro tampouco conseguiam se ajustar à disciplina da nova situação. Converteram-se massivamente em

⁹³ O fechamento dos campos se justificava em razão da necessidade das elites manufatureiras em intensificar a produção de ovelhas para aumentar a produção de lã, matéria-prima fundamental para a indústria têxtil. Morus descreve o fenômeno: “Os inumeráveis rebanhos de carneiros que cobrem hoje toda a Inglaterra. Esses animais, tão dóceis e tão sóbrios em qualquer outra parte, são entre vós de tal sorte vorazes e ferozes que devoram mesmo os homens e despovoam os campos, as casas, as aldeias. [...] Assim, um avarento faminto fecha, num cercado, milhares de jeiras; enquanto que honestos cultivadores são expulsos de suas casas [...]. Que lhes resta? O roubo”. (MORUS, Thomas. *A utopia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. P. 39)

⁹⁴ MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Trad. de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. P. 631.

⁹⁵ Foge ao escopo do presente trabalho a análise minuciosa desse processo. Para mais detalhes, ver MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 34 e ss.

⁹⁶ MARX, op. cit. P. 642.

mendigos, assaltantes, vagabundos, em parte por predisposição, mas na maioria dos casos por força das circunstâncias. Isso explica o surgimento, em toda a Europa ocidental, no final do século XV e ao longo do século XVI, de uma legislação sanguinária contra a vagabundagem. Os pais da atual classe trabalhadora foram inicialmente castigados por sua metamorfose, que lhes fora imposta, em vagabundos e *paupers*.

No mesmo sentido, Claudio Alberto Gabriel Guimarães questiona: como “convencer os camponeses acostumados ao trabalho necessário estritamente para sua sobrevivência a se adequarem ao regime fabril, em condições [...] adversas e dentro de uma nova disciplina pautada em um rigor excessivo?”⁹⁷ O autor explicita que as primeiras iniciativas de convencimento partiram da Igreja, na tentativa de criação de um sustentáculo de cunho religioso para persuadir os trabalhadores a agirem conforme os interesses do capital. A denominada doutrina da ética protestante do trabalho⁹⁸, que teve como expoentes Martinho Lutero e João Calvino, não se demonstrou, porém, suficiente para alcançar o objetivo de adesão ideológica dos “ociosos”. Assim, buscou-se um novo mecanismo, mais convincente que o discurso, o qual não foi abandonado, ressalte-se, e continuou existindo em paralelo.

Se “os açoites, o desterro e a execução foram os principais instrumentos da política social da Inglaterra até a metade do século XVI”⁹⁹, as novas condições socioeconômicas trouxeram com elas uma mudança nesse cenário. Melossi e Pavarini ensinam que o rei, alarmado com o expressivo aumento da mendicância¹⁰⁰

⁹⁷ GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. As históricas ingerências do capital na conformação dos sistemas punitivos. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 570.

⁹⁸ Sobre a ética protestante do trabalho, sintetiza Max Weber: “A coisa mais importante é que, acima de tudo, o trabalho veio a ser considerado em si, como a própria finalidade da vida, ordenada por Deus. As palavras de S. Paulo ‘quem não trabalha não deve comer’ valem incondicionalmente para todos. A falta de vontade de trabalhar é sinônimo de falta de graça. Aqui, a diferença do ponto de vista medieval torna-se evidente. Tomás de Aquino também deu esta interpretação às palavras de Paulo. Mas para ele o trabalho era necessário só *naturali ratione* para a manutenção do indivíduo e da comunidade [...] Agora, naturalmente, toda a literatura ascética de quase todas as seitas está saturada da ideia de que o trabalho fiel, mesmo com baixos salários por parte daqueles cuja vida não lhe ofereça outras oportunidades, é algo sumamente agradável a Deus”. (WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1994. P. 75).

⁹⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 38.

¹⁰⁰ Interessante notar a mudança de paradigma ocorrida a partir da segunda metade do século XVI no que concerne ao tratamento dispensado aos mendigos, que até então eram socialmente aceitos e até exaltados. Rusche e Kirchheimer ensinam que “a ética medieval não somente tolera a mendicância como a glorificava, através de ordens mendicantes, e que mesmo os mendigos seculares eram, às vezes, tratados como um Estado, pois eles davam às pessoas que tinham recursos uma oportunidade de fazer o bem”. Assim, os pobres conseguiam sobreviver de forma até razoável por meio de esmolas, e os ricos justificavam-se em sua consciência através da caridade. (RUSCHE,

em Londres, autorizara a utilização do Castelo de Bridewell para acolher os “vagabundos, os ociosos, os ladrões e os autores de delitos de menor importância. O objetivo da instituição, dirigida com mão de ferro, era reformar os internos por intermédio do trabalho obrigatório e da disciplina”¹⁰¹. Tratava-se da união entre os modelos de casa de assistência aos pobres, oficina de trabalho e instituição penal. Em pouco tempo, as casas de correção, chamadas, não por acaso, de *bridewells*, surgiram em diversas partes do país¹⁰².

Assim, ergueram-se as primeiras instituições de detenção laica com a finalidade de punição¹⁰³, cujos traços são similares aos do modelo carcerário atual.

Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 58). No mesmo sentido, Melossi e Pavarini arrematam: “A Reforma também mudou completamente o modo de entender a pobreza, que deixou de possuir a ‘positividade mística’ do cristianismo medieval para tornar-se o indicador da maldição divina.” (MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 54).

¹⁰¹ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 36.

¹⁰² Em que pese o fato do surgimento das casas de correção estar relacionado ao desenvolvimento do método capitalista de produção – e, portanto, a aspectos econômicos –, não se pode desconsiderar por completo a função exercida pela religião, tanto católica quanto protestante, no processo disciplinar presente naquelas instituições. Veja-se: “[...] É verdade que a nova ética do trabalho era essencialmente calvinista em sua origem. Porém, como o catolicismo francês fez concessões teóricas à filosofia da burguesia emergente, ele também desempenhou um papel decisivo no estabelecimento dos *Hôpitaux généraux*. [...] O fato de ambas as doutrinas religiosas, a velha e a nova, colaborarem para o desenvolvimento da nova instituição prova que pontos de vista puramente ideológicos ocuparam lugar secundário em relação às motivações econômicas enquanto força motriz de todo o movimento.” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3) P. 82). Foucault alerta, ainda, para a utilização do termo “penitenciária” para se referir às prisões: “Há aí uma heterogeneidade: de um lado, tem-se um princípio judiciário que é o de pena como consequência da infração e proteção da sociedade; por outro lado, tem-se um princípio moral de pena que seria processo de penitência em decorrência de uma culpa. Isso acarreta algumas consequências. Em primeiro lugar, teríamos o primeiro enxerto real da moral cristã no sistema de justiça criminal, pois a justiça criminal no mundo cristão até então não fora cristianizada. Parece-me que sempre houve impermeabilidade entre o cristianismo e o sistema penal”. (FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 83).

¹⁰³ Sob similares orientações, surgiram as *workhouses* na Inglaterra, os *hospitaux généraux* na França e as *rasphuis* e *spinhis* em Amsterdam. Elías Neuman, inclusive, afirma que “o acontecimento mais notório, por sua singular transcendência na história penitenciária, constitui na fundação das prisões em Amsterdã (no original: “*el acontecimiento más notorio, por su singular transcendencia en la historia penitenciaria, lo constituye la fundación de las prisiones de Amsterdam*” [NEUMAN, Elías. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciarios*. Buenos Aires: Pannedille, 1971. P. 31]). As *rasphuis* configuraram uma espécie de casa de correção, criada em 1595, para homens, na qual aos detentos era imposto o trabalho de raspagem de madeiras para obtenção de corantes. Dois anos mais tarde, surgiram as *spinhis*, voltadas às mulheres, que fiavam lã e veludo e raspavam tecidos. Neste trabalho, optou-se, em termos metodológicos, por utilizar apenas a expressão casa de

Sobre a exploração da força de trabalho nas casas de correção, Rusche e Kirchheimer¹⁰⁴ observam que a prática não configurou propriamente uma inovação. A escravidão nas galés¹⁰⁵, a deportação¹⁰⁶ e a servidão penal foram precursoras da obrigatoriedade do labor aos infratores. No entanto, foi a partir do século XVI, com as casas de correção, que a crescente escassez de mão de obra, ocasionada principalmente pelo declínio demográfico da população europeia, modificou o tratamento dispensado aos transgressores da lei, que passaram a ser vistos como novas reservas de força de trabalho. Nesse contexto, foram criadas diversas leis de repressão aos ociosos¹⁰⁷, as quais tinham indubitável propósito econômico. O raciocínio que revestia tal posicionamento era simples: quem estava no cárcere não era trabalhador; e quem trabalhasse não entraria nele.

Partia-se da premissa de que, por meio do trabalho forçado dentro das casas de correção, os encarcerados não só aprenderiam um ofício, como também, uma vez soltos, procurariam o mercado de trabalho de forma voluntária. Os objetivos prioritários eram a extração da mais-valia e a assimilação, pelo recluso, da disciplina da produção. Não obstante, a qualidade de vida dos prisioneiros era muito baixa, uma vez que, para assegurar a viabilidade financeira das instituições, além de

correção, uma vez que as minúcias que diferenciam tais instituições fogem ao escopo da presente dissertação.

¹⁰⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 43.

¹⁰⁵ “Em resumo, a sentença para as galés era o caminho mais racional para obter-se mão de obra para um serviço que seria rejeitado por um trabalhador livre, mesmo quando enfrentasse péssimas condições econômicas. A recuperação dos condenados não tinha qualquer papel no estabelecimento e posterior servidão nas galés” (RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 89).

¹⁰⁶ Havia uma constante carência de mão de obra nas colônias. Isso porque considerável parcela da população nativa foi rapidamente dizimada e não se obteve sucesso com a tentativa de escravização dos nativos. Em sua Carta ao Rei Dom Manuel, Pero Vaz de Caminha relata que os povos que habitavam o Brasil “não lavram, nem criam”, dando origem à – comprovadamente falsa – imagem de aborígenes como ociosos e indolentes. (CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta ao Rei Dom Manuel*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001. P. 63). Assim, a deportação foi a alternativa encontrada para suprir a necessidade urgente de importação de trabalhadores para as terras recém-conquistadas. Com o advento do tráfico negreiro, porém, passou-se a rechaçar o degredo, uma vez que o trabalho dos condenados era menos lucrativo.

¹⁰⁷ Para informações mais detalhadas, considera-se interessante consultar os livros de Rusche e Kirchheimer (RUSCHE; KIRCHHEIMER, op. cit. P. 67 e ss) e de Karl Marx (MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Trad. de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. P. 642 e ss).

perceberem baixos salários, trabalhavam por longos períodos¹⁰⁸. Para a produção capitalista, porém, as casas de correção representaram importante fator de crescimento: constituíam o *locus* ideal de desenvolvimento da manufatura.

Importante enfatizar que o principal propósito das casas de correção era a exploração racional da força de trabalho, e não a recuperação do recluso, a dissuasão, a retribuição ou a expiação de seus pecados, conforme lecionam Rusche e Kirchheimer¹⁰⁹:

De todas as motivações da nova ênfase no encarceramento como método de punição, a mais importante era o lucro, tanto no sentido restrito de fazer produtiva a própria instituição quanto no sentido amplo de tornar todo o sistema penal parte do programa mercantilista do Estado.

Verifica-se, portanto, que, ao contrário dos castigos corporais ou da pena capital, a prisão, enquanto forma regular de punição, representou significativa fonte de receitas¹¹⁰ para o Estado mercantilista. Mormente por esta razão, os outros tipos de punição foram substituídos, progressivamente, pelo cárcere.

Isso posto, com o desenrolar dos anos, consolidou-se uma nova variável no sistema de poder punitivo que se desenhava: o tempo. Da mesma forma pela qual o salário retribui as horas trabalhadas pelo trabalhador em determinada atividade, retira-se certa quantidade de tempo de liberdade do indivíduo em resposta a uma infração praticada. É forçoso notar, pois, a similitude entre o salário e o cárcere, que se apresentam como formas historicamente gêmeas: “o tempo é comprado em razão do trabalho ou tomado em razão de uma infração. Se o salário destinava-se a

¹⁰⁸ “O capitalista comprou a força de trabalho por seu valor diário. A ele pertence seu valor de uso durante uma jornada de trabalho. Ele adquiriu, assim, o direito de fazer o trabalhador trabalhar para ele durante um dia. Mas o que é uma jornada de trabalho? Em todo o caso, menos de um dia natural de vida. Quanto menos? O capitalista tem a sua própria concepção sobre essa *ultima thule*, o limite necessário da jornada de trabalho. [...]. O capital é trabalho morto, que, como um vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quanto trabalho vivo suga. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalista consome a força de trabalho que comprou do trabalhador. Se este consome o seu tempo disponível para si mesmo, ele furta o capitalista”. (MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Trad. de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. P. 256).

¹⁰⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 103.

¹¹⁰ A desvantagem econômica da pena de morte foi também observada pelos habitantes de Utopia, como descreve Thomas Morus: “Um homem que trabalha, afirmam, é mais útil que um cadáver; e o exemplo de um suplício perpétuo inspira um terror muito mais duradouro do que uma matança legal, que faz o culpado desaparecer num instante” (MORUS, Thomas. *A utopia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. P. 114).

compensar o tempo de trabalho, o tempo de liberdade vai servir para compensar infrações¹¹¹. Para além do sequestro do conflito, tem-se o sequestro do tempo de vida; um verdadeiro sequestro do ser.

Tomando-se como base um sistema de equivalências, a segunda etapa de tal raciocínio leva à conclusão de que o encarceramento se afigura como uma espécie de labor gratuito. Isso porque, embora trabalho e cárcere retirem uma parcela do tempo de liberdade do indivíduo, o último não lhe confere qualquer compensação financeira, uma vez que o período em aprisionamento seria como um salário que o infrator reembolsa à sociedade em decorrência de sua transgressão.

Ao invés, portanto, de se castigar por meio do confisco de bens, da integridade física e da própria vida, passa-se a punir pelo tempo por viver. “Assim, o que nos permite analisar de forma integrada o regime punitivo dos delitos e o regime disciplinar do trabalho é a relação do tempo de vida com o poder político¹¹². O tempo apresenta-se como uma substância permutável, seja como medida econômica no sistema capitalista por meio da quantificação em dinheiro (atividade assalariada), seja como medida moral pela via da quantificação da gravidade do delito (reclusão).

Constata-se, assim, que a organização da prisão assemelhou-se, primeiro, à manufatura; depois, à fábrica. Em última análise, o cárcere nada mais é do que “uma instituição subalterna à fábrica¹¹³. Melossi e Pavarini afirmam que as primeiras casas de correção já retratavam, em termos ideais, a concepção burguesa da sociedade ao preparar os homens, notadamente os pobres, “a aceitar uma disciplina que os transforme em dóceis instrumentos de exploração¹¹⁴. Buscava-se a

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 65.

¹¹² FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. PP. 66-67.

¹¹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 45.

¹¹⁴ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 55. Em sentido bastante similar, Foucault explica: “A disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos ‘dóceis’. A disciplina aumenta as forças do corpo (em termos econômicos de utilidade) e diminui essas mesmas forças (em termos políticos de obediência). Em uma palavra: ela dissocia o poder do corpo; faz dele por um lado uma ‘aptidão’, uma ‘capacidade’ que ela procura aumentar; e inverte por outro lado a energia, a potência que poderia resultar disso, e faz dela uma relação de sujeição estrita. Se a exploração econômica separa a força e o produto do trabalho, digamos que a coerção disciplinar estabelece no

aceitação da concepção burguesa da vida e da sociedade mediante um processo de convencimento aquiescido por meio da submissão e da conformação. Nas palavras de Marx¹¹⁵, restou configurada uma coerção silenciosa:

À medida que a produção capitalista avança, desenvolve-se uma classe operária que por educação, tradição e hábito reconhece como naturais e óbvias as exigências daquele modo de produção. A organização do processo de produção capitalista desenvolvido quebra toda e qualquer resistência; a constante produção de uma superpopulação relativa mantém a lei da oferta e da procura de trabalho, e portanto o salário dentro de trilhos que convém às necessidades de valorização do capital; a coerção silenciosa das relações econômicas coloca o selo da dominação do capitalista sobre o operário.

Com o advento da Revolução Industrial, ocorreu uma considerável aceleração do ritmo do crescimento econômico. A introdução das máquinas, juntamente com o incremento demográfico, foi responsável pelo surgimento de um excedente de mão de obra sem precedentes. Com a abundância de trabalhadores livres, tornou-se obsoleta a antiga fórmula que regia o trabalho carcerário: “não é que não se trabalhasse mais no cárcere [...], mas o que emergia no primeiro plano era o caráter punitivo, disciplinador, do trabalho, mais do que a sua imediata valorização econômica”¹¹⁶.

Se a prosperidade das casas de correção devia-se muito ao fato de terem surgido em uma realidade social na qual as condições de trabalho eram favoráveis às classes subalternas, a Revolução Industrial indicava a decadência de tal modelo, uma vez que o “trabalho livre podia produzir muito mais e evitava a drenagem de capital envolvido com as casas de correção”¹¹⁷.

A organização da indústria, então, além de representar maior fonte de lucros, culminou em índices de desemprego alarmantes e na redução dos salários. “As classes dirigentes não tinham mais necessidade das medidas coercitivas que foram

corpo o elo coercitivo entre uma aptidão aumentada e uma dominação acentuada”. (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. PP. 135-136.)

¹¹⁵ MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Trad. de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013. P. 556.

¹¹⁶ MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Trad. de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11). P. 69.

¹¹⁷ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 136.

empregadas no período mercantilista para substituir a ausência de pressão econômica sobre as classes trabalhadoras¹¹⁸. Além disso, se a oferta de trabalho livre já se demonstrava insuficiente para atender à demanda populacional, o labor do cárcere reduziria ainda mais a pouca oferta.

Paralelamente a esse fenômeno, as precárias condições de vida deixavam três alternativas aos pobres: suicídio, inanição ou roubos. Diante desse quadro, “mais e mais as massas empobrecidas eram levadas ao crime”¹¹⁹, constatam Rusche e Kirchheimer. Sendo certo que “o cárcere tornou-se a principal forma de punição no mundo ocidental no exato momento em que o fundamento econômico da casa de correção foi destruído pelas mudanças industriais”¹²⁰, é fácil concluir que as prisões existentes não deram conta do crescente número de condenações. Naturalmente, esse processo resultou na superpopulação carcerária, aliada ao estado deplorável dos presídios. Predominava a tese que considerava que, para tentar diminuir o número de delitos, as prisões não podiam representar a melhoria da qualidade de vida dos condenados: “o limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre”¹²¹.

Se as circunstâncias do cotidiano dos trabalhadores já eram de extrema miséria, pode-se imaginar qual era o estado das prisões, traduzido na expectativa de vida cinco vezes menor dos presidiários em relação à população livre¹²². Aflorava-se, pois, o caráter repressivo e intimidatório da pena.

Nessa toada, o trabalho no cárcere passou a ser introduzido como método de punição, e não mais como fonte de lucro, como analisam Rusche e Kirchheimer¹²³:

O trabalho na prisão tornou-se um método de tortura, e as autoridades estavam suficientemente especializadas para inventar novas formas; ocupações de caráter puramente punitivo eram feitas o mais

¹¹⁸ Ibid. P. 128.

¹¹⁹ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 137.

¹²⁰ Ibid. P. 146.

¹²¹ Ibid. P. 152.

¹²² Ibid. P. 154.

¹²³ Ibid. P. 159.

cansativamente possível e eram esticadas por horas intermináveis. Os prisioneiros carregavam pedras pesadas de um lugar para outro e, então, traziam-nas de volta; cavavam poços de onde a água refluía de volta para a fonte, ou moviam moinhos sem função alguma.

Extrai-se da referida passagem o princípio reitor da *less eligibility*: as condições de vida do recluso devem ser acentuadamente mais baixas do que a situação mais precária de subsistência do homem livre. A prisão deveria, mais do que privar a liberdade, comportar certa quantidade de dor, privação e humilhação. Tudo isso para que não houvesse alguém “tão pobre e miserável que não tivesse medo e vergonha capaz de, em última instância, forçá-lo a fazer o possível e o impossível para ficar fora dos muros da prisão”¹²⁴.

Foucault, a seu turno, insiste na vinculação do surgimento do cárcere com o desenvolvimento do universo disciplinar¹²⁵ que, a partir do panoptismo¹²⁶, teria se expandido para toda a sociedade. Isso porque o aparato penal projetado por Jeremy Bentham era “inteiramente comandado pelo princípio da vigilância universal e constante”¹²⁷ e foi pensado para ser aplicado “sem exceção, a todos e quaisquer estabelecimentos nos quais, num espaço não demasiadamente grande para que possa ser controlado ou dirigido a partir de edifícios, queira-se manter sob inspeção um certo número de pessoas”¹²⁸.

O filósofo utilitarista idealizou o modelo do panóptico a partir de um eixo fundamental: a estrutura arquitetônica. O edifício deveria ser circular, de forma a abrigar as celas ao redor e o alojamento do inspetor ao centro. “Sua essência consiste, pois, na centralidade da situação do inspetor, combinada com os

¹²⁴ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 159.

¹²⁵ Trata-se da conhecida conversão do espetáculo em vigilância, mencionada apenas de forma breve por Rusche e Kirchheimer, mas bem desenvolvida por Foucault (FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. PP. 22-23; FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. P. 55).

¹²⁶ A influência exercida pela vinculação da concepção penitenciária à concepção arquitetônica, minuciosamente desenvolvida por Jeremy Bentham, é indubitável.

¹²⁷ FOUCAULT, Michel. *A sociedade punitiva*. Trad. de Ivone C. Benedetti. São Paulo: Martins Fontes, 2015. P. 22.

¹²⁸ BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: TADEU, Tomaz. (Org.). *O panóptico: Jeremy Bentham*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. P. 19.

dispositivos mais bem conhecidos e eficazes para ver sem ser visto”¹²⁹. Assim, o filósofo inglês vislumbrava duas vantagens fundamentais em seu projeto, a saber: “a aparente onipresença do inspetor [...], combinada com a extrema facilidade de sua real presença”¹³⁰.

Foucault alega que a função do cárcere não se restringia a fazer cumprir a pena imposta, mas também a “acompanhar todo o desenrolar da pena com uma vigilância que incidisse não só em seu cumprimento, como também nas transformações interiores do prisioneiro”¹³¹. Corroborando tal conclusão, o autor ensina que a introdução do Código Napoleônico de 1808 estabelecia que “nenhum crime, nenhum delito, nenhuma contravenção deve ficar sem processo, e que o olho do gênio que sabe animar tudo abarca o conjunto dessa vasta máquina, sem que possa escapar-lhe o mínimo detalhe”¹³².

Pretendeu-se, preliminarmente, questionar a progressiva naturalização da pena de prisão. “O binômio crime-prisão assume uma relação simplificada, ou seja, o senso comum criminológico relaciona o ilícito penal com a pena de prisão sem compreender que essa relação não é natural”¹³³, mas, sim, uma construção sociopolítica. Transcreve-se os ensinamentos de Foucault¹³⁴:

A prisão, essa região mais sombria do aparelho de justiça, é o local onde o poder de punir, que não ousa mais se exercer com o rosto descoberto, organiza silenciosamente um campo de objetividade em que o castigo poderá funcionar em plena luz como terapêutica e a sentença se inscrever entre os discursos do saber. Compreende-se que a justiça tenha adotado tão facilmente uma prisão que não fora entretanto filha de seus pensamentos. Ela lhe era agradecida por isso.

Por sua vez, Rusche e Kirchheimer apontam que “pesquisas estatísticas sobre as relações entre as taxas de criminalidade e flutuações econômicas

¹²⁹ Ibid. P. 28.

¹³⁰ BENTHAM, Jeremy. O panóptico ou a casa de inspeção. In: TADEU, Tomaz. (Org.). *O panóptico: Jeremy Bentham*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008. P. 30.

¹³¹ FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005. P. 84.

¹³² Ibid. P. 85.

¹³³ MATOS, Lucas Vianna. Desnaturalizando o cárcere: a pena de prisão como construção histórico-social. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, n. 5, vol. 66, p. 121, ago-dez 2015.

¹³⁴ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. P. 249-250.

revelavam o grau em que o crime é simplesmente um fenômeno social”¹³⁵. A economia política da pena, pois, resta assentada sobre a premissa de que as práticas punitivas remetem às relações de produção.

Transcreve-se a conclusão dos mencionados autores¹³⁶:

Na medida em que a consciência social não está numa posição de compreender, e conseqüentemente de agir sobre a necessidade de relacionar um programa penal progressista e o progresso em geral, qualquer projeto de reforma penal continuará caminhando sobre incertezas, e os inevitáveis fracassos serão mais uma vez atribuídos à fraqueza inerente à natureza humana e não ao sistema social. A consequência fatal é o retorno à doutrina pessimista de que a natureza perversa do homem só pode ser contida através da degradação do nível das prisões abaixo do das classes subalternas livres. A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrendo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral. Há um paradoxo no fato de que o progresso do conhecimento humano tornou o problema do tratamento penal mais compreensível e mais perto de uma solução, enquanto a questão de uma revisão fundamental na política penal parece estar hoje mais longe do que nunca, por causa de sua dependência funcional a uma dada ordem social.

É imprescindível que se ressalte, porém, que seria ingênuo adotar uma perspectiva unilateral e monocausal para justificar a origem da prisão. O fenômeno é complexo, e, indubitavelmente, são diversos os fatores que, em maior ou menor grau, contribuíram para explicar o surgimento da reclusão enquanto resposta penológica. Para citar apenas um desses fatores – além do já mencionado princípio da vigilância universal e constante –, destaca-se o pensamento iluminista e reformador responsável por realizar severas críticas às cruéis e desumanas práticas penais então predominantes. Os suplícios públicos que caracterizavam o espetáculo punitivo simbolizavam, para a classe burguesa que ascendia ao poder, a irracional brutalidade absolutista, motivo pelo qual precisavam ser superados.

É imperioso notar, no entanto, que a prisão não prescinde do sofrimento físico. O Estado dito democrático e de direito jamais suprimiu a barbárie, apenas a

¹³⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 199.

¹³⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Trad. de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3). P. 200.

sofisticou. Carandiru¹³⁷, Pedrinhas¹³⁸ e Compaj¹³⁹ demonstram que Robert-François Damiens não ficou no passado. Parafraseando Caetano Veloso¹⁴⁰, o silêncio sorridente da sociedade moderna diante das chacinas nas cadeias demonstra que o medievo se faz presente.

Nessa toada, esclarece Foucault¹⁴¹:

Sem dúvida, a pena não mais se centralizava no suplício como técnica de sofrimento; tomou como objeto a perda de um bem ou de um direito. Porém, castigos como trabalhos forçados ou prisão – privação pura e simples da liberdade – nunca funcionaram sem certos complementos punitivos referentes ao corpo: redução alimentar, privação sexual, expiação física, masmorra. [...] Permanece, por conseguinte, um fundo ‘supliciente’ nos modernos mecanismos da justiça criminal.

De qualquer sorte, seja a partir da perspectiva de Foucault, seja a partir dos aportes teóricos fornecidos por Rusche e Kirchheimer, Melossi e Pavarini, ou ainda do pensamento crítico de Zaffaroni, não há como ignorar a necessária vinculação entre o cárcere e o modelo capitalista. Em posição semelhante, Nilo Batista ensina ser “decisivo advertir-se para a ‘essência econômica’ que subjaz às definições jurídicas abstratas”¹⁴². Em suma, como afirma Alessandro Baratta¹⁴³,

é impossível enfrentar o problema da marginalização criminal sem incidir na estrutura da sociedade capitalista, que tem necessidade de

¹³⁷ Em 1992, cento e onze presos morreram no massacre ocorrido na Casa de Detenção de São Paulo, popularmente conhecida como Carandiru.

¹³⁸ No final de 2013, violenta chacina ocorrida no Complexo Penitenciário de Pedrinhas, localizado em São Luís, no Maranhão, resultou em 60 mortes, segundo relatório elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça - CNJ. (Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/temas-de-atuacao/sistema-prisional/atuacao-de-outros-orgaos/relatorio_cnj_complexo_pedrinhas_dez2014>. Acesso em 23.julho.2016).

¹³⁹ No primeiro dia do ano de 2017, cinquenta e seis presos morreram durante violenta rebelião ocorrida no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus.

¹⁴⁰ Referência à música “Haiti”. Transcreve-se um trecho: “E ao ouvir o silêncio sorridente de São Paulo/ Diante da chacina/ 111 presos indefesos, mas presos são quase todos pretos/ Ou quase pretos, ou quase brancos quase pretos de tão pobres/ E pobres são como podres e todos sabem como se tratam os pretos”.

¹⁴¹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014. P. 20-21.

¹⁴² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 18.

¹⁴³ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 (Pensamento Criminológico; 1). P. 190.

desempregados, que tem necessidade, por motivos ideológicos e econômicos, de uma marginalização criminal.

Tampouco podem ser desconsiderados os aspectos simbólicos da pena privativa de liberdade. Trata-se de instrumento utilizado pelo Estado com o intuito de criar e reproduzir as estruturas de poder. Pierre Bourdieu ensina que o poder simbólico é o poder invisível que só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem.

O sistema punitivo, por tratar-se de uma estrutura com forma igualmente simbólica, possui intrínseca relação com os interesses da classe dominante, na medida em que integra, ficticiamente, a sociedade de classes em torno desses ideais. O discurso é utilizado para camuflar a verdadeira ânsia punitiva do Estado.

A prisão, em verdade, representa a proeminência social de determinados setores da sociedade. Não obstante, busca-se fundamentar a existência do cárcere a partir da ideia de consenso social. Em uma sociedade absolutamente desigual, porém, como todas as capitalistas, é inverossímil afirmar que há consenso em torno de qualquer decisão. Até porque, se, no modelo criminal verticalizante, quem impõe a penalidade é a autoridade, para que serviria o consenso? Trata-se, inclusive, de novo símbolo – agora de uma sociedade igualitária, livre e democrática – para legitimar o discurso penológico. O dissenso, como se sabe, é inerente às relações sociais. Aduz Bourdieu¹⁴⁴:

É enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento que os 'sistemas simbólicos' cumprem a sua função política de instrumentos de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra (violência simbólica) dando o reforço da sua própria força às relações de força que as fundamentam e contribuindo, assim, segundo a expressão de Weber, para a 'domesticação dos dominados'.

O simbólico é utilizado como forma de afirmar que a prisão não apenas é legítima, como também útil. Nesse sentido, Juarez Tavares alega que “se o simbólico é, agora, a expressão de uma utilidade, na verdade, seu uso está associado à necessidade de justificar de qualquer modo”¹⁴⁵ o sistema penal

¹⁴⁴ BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Trad. de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989. P. 11.

¹⁴⁵ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 92.

tradicional – e, por conseguinte, a pena privativa de liberdade. Propaga-se a imagem do cárcere como símbolo da (suposta) racionalidade e segurança do corpo social, de forma a naturalizar sua existência, ainda que o quadro empírico se contraponha ao discurso legitimante, como atestam, por exemplo, os índices de reincidência e as cifras ocultas. Para colaborar na reflexão, veja-se a conclusão do supramencionado penalista: “a questão está em se decidir se a imposição de uma pena em face de uma ofensa à norma proibitiva, de cuja confecção o autor não participou nem poderia participar, está em conformidade com uma ordem jurídica legítima”¹⁴⁶. Se a punição, uma vez considerada um apelo simbólico de justificação de poder, não pode ser legitimada, o caminho natural envolveria sua abolição – ou, ao menos, sua substituição por sanções ou decisões, cuja elaboração seja realizada pelas partes envolvidas, como pretende a justiça restaurativa.

Por tudo o que foi exposto, sustenta-se que a análise dos mecanismos de punição seja realizada, primordialmente, por meio de uma ótica político-econômica. Apenas a partir de uma epistemologia materialista (no sentido marxista), é possível desnudar as funções do cárcere enquanto produtor de controle da classe operária e do universo disciplinar na sociedade. Isso não significa, é importante reiterar, ignorar outros fatores que também possuem influência nas práticas punitivas, notadamente o aspecto simbólico do poder. Qualquer tentativa em contrário, consistente no exame isolado e descontextualizado da questão penitenciária, torna-se desonesta e inócua. No mesmo sentido, afirma Bitencourt que “não se pode afirmar sem ser ingênuo ou excessivamente simplista que a prisão surge sob o impulso de um ato humanitário com a finalidade de fomentar a reforma do delinquente”¹⁴⁷.

Parte-se da premissa, pois, que a pena privativa de liberdade tem como fim primordial a defesa dos interesses econômicos do capitalismo, o que não significa que não possam existir outros efeitos secundários. Para alcançar a função precípua, tenta-se – evidentemente sem sucesso – conter o caos gerado pela violência estrutural intrínseca ao sistema de produção capitalista, cuja pior seqüela caracteriza-se pela massa de excluídos sociais.

¹⁴⁶ TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 97.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 51.

Não obstante, o enfoque que predomina entre os juristas, denominado por Baratta¹⁴⁸ de “idealista”¹⁴⁹ ou “ideológico”, tem seu núcleo central representado pelas teorias legitimantes da pena privativa de liberdade. Aduz o autor que “a premissa fundamental destas teorias é o axioma segundo o qual a pena é uma resposta à criminalidade¹⁵⁰, um meio de luta contra ela¹⁵¹”. Em verdade, nas palavras de Guilherme Moreira Pires, “toda sorte de danos, dores e sofrimentos ainda são racionalizados com respostas que não respondem, soluções que não solucionam, e, acima de tudo, com dores que doem”¹⁵².

No Brasil, o Código Penal prevê, em seu artigo 59, que as penas devem ser necessárias e suficientes à *reprovação* e *prevenção* do crime. Duas correntes de pensamento, a princípio opostas e incompatíveis entre si, dominam o cenário acerca da busca pela justificativa da pena estatal, quais sejam, as denominadas teorias absolutas e relativas. Leciona Ferrajoli¹⁵³ que

¹⁴⁸ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 (Pensamento Criminológico; 1). P. 191.

¹⁴⁹ Sobre o idealismo, ensina Zaffaroni: “O idealismo tende a gerar um ‘mundo do jurista’, o que lhe outorga uma grande segurança ao afastá-lo da permanente mudança e do devenir próprio do mundo real, isolando-o dos debates sobre a realidade. [...] Em geral, o jurista tende a inclinar-se para o idealismo, que lhe permite construções teóricas dentro de uma ‘estética jurídica’ que compartilha os valores da arquitetura autoritária, predominante – não casualmente – na maioria dos ‘palácios de justiça’ do Ocidente, com seu monumentalismo frontalista”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 188).

¹⁵⁰ A respeito da equivocada expressão “criminalidade”, Nilo Batista, em entrevista concedida ao projeto “Afasta de mim esse cale-se”, da Universidade Federal Fluminense - UFF, leciona: “Criminalidade não existe, o que existe é criminalização. Este é verdadeiro, porque criminalidade seria um somatório de todas as infrações, o que não existe. Claro, os homicídios têm uma estatística menor que os enforcamentos, por exemplo. Em ambos os casos você não pode dizer que tem a criminalidade e sim a criminalização, uma construção humana feita seletivamente. Então a criminalização é um processo político de emprego de poder punitivo, só que nós banalizamos isto para não ter que discutir política e nem política criminal. Para manter tudo como está. A função conservadora que se exerce é fantástica. É o poder estratégico que a grande mídia diariamente sobrepõe por meio do senso criminológico, por exemplo” (Disponível em: <http://www.uff.br/calese/entre_vista.htm>. Acesso em 03.ago.2016).

¹⁵¹ BARATTA, op. cit. P. 193.

¹⁵² PIRES, Guilherme Moreira. *Cárcere enquanto fábrica (de tortura)*. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/carcere-enquanto-fabrica-de-tortura-por-guilherme-moreira-pires/>>. Acesso em 15.jul.2016.

¹⁵³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. P. 204.

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas, sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto um meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

Em que pese a aparente ausência de similitudes, ambas as teorias operam a partir de uma fundamentação positiva das sanções. Restam constituídas, portanto, a partir das funções manifestas atribuídas à pena, sem qualquer preocupação epistemológica crítica capaz de englobar a complexidade do fenômeno e da estrutura social que o sustenta.

Ignora-se, por ingenuidade ou má-fé, o fato de que “se o sistema penal é um fato de poder, a pena não pode pretender nenhuma racionalidade, ou seja, não pode ser explicada a não ser como manifestação do poder”¹⁵⁴. Deve-se perceber a pena, pois, como um fenômeno político.

Sem embargo, os aportes teóricos acima mencionados, que se encarregam de neutralizar as consequências negativas do cárcere e de naturalizá-lo, legitimando, em última análise, o ilegítimo, serão analisados a seguir.

1.2.1. A suposta função retributiva

As denominadas teorias retributivas atribuem à pena privativa de liberdade a missão de expiação ou compensação pelo injusto praticado. São também chamadas de “absolutas” porque, além de sua aplicação restar desatrelada da análise sobre a conveniência ou inconveniência casuística, são inteiramente dedutivas e não admitem nenhum dado empírico¹⁵⁵. Para Bitencourt, “segundo esse esquema retribucionista, é atribuída à pena, exclusivamente, a difícil incumbência de realizar a justiça. A pena tem como fim fazer a justiça, nada mais”¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2001. P. 203.

¹⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 522.

¹⁵⁶ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 118.

Sob esta perspectiva, portanto, o cárcere se consolida como resposta justa a uma conduta criminosa específica, não havendo que se cogitar a produção de qualquer efeito secundário – seu único propósito é o de recompensar o mal praticado a partir da imposição de outro mal.

Juarez Tavares¹⁵⁷ leciona que essa teoria está vinculada “a um mero juízo formal” ou a pressupostos como “o prévio cometimento do crime” ou “o problemático ideário de justiça”. Afirma o renomado penalista, por fim, que seu objetivo reside, de maneira tautológica, na própria repressão.

Jorge Figueiredo Dias¹⁵⁸, por sua vez, ensina que a pena retributiva

é a justa paga do mal que com o crime se realizou, é o justo equivalente do dano do fato e da culpa do agente. Por isso a medida concreta da pena com que deve ser punido um certo agente por um determinado fato não pode em caso algum ser encontrada em função de quaisquer pontos de vista (por mais que eles se revelem socialmente valiosos e desejáveis) que não sejam o da correspondência entre a pena e o fato ou culpa do agente.

De acordo com essa concepção, a pena é a consequência jurídico-penal do injusto praticado. Significa dizer aquele que perpetrou um mal deve ser castigado. Nilo Batista e Raúl Zaffaroni atestam que as teorias absolutas tendem “a a) retribuir b) para garantir externamente a eticidade c) quando uma ação objetivamente a contradiga d) infligindo um sofrimento equivalente ao injustamente produzido (talião)”¹⁵⁹.

Antônio José da Costa e Silva afirma que a “pena é, de sua natureza, retributiva. Tem-se negado ou posto em dúvida a verdade de semelhante asserto; mas sempre em vão”¹⁶⁰. Em sentido similar, Néelson Hungria leciona que “a pena é prevalentemente retributiva [...]. Numa palavra: a pena é, conceitualmente, uma reação, um contragolpe em face do crime já praticado”¹⁶¹. Nessa qualidade, aduz o

¹⁵⁷ Parecer exarado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em 20.setembro.2016.

¹⁵⁸ DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001, p. 68.

¹⁵⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 512.

¹⁶⁰ SILVA, Antônio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Volume II. Brasília: Senado Federal, 2004. P. 14.

¹⁶¹ HUNGRIA, Néelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1976. PP. 10 e 11

renomado autor que deve o *quantum* da pena privativa de liberdade conservar certa relação de proporcionalidade com o delito.

Conforme ensina Salo de Carvalho¹⁶², as justificativas retribucionistas¹⁶³ remontam à Antiguidade¹⁶⁴, como é possível inferir da leitura do Velho Testamento (“fratura por fratura, olho por olho, dente por dente. Assim como feriu o outro, deixando-o defeituoso, assim também será ferido”¹⁶⁵) e do primeiro decreto do Código de Hamurabi (“se um homem lança uma maldição contra outro homem, sem justificação, aquele que a lança deverá ser condenado à morte”¹⁶⁶).

Trata-se da representação do caráter vindicativo do ideal de justiça da época. Essa vertente, baseada em concepções teístas, apresentava uma imagem de retaliação relacionada à justiça divina, uma vez que o pecado cometido pressupunha um castigo para sua expiação. “A teologia cristã de ambas as confissões sustenta predominantemente, hoje como ontem, este ponto de vista, considerando a justiça como mandato de Deus, e a pena como execução da função judicial divina”¹⁶⁷, aduz Claus Roxin. Para demonstrar a permanência desse paradigma na atualidade, insta

¹⁶² CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. P. 118.

¹⁶³ Sobre as diversas concepções retributivas, leciona Heleno Fragoso: “Entre as teorias absolutas estão a da reparação, que considera o crime como algo reparável e a pena o agente dessa reparação moral (KOHLER); como retribuição divina, que é de natureza filosófica (STALH); como retribuição moral (KANT), segundo a qual a pena é concebida como exclusivo princípio de justiça e como imperativo categórico; e, afinal, como retribuição jurídica (HEGEL), em que a pena aparece como negação do delito e como restabelecimento do império do direito”. (FRAGOSO, Heleno Cláudio. O problema da pena. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 161, PP. 56-62, set/out 1995. P. 57. Disponível em: < http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo43.pdf>. Acesso em 19.set.2016.).

¹⁶⁴ Bem disse Karl Marx no prólogo da primeira edição de “O Capital” que “todos os começos são difíceis”. Imprescindível ressaltar que, ao menos no que concerne à questão criminal, não se pode pensar a história como um processo contínuo, que teria se “aperfeiçoado” com o tempo. Leciona Gabriel Anitua: “Na realidade, as coisas não acontecem dessa forma. Muitos dos discursos em geral – porém me centrarei aqui nos criminológicos – são contemporâneos no tempo presente. Além do mais, inclusive aqueles que surgem em momentos anteriores não são eliminados por aqueles que aparecem num momento histórico posterior, mas sim permanecem de forma manifesta ou latente. Os discursos desta *História dos pensamentos criminológicos* persistem na atualidade, embora alguns deles tenham mudado suas formas de expressão – em parte, sim, pelas críticas recebidas dos outros discursos – sem mudar o fundamento que os sustentava”. (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 17).

¹⁶⁵ BÍBLIA, A. T. Levítico, 24, 20.

¹⁶⁶ CARVALHO, op. cit. P. 118.

¹⁶⁷ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1986. P. 17.

trazer à baila o discurso realizado pelo Papa Pio XII durante o VI Congresso Internacional de Direito Penal, em 1953¹⁶⁸:

Apenas a função expiatória permite, finalmente, compreender o juízo final do próprio Criador, que ‘dá a cada um segundo suas obras’, como repetem com frequência os Testamentos. Aqui a função de proteção desaparece completamente quando se considera a vida ultra-terrena [...]. Mas o Juiz Supremo em seu juízo final aplica unicamente o princípio da retribuição. Este deve, então, possuir certamente um valor não negligenciável.

Michael Köhler, um dos expoentes defensores da teoria retributiva¹⁶⁹, afirma que a pena “constitui uma negação do *status* jurídico fundamental do agente em razão do fato praticado, tratando-se de uma consequência do delito”¹⁷⁰. Para o autor, trata-se de reestabelecer, de forma compensatória, a validade geral do direito que fora violada em razão da prática do delito. Deve ser considerada a lesão, e não quem a causou. Assim, a sanção se apoiaria “justamente no reconhecimento permanente do autor do crime como um sujeito de direitos [...]. A pena é um imperativo, na medida em que o próprio agente é responsável por sua geração ao cometer o fato delituoso”¹⁷¹.

Veja-se como leciona Köhler¹⁷²:

A sanção penal não é, portanto, um ‘mal’ empírico nem um ato moralizador (‘expição’), nem tampouco constitui um misticismo sem nenhum propósito, mas sim um prejuízo ao agente no seu status jurídico fundamental para a necessária compensação pelo crime, de forma a restabelecer a validade geral da realidade jurídica atingida.

¹⁶⁸ No original: “*Sólo la función expiatória permite, finalmente, comprender el juicio final del propio Creador, el cual ‘da a cada uno según sus obras’ como lo repiten a menudo los do Testamentos. Aquí la función de protección desaparece completamente cuando se considera la vida ultra terrena. [...] Pero el Juez supremo em su juicio final aplica unicamente el principio de la retribución. Este debe, pues, poseer certamente um valor no despreciable*”. Disponível em: <https://w2.vatican.va/content/pius-xii/es/speeches/1953/documents/hf_p-xii_spe_19531003_diritto-penale.html>. Acesso em 22.set.2016.

¹⁶⁹ Sobre essa teoria, afirma o autor: “Categorizá-la como ‘absoluta’ somente é correto na medida em que ela se posiciona de forma crítica frente às intenções sociais-pragmáticas, uma vez que estas não são capazes de legitimar a coação penal imposta ao agente. Essa terminologia está associada a uma série de mal-entendidos que se devem em parte a um inadequado entendimento da própria teoria, e em parte a uma insuficiente compreensão de um pensamento penal humano baseado na razão”. (KÖHLER, Michael. O conceito de pena. Trad. de Oliveiros Guanais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 84).

¹⁷⁰ Ibid. P. 76.

¹⁷¹ Ibid. P. 92.

¹⁷² Ibid. P. 96.

O *quantum* da privação da liberdade, pois, deve se constituir em uma compensação valorativa proporcional ao ilícito praticado. No entanto, o próprio Köhler admite que sua teoria de fundamentação da pena possui uma vinculação com a moral, na medida em que supõe que o delinquente, enquanto ser racional, possui ciência da ilicitude de seu comportamento e que, por uma noção de justiça, compreende de antemão que o mal que praticou voltará contra si mesmo. Tal momento autorreflexivo carece, no entanto, de comprovação empírica e é rechaçado pela Psicologia Moral e pela Psicanálise¹⁷³.

Não se pode olvidar, ainda, que a doutrina da retribuição encontrou terreno fértil para sua consolidação durante o denominado Estado burguês. Como é cediço, a concepção liberal que o baseava inspirava-se na teoria do contrato social. Assim, a pena era imposta àquele que, ao violar a lei, agia contra as ideias de pacto e do consenso social e, precisamente por esse motivo, era considerado traidor ou rebelde. Neste contexto, Bitencourt elucida que “a pena não pode mais continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado¹⁷⁴”, passando a ser encarada como a “necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À expiação sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão de Estado, a lei divina pela lei dos homens¹⁷⁵”.

Entre os filósofos iluministas, Kant e Hegel destacam-se como defensores das teorias absolutas da pena. A matriz kantiana, fundada na ideia de retribuição de ordem ética, preconiza ser obrigação do soberano punir “impiedosamente” aquele que transgrediu as normas legais¹⁷⁶:

A pena jurídica, *poena forensis* não pode nunca ser aplicada como simples meio de procurar outro bem, nem em benefício do culpado ou da sociedade, mas deve sempre ser contra o culpado pela simples razão de haver delinqüido: porque jamais um homem pode ser tomado como instrumento dos desígnios de outro, nem ser contado no número das coisas como objeto de direito real.

¹⁷³ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 257.

¹⁷⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 118.

¹⁷⁵ *Ibid.* P. 118.

¹⁷⁶ KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da ciência da natureza*. Rio de Janeiro: Editora 70, 1990. P. 167.

Helena Frágoso ensina que, em verdade, embora culminado em Kant, o “princípio da retribuição moral, segundo a qual o mal deve ser compensado, em igual medida, pelo mal, numa exigência fundamental da consciência ética, já se havia elaborado na antiguidade pelos pitagóricos e Platão¹⁷⁷”.

Para Kant, a lei penal expressa um imperativo categórico e a sanção encontra seu fundamento unicamente no valor moral da norma violada. A pena, pois, “é um dever do estado civil, a ponto de que neste se deva impor sempre que um delito é cometido¹⁷⁸”. Tal assertiva pode ser comprovada com o seguinte exemplo analisado pelo referido autor: se os habitantes de uma ilha decidissem, em consenso, dissolver sua sociedade civil e se dispersar pelo mundo, ainda assim “o último assassino que se encontrasse na prisão deveria primeiramente ser justificado, a fim de que cada um leve a pena de sua conduta, e o sangue derramado não recaia sobre o povo que não reclamou aquela punição¹⁷⁹”. Caso contrário, afirma o filósofo prussiano, a sociedade seria considerada cúmplice dessa violação pública da justiça. “Esta igualdade entre a punição e o delito [...] é esclarecida assim: que esta sentença é o único modo de punir todos os criminosos de forma proporcional à sua malignidade interna¹⁸⁰”, conclui.

Em última instância, ao defender, mesmo em caso de dissolução da sociedade civil, que todos os assassinos não de sofrer a morte, Kant recupera o modelo taliônico e estrutura seu modelo penalógico na premissa de que a sanção não pode ter qualquer fim utilitário. Caso contrário, o ser humano seria mediatizado com vistas à obtenção de determinado objetivo, fato que tornaria a pena imoral.

Nilo Batista e Raúl Zaffaroni ensinam, ainda, que Kant também justificava a necessidade da pena como proteção da visão do homem como fim em si mesmo:

Kant não encontrou outra forma de resolver essa inevitável contradição, ao procurar dar à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser

¹⁷⁷ FRAGOSO, Heleno Cláudio. O problema da pena. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 161, PP. 56-62, set/out 1995. P. 58. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/helena_artigos/arquivo43.pdf>. Acesso em 19.set.2016.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 522.

¹⁷⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. P. 233.

¹⁸⁰ *Ibid.* P. 233.

humano como fim em si mesmo acaba imediatamente. [...]. Daí a necessidade da pena, que não mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano.

Antes de ultimar esta breve exposição sobre a fundamentação kantiana da pena, importante ressaltar que os renomados professores supramencionados vão de encontro ao senso comum ao afirmarem ser falsa a alegação de que Kant não buscava qualquer objetivo ou finalidade com a punição. Embora o filósofo não tenha “explicado isso claramente, mas também ter tentado por todos os meios evitá-lo, não é difícil admitir que em sua construção a pena tinha uma finalidade, que era a efetivação da vingança, como defesa [...] do estado civil”¹⁸¹. Trata-se, em verdade, da “mais radical das teorias da defesa social, de vez que a vingança talional é condição imediata do estado civil, fora do qual o ser humano não seria respeitado como fim em si mesmo”¹⁸². Em outras palavras, implica afirmar que Kant vislumbrava a vingança advinda com a imposição da pena como condição essencial para a sustentação do estado civil e da paz.

Hegel, a seu turno, concebe a pena como retribuição jurídica, “justificada pela necessidade de restaurar o Direito por meio de uma violência, para restabelecer o ordenamento legal violado”¹⁸³. É dele o famoso postulado que preconiza a pena como a negação da negação do Direito: significa dizer que o delito, entendido como a vontade do delinquente, configura a negação do ordenamento, o qual, por sua vez, representa a vontade geral. Deve-se, pois, negar essa negação a partir aplicação da pena – e, por conseguinte, restabelecer a ordem jurídica. Crime, então, significaria a violação do ordenamento, e não a produção de um mal ou a violação de um imperativo ético¹⁸⁴.

¹⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 522.

¹⁸² Ibid. P. 522.

¹⁸³ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. P. 45.

¹⁸⁴ Nas palavras do filósofo, “a supressão do crime é remissão, quer segundo o conceito, pois ela constitui uma violência contra a violência, quer segundo a existência, quando o crime possui uma certa grandeza qualitativa e quantitativa que se pode também encontrar na sua negação como existência. Todavia, esta identidade fundada no conceito não é igualdade qualitativa - talião -, é a que provém da natureza em si do crime, a igualdade de valor”. (HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990. P. 104).

Interessante perceber que, a partir da década de 1960, houve uma tentativa de resgate das teorias absolutas com o movimento denominado neorretribucionista, composto por variadas matrizes políticas. Integram este grupo, de um lado, defensores do recrudescimento das sanções penais, e, de outro, autores que partem da tese de que “somente com uma lógica retributiva seria possível atender às necessidades de proporcionalidade”¹⁸⁵ das penas.

Herbert Morris, um dos mais conhecidos autores neorretribucionistas, baseia sua teoria intitulada “vantagem injusta” na premissa de que apenas a partir da punição aquele que praticou um crime teria sua autonomia respeitada e seria tratado como sujeito de direitos. Isso porque, ao optar por realizar o delito, pressupõe-se a tácita concordância do indivíduo com a pena cominada, a qual anularia a vantagem injusta obtida pelo agente e restauraria o equilíbrio anterior¹⁸⁶:

Se uma pessoa falha no exercício de seu autocontrole mesmo podendo ceder diante de tais inclinações, ela renuncia a um dever que outros voluntariamente assumiram e, portanto, obtém uma vantagem que os demais, os quais controlaram a si mesmos, não possuem. Este sistema, portanto, é aquele em que as regras estabelecem uma reciprocidade entre benefícios e deveres e no qual os benefícios da não-interferência são condicionados à assunção de deveres. [...] A justiça – que é punir tais indivíduos – restaura o equilíbrio entre os benefícios e os ônus retirando do sujeito o que ele deve, ou seja, quitando a dívida.

A teoria desenvolvida por Morris, porém, parece ignorar a injustiça e a operacionalidade seletiva invariavelmente presentes nas relações sociais. Sem igualdade material, a tese da vantagem injusta se esvai. Como afirmar que o agente se beneficiou nos casos em que foi ele o sempre privado das condições básicas para a garantia de uma vida digna?

Jorge Figueiredo Dias aduz, por sua vez, que as teorias absolutas visam à “consideração da pena como ‘entidades desprovidas de fins’, como entidade que [...] existe [...] na sua majestade dissociada de fins”¹⁸⁷. Assim, é possível concluir que, como doutrina dos fins da pena, a retribuição deve ser rechaçada desde logo, uma vez que não atribui qualquer função à sanção. Não há qualquer desenvolvimento

¹⁸⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 82.

¹⁸⁶ MORRIS, Hebert. *Persons and punishment*. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuar (Orgs.). *Philosophy of punishment*. Nova York: Prometheus Books, 1988. P. 69.

¹⁸⁷ DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. P. 70.

teórico em relação às hipóteses em que se deve punir, mas apenas a afirmação acerca da necessidade de punição.

Em verdade, trata-se de elemento autoritário de encerramento do discurso: aquele que praticou um crime deve ser castigado. O sujeito que cometeu um delito deve ser punido por uma suposta questão de justiça – pouco importa se será reeducado, neutralizado, se servirá de “exemplo” para a sociedade ou se o ordenamento jurídico será fortalecido. A cada desvalor impõe-se uma retaliação. Resgatando Newton, para toda ação criminosa haverá uma reação estatal.

Afirmar que a função da pena é tão somente retribuir o injusto praticado significa defender a incoerente teoria de que, diante de um mal, o Estado deve infligir outro mal, incrementando os males do mundo em razão da prática de um crime. Castiga-se porque delinuiu - ou, ainda, porque tentou-se delinquir: o mal para os maus. Assim resta justificada a inflição intencional e autorizada de dor. Neste contexto, Roxin afirma que

a própria ideia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé. Pois, considerando-o racionalmente, não se compreende como se pode pagar um mal cometido, acrescentando-lhe um segundo mal, sofrer a pena. É claro que tal procedimento corresponde ao arraigado impulso de vingança humana, do qual surgiu historicamente a pena; mas considerar que a assunção da retribuição pelo Estado seja algo qualitativamente distinto da vingança humana, e que a retribuição tome a seu cargo a ‘culpa de sangue do povo’, expie o delinquente, etc., tudo isso é concebível apenas por um ato de fé que, segundo a nossa Constituição, não pode ser imposto a ninguém, e não é válido para uma fundamentação, vinculante para todos, da pena estatal¹⁸⁸.

É possível notar, ainda, que as teorias absolutas da pena se baseiam no questionável¹⁸⁹ livre-arbítrio do delinquente, o qual, por ter escolhido livremente delinquir, seria merecedor do castigo. Como observa Betina Heike Krause Suecker, “se o indivíduo entende que satisfará um desejo pela via do crime, deverá esperar

¹⁸⁸ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1986. P. 19.

¹⁸⁹ A tese de que o livre-arbítrio seria uma ilusão ganhou notoriedade com o experimento hipotético denominado “Demônio de Laplace”, entidade que, ao conhecer, em um mesmo instante, a velocidade e a posição de cada elemento, seria capaz de deduzir toda a evolução do universo. Pierre-Simon de Laplace defendia, portanto, que tudo estaria predeterminado, rechaçando as ideias de incerteza, escolha e possibilidade. Da mesma forma, Albert Einstein, ao afirmar que “Deus não joga dados com o universo”, sustentava um universo em que tudo poderia ser previsto, não havendo espaço para aleatoriedades e, por conseguinte, para a defesa da vontade livre. Na criminologia, a teoria das subculturas criminais atesta que, diante dos mecanismos de aprendizado e interiorização de comportamentos (associação diferencial), a força da livre-escolha é mínima.

pelo mal em decorrência dessa prática eleita, de acordo com o livre-arbítrio, não pela prevenção, mas pela retribuição”¹⁹⁰.

Ainda, outra fragilidade desta corrente consiste em permitir a fundamentação da punição a qualquer conduta penalmente tipificada. Aceita-se a regra imposta e pressupõe-se que sua violação seja por si só injusta, sem que se questione a definição legal estabelecida. Resta pendente de solução a questão decisiva que envolve saber sob que pressupostos está o Estado autorizado a castigar. “Deste modo, a teoria da retribuição fracassa perante a tarefa de estabelecer um limite, quanto ao conteúdo, ao poder punitivo do Estado”¹⁹¹. Nas palavras de Juarez Tavares, a retribuição “não impede que se inclua no Código Penal qualquer conduta e, dá, assim, um cheque em branco ao legislador para criminalizar tudo o que quiser”¹⁹².

Em sentido semelhante, Claus Roxin¹⁹³ alerta para o fato de que, além da “debilidade teórica” supramencionada, a utilização da vertente retributiva demonstra-se “um perigo prático” na medida em que permite a incriminação ilimitada de condutas. A pena seria simplesmente a consequência jurídico-penal da conduta do particular em contradição às normas estabelecidas, sem que se analise o fundamento que justifica a imposição de um castigo por parte do Estado.

Por derradeiro, a fragmentariedade intrínseca e necessária ao Direito Penal vai de encontro às teorias absolutas, uma vez que não incumbe a este ramo do direito a missão de “fazer justiça”, mas tão somente a tutela de determinados bens jurídicos. Não fosse verdadeira a afirmação anterior, poder-se-ia justificar a incriminação de condutas simplesmente preparatórias ou imorais, por exemplo. Assim, “a metafísica necessidade de realizar justiça excede os fins do direito penal”¹⁹⁴, como ensina Cezar Roberto Bitencourt.

¹⁹⁰ SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação – o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. P. 47.

¹⁹¹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. P. 17.

¹⁹² Parecer exarado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em 20.setembro.2016.

¹⁹³ ROXIN, op. cit. P. 17.

¹⁹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 131.

Winfried Hassermer¹⁹⁵ arremata:

Eu não tenho fantasia suficiente, a ponto de poder imaginar, objetivamente, como pessoas (assim como sociedades) podem organizar seus mundos normativos sobre os fundamentos da teoria absoluta da pena: já que eles dependem apenas do conceito de retribuição e expiação para a justificação da pena estatal, já que eles não podem referir-se ao fato de que as penas estatais também devem melhorar o mundo e já que eles não podem se apoiar em qualquer promessa de prevenção. Como poderia, por exemplo, um juiz criminal que pensasse e sentisse assim defrontar-se com o condenado e o público? Talvez jamais tenham existido teorias absolutas tão radicais fora do âmbito acadêmico-filosófico; elas não poderiam, de qualquer forma, satisfazer às nossas necessidades atuais de justificação.

1.2.2. A suposta função preventiva

Realizada a exposição acerca da doutrina retributiva, passa-se à análise das chamadas teorias modernas ou relativas, as quais encontram na pena um fim socialmente construtivo e um método para se evitar o cometimento de novos delitos. Michael Köhler¹⁹⁶ afirma que essa concepção, baseada na correlação entre meios e fins, “corresponde a uma visão de direito e de Estado baseada numa arbitrariedade subjetiva de caráter empírico que persegue os seus benefícios de forma egocêntrica”, resultando em “uma relação com o mundo preferencialmente instrumental que se generaliza a partir do domínio da natureza”.

Segundo os ensinamentos do autor, tal teoria encontra seu embrião no pensamento da racionalidade técnica surgida a partir da Idade Moderna¹⁹⁷. Bitencourt, porém, atribui a formulação das teorias relativas a Sêneca, o qual teria afirmado “*Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, que significa que ‘nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar’¹⁹⁸. Seja como for¹⁹⁹, as vertentes preventivas de fundamentação da

¹⁹⁵ HASSERMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005. P. 342.

¹⁹⁶ KÖHLER, Michael. O conceito de pena. Trad. de Oliveiros Guanais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 78.

¹⁹⁷ Ibid. P. 86.

¹⁹⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 132.

¹⁹⁹ Salo de Carvalho salientou o equívoco presente no que chamou de “embriaguez pelo mito de origem”. Explica o autor que “se torna um jogo de adivinha indemonstrável o exercício de descoberta da ‘verdadeira origem’” do que se pretende estudar. (CARVALHO, Salo de. *Como (não) se faz um*

pena, revestidas de características utilitárias, voltam-se “mais ao futuro que ao passado, e mais ao autor que ao ato”²⁰⁰. Com vistas à melhor clareza da apresentação, esse capítulo será dividido em tópicos, como será visto a seguir.

1.2.2.1. Prevenção especial

As teorias relativas propagam, de um lado, que o valor da pena recaia sobre o delinquente, o qual passa a ser o objeto de investigação e intervenção das ciências criminais. Trata-se da subcorrente denominada prevenção especial, cujo objetivo precípuo é evitar a reincidência, isto é, impedir que o mesmo indivíduo pratique novos crimes. Esse pensamento funda-se em uma estrutura etiológica do discurso penal: o delito é definido como a violação da lei da natureza por indivíduos identificados pela sua estética pré-civilizada²⁰¹.

Neste contexto, verifica-se a ascensão do positivismo jurídico-penal, o qual, fundado em postulados deterministas, percebe o crime como patológico. A humanidade dividir-se-ia entre os “normais” e os “anormais”, entre os “sadios” e os “enfermos”. A seu turno, a pena desempenharia papel terapêutico: “os tratamentos vão dar conta dos seres humanos recuperáveis e tratar de neutralizar os irre recuperáveis”²⁰², como ensina Vera Malaguti Batista.

A pena resta justificada, portanto, a partir da análise da mera possibilidade de futura prática delitiva, cujo prognóstico deriva das características pessoais do agente. Privar a liberdade a partir de uma perspectiva consequencialista com fulcro

trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito. São Paulo: Saraiva, 2015. P. 24). Marc Bloch, versando sobre o mesmo alerta, o denominou “obsessão embriogênica” Observa-se ser demasiado arriscado afirmar, plenamente, a data precisa de surgimento de um determinado instituto. O demônio das origens, pois, é a areia movediça de muitos trabalhos acadêmicos: “a própria noção desse ponto inicial permanece singularmente fugaz”. (BLOCH, March. *Apologia da História ou o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001. P. 56).

²⁰⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 85.

²⁰¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. P. 129.

²⁰² BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 42.

na expectativa de fatos futuros, porém, é formular um direito penal baseado em incertezas²⁰³.

Para Köhler, esta concepção resulta determinada a partir da averiguação de minuciosas condições concretas do agente, restando direcionada à “intimidação do criminoso de ocasião, melhoramento daquele que é passível de melhora, e neutralização dos que não podem ser corrigidos”²⁰⁴. O autor afirma que esta metodologia empírica termina por segregar a pena do delito, que constitui “tão somente mais uma dentre outras condições para uma ampla avaliação do potencial de perigo e da reação a ser adotada na forma de uma medida de coerção preventiva²⁰⁵”. Em última análise, o *quantum* da pena privativa de liberdade se inclinaria para a indeterminação, uma vez que estaria relacionado à periculosidade do agente e à sua aptidão de ser influenciado pela privação da liberdade. “A lei penal perde em constância e determinação e se transforma em uma lei de medidas flexíveis”²⁰⁶, conclui.

1.2.2.1.1 Prevenção especial negativa

Para a vertente negativa deste pensamento teórico, o Direito Penal incide sobre o criminoso em prol da higidez do corpo social. Significa dizer que a pena,

²⁰³ “Até mesmo o delinquente habitual, em relação ao qual o conceito de prevenção especial se refere tipicamente, não deve ser tratado desta forma. Isso porque nesse hábito o que se manifesta não é a lei da natureza, mas a subjetividade responsável, ainda que, sob a perspectiva de um processo de formação institucional intersubjetivo, isso tenha se configurado em direção a uma falta de domínio pessoal. Essa é a base a que deve corresponder, de um modo compatível com o princípio de liberdade, a análise dos criminosos habituais. Por conta disso, a coerção jurídica, em seu necessário rigor, deve se relacionar e se limitar ao fato e à sua gravidade – definida também por meio do hábito – e não a uma incerta expectativa de fatos futuros”. (KÖHLER, Michael. O conceito de pena. Trad. de Oliveiros Guanais. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 88).

²⁰⁴ Ibid. P. 81.

²⁰⁵ Ibid. P. 82.

²⁰⁶ Ibid. P. 82.

uma vez aplicada, tem a função de segregar o indivíduo, de forma a neutralizar o mal para conservar a saúde da sociedade. Leciona Ferrajoli²⁰⁷:

Nesta perspectiva as penas assumem o caráter de medidas tecnicamente apropriadas às diversas exigências terapêuticas da defesa social, vale dizer, higiênico-preventivas, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos – e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime.

Assim, constitui o pilar desse novo sistema defensivo a segregação do delinquente por tempo indeterminado - o que Von Liszt denominou “inocuidação” em seu conhecido Programa de Marburgo²⁰⁸. Importante atentar, desde logo, que a teoria da prevenção especial negativa poderia justificar a pena de prisão perpétua, de banimento e até de morte²⁰⁹: em ambos os casos, o membro doente resultaria afastado do convívio social para sempre²¹⁰.

Trata-se de um pensamento com fulcro eminentemente utilitário: sacrifica-se o particular em benefício da coletividade. A função da pena restaria limitada à defesa social. Neste ponto, surge a primeira vulnerabilidade da corrente: o desrespeito aos direitos individuais em nome da proteção da sociedade.

Isso porque a intervenção estatal punitiva teria como objetivo a produção da máxima felicidade para a população, ainda que às expensas da dignidade de alguns. Tal concepção organicista justificaria a supressão dos direitos fundamentais das minorias e, ainda, o fenômeno denominado panpenalismo, que consiste, em linhas

²⁰⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. P. 215.

²⁰⁸ LISZT, Von. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de México: México, 1994. PP. 50 e 112.

²⁰⁹ Como é notório, a Constituição brasileira, em seu art. 5º, XLVII, aduz que: “Não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; [...] d) de banimento [...]”.

²¹⁰ Neste sentido, veja-se o que Anitua ensina sobre o pensamento de Garófalo: “Por conseguinte, ele criticava o que chamava de benevolência – ou má atuação médica e judicial – para reprimir e separar os perigosos das pessoas probas e piedosas. Ele foi, pois, o defensor das mais terríveis ideias de inocuidação como solução diante desses inimigos perigosos. Para aqueles que carecessem do sentido de justiça ou o tivessem afetado, propunha a deportação ou a expulsão da comunidade. Defendia, por sua vez, a pena de morte para os sem piedade, já que esses seriam irrecuperáveis. A lei seria cumprida ao realizar essa eliminação mediante a lei da seleção natural e impediria que a sociedade em seu conjunto se degenerasse. Com essa intenção, Garófalo recorreria à metáfora da luta ou ‘guerra contra o delito’, em livro publicado em 1909”. (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). PP. 314-315.

simples, na tendência a proliferação de normas de cunho penal em regulamentações relativas a outros ramos relativos de controle social. Configurar-se-ia um “Direito Penal máximo” e uma “cidadania mínima”, como alerta Vera Regina Pereira de Andrade²¹¹.

Para Cesare Beccaria, a pena tem por finalidade “impedir o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade”²¹². Este modelo, porém, pressupõe a existência de uma sociedade sã, unívoca e consensual, como expõe Salo de Carvalho²¹³:

Mais: potencializa, sob a chancela científica, formas de fragmentação social similares às do modelo lombrosiano, pois calcados em concepções naturalistas de sociedades homogêneas e isentas de contradições (a única disfuncionalidade seria o delito). Opera-se, portanto, com a presunção de que existem interesses uniformes e monolíticos no interior do corpo social, como a necessidade de neutralização (eliminação ou recuperação) da periculosidade de alguns grupos ou indivíduos disfuncionais.

A neutralização dos indivíduos considerados incorrigíveis, baseada em uma concepção organicista da sociedade, reflete uma obsessão defensivista que, ao privilegiar a comunidade em detrimento do sujeito, legitima, inclusive, a exclusão definitiva do mesmo do corpo social. O indivíduo é visto como um órgão não vital do corpo social que deve ser extirpado em prol da saúde coletiva, para que não haja contaminação.

Sob essa concepção intervencionista de Estado, o delinquente é vislumbrado como um perigo social que põe em risco a ordem jurídica e comunitária. Invoca-se a defesa da sociedade para segregar os indivíduos “anormais” e “diferentes”. Neste contexto, Cezar Roberto Bitencourt acertadamente indaga: “Por que não podem viver à margem da sociedade – como quiserem -, sejam elas prostitutas, mendigos ou homossexuais? O fato de serem incômodos [...] será causa suficiente para impor-lhes sanções?”²¹⁴

É de fácil percepção, ainda, que a sociedade que fornece embasamento para esta vertente teórica não é sustentada pela empiria. A conflitividade social inerente

²¹¹ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Direito Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

²¹² BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro de bolso, 2015. P. 31.

²¹³ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. P. 137.

²¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 142.

às sociedades capitalistas retrata que as classes possuem interesses estrutural e logicamente antagônicos umas das outras. Neste sentido, resume Alessandro Baratta²¹⁵:

A investigação sociológica mostra [...] que: a) no interior de uma sociedade moderna existem, em correspondência à sua estrutura pluralista e conflitual, em conjunto com valores e regras sociais comuns, também valores e regras específicas de grupos diversos ou antagônicos; b) o direito penal não exprime, pois, somente regras e valores aceitos unanimemente pela sociedade, mas seleciona entre valores e modelos alternativos, de acordo com grupos sociais que, na sua construção (legislador) e na sua aplicação (magistratura, polícia, instituições penitenciárias), têm um peso prevalente; c) o sistema penal conhece não só valorações e normas conformes às vigentes na sociedade, mas também defasamentos em relação a elas; frequentemente acolhe valores presentes somente em certos grupos ou em certas áreas e negados por outros grupos e em outras áreas [...]; d) enfim, uma sociologia historicista e crítica mostra a relatividade de todo sistema de valores e de regras sociais, em uma dada fase de desenvolvimento da estrutura social, das relações sociais de produção e do antagonismo entre grupos sociais, e por isso, também a relatividade do sistema de valores que são tutelados pelas normas do direito penal.

Na realidade, ao depositar no Estado o monopólio do uso da força e da persecução criminal, o Direito Penal se converteu em uma poderosa ferramenta de controle social utilizada por aqueles que ocupam o poder. Assim, a classe dominante dispõe de um instrumento de perpetuação de sua hegemonia, que será sempre usado com interesses políticos, para controlar os desfavorecidos e os adversários.

Na tentativa de corroborar com as críticas à construção de uma doutrina com base em uma visão unitária de sociedade, insta fazer referência à teoria das subculturas criminais. De acordo com esta vertente sociológica, o crime não seria expressão de uma atitude contrária aos valores e normas gerais, mas reflexo de valores e normas específicas de diversos grupos sociais, os quais seriam interiorizados nos indivíduos por meio de mecanismos de interação e aprendizado no seio dessas subculturas. Assim, a delinquência seria aprendida em associação direta ou indireta com quem já delinuiu – o que Sutherland denominou “associação diferencial”²¹⁶:

²¹⁵ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 (Pensamento Criminológico; 1). PP. 75-76.

²¹⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Trad. de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015. P. 351.

A hipótese da associação diferencial indica que o comportamento criminoso é aprendido em associação com aqueles que definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável. A pessoa em uma situação apropriada se engaja em tal comportamento criminoso se, e somente se, o peso das definições favoráveis excede o peso das definições desfavoráveis.

Por fim, relevante mencionar, ainda que brevemente, a teoria da anomia²¹⁷, cuja tese viria de encontro à prevenção especial negativa. Ao rechaçar a característica patológica do delito e expor seu caráter normal e inerente à estrutura social, vai de encontro aos ideais preventivo-especiais-negativos. Sendo o crime um componente natural da comunidade, criado e definido, inclusive, por ela própria, questiona-se se seria legítimo segregar esse indivíduo. Uma análise mais profunda poderia levar à conclusão de que seria a sociedade o autêntico alvo da exclusão, e não o sujeito.

1.2.2.2.2. Prevenção especial positiva

A seu turno, a teoria da prevenção especial positiva atribui à pena a função de melhoramento do infrator. Objetiva a correção do delinquente, que seria, uma vez apenado, ressocializado, repersonalizado, reeducado e reinserido na sociedade, o que a doutrina convencionou denominar “ideologias re”. A sanção, portanto, reproduziria um valor positivo no condenado, impedindo “o culpado de ser nocivo futuramente à sociedade”²¹⁸. A privação da liberdade, pois, seria a cura que permitiria ao infrator penal retornar ao convívio social.

²¹⁷ Ensina Sérgio Salomão Shecaria: “A teoria da anomia pode ser considerada a réplica mais significativa às teorias estruturais de obediência marxista. Ela se distancia do modelo médico e patológico de interpretação do crime por não interpretá-lo como anomalia, como o fizeram os primeiros estudiosos da criminologia. [...]. Os autores funcionalistas que se ocupam da anomalia veem o delito como um fenômeno normal da sociedade e não necessariamente ruim. É normal, já que se encontra em todas as sociedades humanas, desde o nascimento do convívio social entre os homens. Ademais, o crime, em certas ocasiões, pode ajudar a sociedade a consagrar sua própria identidade em torno de determinados valores. Por fim, há crimes que apresentam um caráter progressista, ajudando a comunidade a refletir sobre seus valores e crenças a serem superados. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. PP. 201-203).

²¹⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro de bolso, 2015. P. 30.

Figueiredo Dias²¹⁹ ensina que as doutrinas da prevenção especial positiva, influenciadas pela doutrina correcionalista²²⁰ da Península Ibérica, afirmaram-se com particular vigor durante a segunda metade do século XIX, por força das escolas positivistas italiana e alemã. Ferrajoli, no mesmo sentido, afirma que tais teorias “refletem as vocações autoritárias do novo e então consolidado Estado liberal e aquelas totalitárias dos regimes que emergirão da crise deste”²²¹.

Não por acaso, estabelece o artigo 1º da lei nº 7210/84 que o objetivo da execução penal consiste em “proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”. Uma leitura superficial e descontextualizada do referido dispositivo permitiria chegar a conclusões até otimistas: o direito penal teria – ao menos – boas intenções.

Mera ilusão. Foucault aduz que a pena privativa de liberdade, desde sua gênese, demonstrou-se incapaz de cumprir o objetivo declarado de reforma do delinquente: “Desde 1820 se constata que a prisão, longe de transformar os criminosos em gente honesta, serve apenas para fabricar novos criminosos ou para afundá-los ainda mais na criminalidade”²²². A primeira consequência do cárcere é precisamente a “dessocialização” do indivíduo, que resta isolado do mundo extramuros e de seu convívio social. Além disso, os prejuízos físicos e psicológicos dos encarcerados, muitas vezes em condições subumanas, são notórios. Como a privação de liberdade pode educar para a vida em liberdade? Trata-se de um insolúvel paradoxo.

²¹⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001. P. 55.

²²⁰ “A Escola Correcionalista tem como marco de seu surgimento a obra *Comentatio na poena malum esse debeat* (1839), de Carlos Davis Augusto Roder, autor alemão que sofreu influências da filosofia panteísta de Karl Christian Friedrich Krause e tinha como ideal o desenvolvimento da piedade e do altruísmo. Roder defendeu a aplicação da pena como correção moral. Todavia, sua doutrina ganhou pouca repercussão em seu país, tendo encontrado o Correcionalismo terreno fértil em terras espanholas, ao ser traduzido para o espanhol por Francisco Giner de los Ríos. [...] Encontra-se esta Escola entre as adeptas das *teorias relativas da pena*, uma vez que, para seus pensadores, a pena teria como função principal a correção ou melhora do indivíduo para que ele se *emende* e não venha a (re)incidir na prática de condutas criminosas.” (VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Tédney Moreira da. *A Escola Correcionalista e o Direito Protetor dos Criminosos*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/142-ARTIGO>. Acesso em 14.out.15).

²²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. P.212.

²²² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2015. P. 216.

Neste contexto, inevitável que se transcreva a preciosa lição de Nélon Hungria²²³:

Para reajustar os homens à vida social, invertem os processos lógicos de socialização: impõem o silêncio ao único animal que fala; obrigam a regras que eliminam qualquer esforço de reconstrução moral para a vida livre de amanhã; induzem a um passivismo hipócrita pelo medo do castigo disciplinar, em vez de remodelar caracteres ao influxo de nobres e elevados motivos; aviltam e desfibram, em vez de incutirem o espírito de hombridade, o sentimento de amor próprio.

Afirmam Nilo Batista e Raúl Zaffaroni ser “insustentável a pretensão de melhora mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorante”²²⁴. Os referidos autores trazem o alarmante dado que o risco de suicídios e homicídios em prisões chega a ser mais de dez vezes superior ao da vida em liberdade, “em meio a uma violenta realidade de motins, abusos sexuais, corrupção, carências médicas, alimentares e higiênicas, além de contaminações devido a infecções”²²⁵. E não é só: ao retornar para a vida fora do cárcere, o sujeito se encontrará em situação semelhante a que o levou a delinquir anteriormente, agravada pela estigmatização e marginalização produzidas durante o período de confinamento. A prisão, em verdade, representa um fator criminógeno potencializador, indissociável da degradação social que a acompanha.

O discurso criminológico da reforma do delinquente, cujo fracasso, como demonstrado, é evidente, serviria, para Foucault, para aliviar a consciência dos juízes quando da aplicação da pena, ou, ao menos, “para permitir que se julgue”²²⁶. O filósofo vai além ao afirmar que a produção da delinquência e de novos delinquentes possui uma utilidade político-econômica: sem crime não há polícia. Conclui: “a delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência”.

Além disso, a definição do sujeito que requer ressocialização é imprecisa e, justamente por essa razão, suscetível a arbitrariedades. Questiona Roxin: “O que

²²³ HUNGRIA, Nélon; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1976. P. 13.

²²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 126.

²²⁵ Ibid. P. 126.

²²⁶ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2015. P. 225.

legítima a maioria da população a obrigar a minoria a adaptar-se aos modos de vida que lhe são gratos?”²²⁷ Bitencourt, em posição similar, assevera que “o Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral”²²⁸.

Levado às últimas consequências, somente aquele que se enquadre dentro dos padrões sociais, isto é, que estiver inserido no seio na cultura dominante, apresentar-se-ia apto ao convívio social. Tal premissa, ao defender, em última análise, a adaptação forçada às normas ditadas pela maioria, violaria os princípios da autonomia moral, da liberdade individual e da dignidade humana e poderia servir de embasamento a teorias eugênicas²²⁹:

Em perfeita coerência com as culturas autoritárias que as orientam, as doutrinas correccionalistas foram as prediletas de todos os sistemas políticos totalitários, em que justificaram modelos e práticas penais ilimitadamente repressivas, paternalistas, persuasivas, de aculturação coagida e de violenta manipulação da personalidade do condenado. Pensemos à doutrina nazista do tipo ‘normativo do autor’, orientada por uma total subjetivização dos pressupostos da pena identificados como a ‘infidelidade’ ao Estado e com o correlato repúdio de qualquer relevância, mais do que ‘sintomática’, da objetividade da conduta. Pensemos, também, aos manicômios criminais soviéticos e às escolas de reeducação da China popular.

Há, portanto, uma simbiose entre direito e moral e entre crime e pecado, sendo a pena privativa de liberdade supostamente capaz de promover a função benéfica de reexame interior. Confunde-se direito com natureza na medida em que o delinquente é visto como um ser doente que precisa ser curado. Os princípios da laicidade e da secularização restam violados com a tentativa de introjeção de valores éticos no indivíduo. Importante mencionar a ressalva preconizada por Juarez Tavares: ainda que a pena supostamente produza algum efeito positivo no condenado, ela “constitui sempre uma humilhação, que não desaparece nunca de sua vida futura”²³⁰. Na verdade, a imposição da restrição da liberdade fortalece ainda

²²⁷ ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de direito penal. Lisboa: Vega, 1986. P. 22.

²²⁸ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 146.

²²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002. P. 221.

²³⁰ Parecer exarado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 347. Disponível em: <<http://emporiodireito.com.br/juarez-tavares-diz-que-nao-se-pode-prender-no-brasil-falta-responsabilidade-do-estado-e-de-seus-magistrados/>>. Acesso em 20.setembro.2016.

mais os traumas internos, tornando significativamente mais difícil a superação da situação problemática.

Julgar a pessoa pelo que ela é, e não necessariamente pelo que ela fez, representa outro risco dessa teoria. A utilização do aparelho penal para determinar, valorar e transformar “personalidades consideradas perigosas (*outsiders*) conforma um projeto político-criminal antidemocrático, tendente à profilaxia social, típico de sistemas totalitários”²³¹, como alerta Salo de Carvalho. Roxin afirma que a pena seria direcionada “apenas aos ‘associais’ em sentido tradicional, como os mendigos, vagabundos, vadios, prostitutas e outras pessoas indesejáveis para a comunidade”²³². Baseia-se no delinquente, e não no delito cometido. Estar-se-ia diante de um camuflado direito penal de autor?

Ademais, é cediço que as normas jurídicas não são imutáveis ou permanentes. Admitir que o indivíduo “inadaptado” à ordem vigente necessita de ressocialização significa, em última análise, aceitar como inquestionáveis e corretas as normas positivadas, como se fossem frutos de uma sociedade invariável, uniforme e não conflitiva. Em verdade, cria-se um conformismo cuja real utilidade, embora revestida de uma roupagem consensual, serve apenas aos interesses da classe dominante.

Nota-se, ainda, que a doutrina da prevenção especial positiva possibilita o exercício ilimitado de poder punitivo, o recrudescimento e o aumento do tempo de duração das penas privativas de liberdade. Isso porque poderia, em tese, perdurar até que se desse a definitiva “correção” do delinquente. Claus Roxin é preciso: “numa palavra: a teoria da prevenção especial tende, mais que um direito penal da culpa retributivo, a deixar o particular ilimitadamente à mercê da intervenção estatal”²³³.

Por fim, importante enfatizar que a teoria da prevenção especial positiva falha, também, naqueles casos em que o ofensor não se revela carente de socialização ou de educação. Notoriamente, citem-se os denominados “crimes de colarinho branco” e os delitos ocasionais ou situacionais, sem perigo de repetição, a exemplo dos homicídios passionais e das condutas perpetradas nos campos de concentração.

²³¹ CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008. P. 139.

²³² ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. P. 21.

²³³ *Ibid.* P. 21.

1.2.2.2. Prevenção geral

A outra vertente da teoria relativa, a seu turno, pretende que a sanção criminal produza efeitos sobre aqueles que não delinquiram. Trata-se da chamada prevenção geral, segundo a qual a pena privativa de liberdade é concebida como um instrumento contramotivador voltado à sociedade. Assim, ela teria a função de coagir psicologicamente e amedrontar a população, de forma a dissuadi-la a não cometer crimes (esfera negativa) ou de reforçar a validade das normas jurídicas para o corpo social (esfera positiva).

Não obstante, ao se considerar tão somente a produção de efeitos em relação a terceiros, “a responsabilidade pessoal, refletida nos conceitos de imputação e culpabilidade, se dissolve nas necessidades preventivas: o ‘sujeito’ é a sociedade, ao passo que o indivíduo se torna objeto”²³⁴. Nesse contexto, o agente é visto como meio, e não como integrante da relação jurídica. Assim, “contrariamente à sua qualidade jurídica de sujeito, o ser humano é equiparado a um potencial de perigo natural e visto como um mecanismo de impulso”, tal qual um cão contra o qual se levanta um bastão, na metáfora elaborada por Hegel²³⁵.

Não é difícil concluir, ainda, que a consequência prática da adoção da prevenção geral como função da pena privativa de liberdade resulta em uma tendência ao recrudescimento da sanção, o que “conduz a um direito penal da intimidação de cunho terrorista”²³⁶, como se tentará demonstrar a seguir.

1.2.2.2.1. Prevenção geral negativa

A vertente negativa busca a intimidação social por meio do caráter ameaçador da sanção. Pretende obter com a pena a dissuasão dos membros da sociedade que não praticaram qualquer fato delituoso, mas que poderiam sentir-se tentados a fazê-

²³⁴ KÖHLER, Michael. O conceito de pena. Trad. de Oliveiros Guanais. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 83.

²³⁵ Cf. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 72.

²³⁶ Ibid. P. 84.

lo. A punição do infrator significa uma ameaça aos demais cidadãos como exemplo a não ser seguido e a ser evitado, de forma a “desviar seus concidadãos da senda do crime”²³⁷.

São dois, portanto, os pilares que sustentam esta teoria: (i) a utilização do medo e da intimidação e (ii) a análise de ponderação realizada pelo homem racional. Neste sentido, aduz Costa e Silva que “um sem número de indivíduos se abstém de executar desígnios criminosos, de praticar ações puníveis simplesmente pelo temor da sanção penal”²³⁸.

Ao desenvolver a denominada “teoria da coação psicológica”, nos princípios no século XIX, Feurbach²³⁹ sustentou que a ameaça da pena, seguida de sua efetiva aplicação, seria a forma mais efetiva de se reduzir o fenômeno delitivo. Os membros da sociedade encontrar-se-iam sob uma permanente coação, que não atuaria fisicamente, mas que seria capaz de mantê-los distantes da prática de crimes. Referindo-se à teoria do filósofo alemão, Bitencourt leciona: “a pena, conclui-se, apoia a razão do sujeito na luta contra os impulsos ou motivos que o pressionam a favor do delito e exerce coação psicológica perante os motivos contrários aos ditames do direito”²⁴⁰.

Na obra “Gênese do Direito Penal”, Giandomenico Romagnosi formulou a teoria da “defesa social”. Tomando como base a lei universal da ação e reação, o autor afirmava que a pena funcionaria como um contraestímulo ao impulso criminal²⁴¹ dos membros da sociedade.

²³⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro de bolso, 2015. P. 30.

²³⁸ SILVA, Antônio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Volume II. Brasília: Senado Federal, 2004. P. 15.

²³⁹ Sobre Feurbach, transcreve-se os ensinamentos de Batista e Zaffaroni: “Feurbach tentou aprofundar a diferença entre moral e direito, para poder conceber a pena com um fim prático, mas sem que o imperativo categórico o obstasse. Por essa razão, construiu sua teoria da pena como coação psicológica (psychologische Zwang), com o que tampouco conseguiu resolver a contradição, ocasião em que foi objeto de inúmeras críticas. Tal teoria é a mais divulgada das teses de Feurbach – e quase a única que alguns repetem – o que escondeu durante muitos anos a profundidade e o alto nível de pensamento do autor, sobretudo no mundo penal das línguas neolatinas. Por desgraça, tornou-se conhecido – em particular fora da Alemanha – pela menos feliz de suas teorias, precisamente onde sua tentativa se choca com o impossível: a legitimação do poder punitivo”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 525).

²⁴⁰ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 134.

²⁴¹ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, op. cit. P. 525.

Para Jeremy Bentham, o homem é movido a partir do cálculo realizado pelo grau de prazer que a conduta provoca e o nível de dor causado pela sanção. Assim, a pena era convertida em um bem: “embora não produza a felicidade de quem a suporta, a pena produz um bem na soma das felicidades individuais (utilidade pública), porquanto pouparia o sofrimento como prevenção geral”²⁴². Nota-se, pois, que o filósofo admitia explicitamente valer-se do sujeito como meio para a felicidade da comunidade.

Indagando acerca da finalidade política da pena, Beccaria assevera ser “o terror que imprimem nos corações inclinados ao crime [...] Um crime já cometido [...] só pode ser punido pela sociedade para política para impedir que outros homens cometam outros semelhantes pela esperança de impunidade”²⁴³. O autor parte da hipótese, pois, que a maioria dos homens apenas respeita a lei em razão do temor da sanção.

Por detrás de tais concepções, pressupõe-se a existência de um sujeito que, antes de agir, realiza uma comparação entre as vantagens a serem obtidas com a prática do delito e os ônus impostos pela pena aplicada a tal conduta. Essa visão baseia-se na percepção de homem como ser que age racionalmente e que realiza uma análise de custo-benefício em qualquer circunstância. Alicerçado, portanto, na razão e no livre-arbítrio, o indivíduo é o senhor autorresponsável pelo seu destino.

É neste ponto que reside a primeira fragilidade desta teoria. A imagem de ser humano que dá sustento à prevenção geral negativa é questionável na seara das ciências empíricas. Vejamos o que ensina Davi Tangerino:²⁴⁴

A Psicologia Moral logrou demonstrar que sujeitos moralmente autônomos (capazes de deduzir o conteúdo moral de suas ações em quaisquer circunstâncias) são excepcionais. A Psicanálise, percorrendo outras sendas, chega a conclusão semelhante: a poucos será dada a maturação psicológica tal que lhe torne semelhantes ao sujeito pressuposto pelo Direito Penal.

Não se pretende, neste trabalho, desenvolver as concepções de homem alinhavadas pela Psicologia e pela Psicanálise, mas tão somente questionar a

²⁴² Ibid. P. 568.

²⁴³ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro de bolso, 2015. P. 22.

²⁴⁴ TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011. P. 257.

premissa de indivíduo na qual a teoria da prevenção geral negativa da pena se baseia. As ciências acima mencionadas, embora diversas, chegam à mesma conclusão: o ser humano preconizado pela racionalidade penal moderna, que se vale da razão como instrumento revelador da moralidade e que é capaz de ser dissuadido pela ameaça da pena é, caso exista, excepcional.

Além disso, a seletividade do sistema penal também coloca por terra o argumento intimidatório. Como é cediço, a coação criminal é aplicada a um elegido número de pessoas, uma vez que a criminalização primária²⁴⁵ consiste em um programa tão extenso que sua realização integral torna-se inimaginável. A diferença entre a quantidade de conflitos criminalizados e os que chegam ao conhecimento do sistema, denominada cifra oculta, é um argumento empírico que se contrapõe ao caráter ameaçador da tipificação penal. Nilo e Zaffaroni²⁴⁶ alertam, especificamente, para a seletividade da criminalização secundária:

Uma criminalização que seleciona as obras toscas não exemplariza dissuadindo do delito, mas sim da inabilidade em sua execução: estimula o aperfeiçoamento criminal do delinquente ao estabelecer o maior nível de elaboração delituosa como regra de sobrevivência para quem delinque. Não tem efeito dissuasivo, mas propulsor de maior elaboração delituosa.

Para os referidos doutrinadores, portanto, o efeito da tipificação penal restringir-se-ia ao aperfeiçoamento de técnicas e habilidades para o cometimento do delito, que não deixaria de ser praticado, como pretendem os prevenicionistas, mas realizado com maior refinamento. Esta teoria desconsidera, ainda, um aspecto de suprema importância: a confiança do ofensor em não ser descoberto²⁴⁷. A existência dos denominados delinquentes habituais e profissionais, por si só, é suficiente para que se questione a validade da hipótese preventivo-geral negativa. Da mesma forma, os criminosos ditos impulsivos ou ocasionais rechaçam as hipóteses

²⁴⁵ Enquanto a criminalização primária refere-se ao efeito de incriminar determinada conduta mediante a elaboração de uma lei penal (exercida, portanto, pelas agências políticas), a criminalização secundária é “a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas” pelas agências policiais. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 43).

²⁴⁶ Ibid. P. 45.

²⁴⁷ BITENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 135.

preventivo-gerais-negativas. Nas palavras de Claus Roxin, “cada crime constitui, aliás, pela sua mera existência, uma prova contra a eficácia da prevenção geral”²⁴⁸.

Ademais, é interessante notar que, por trás da crença na prevenção geral negativa, reside a premissa de “que no fundo de cada um de nós há um criminoso nato”²⁴⁹. Pressupõe-se que todos os integrantes da comunidade sejam perigosos e, não fosse a ameaça da pena, praticariam condutas penalmente tipificadas.

Por fim, há que se atentar para o risco dessa vertente culminar na adoção de penas excessivamente severas e de longa duração com vistas a uma maior eficácia intimidativa. Tender-se-ia, não é difícil concluir, para o terror estatal²⁵⁰. Em última análise, poder-se-ia justificar a previsão de pena de prisão perpétua ou em locais degradantes, já que, nesses casos, os ônus impostos pela sanção seriam certamente maiores do que os benefícios obtidos pela prática do delito. Ademais, “permanece em aberto a questão de saber face a que comportamentos possui o Estado a faculdade de intimidar”²⁵¹, alerta Roxin.

É verdade que há pessoas que deixam de cometer delitos por sentirem-se intimidadas. Não obstante, não se pode afirmar, com absoluta certeza, se o efeito dissuasivo reside na pena, na estigmatização social decorrente do fato em si ou da reprovação ética do próprio indivíduo. Deve-se, desde logo, rechaçar o discurso que confunde o direito em geral, as regras de convivência social e a moralidade com o poder punitivo: o direito penal não é uma cultura, mas um conjunto de normas jurídicas que “preveem os crimes e lhes cominam sanções, bem como disciplinam a incidência e validade de tais normas, a estrutura geral do crime, e a aplicação e execução das sanções cominadas”²⁵², não havendo como fundamentar a aplicação da pena a partir dessa finalidade dissuasiva. A política criminal não pode ser

²⁴⁸ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. P. 24.

²⁴⁹ HUNGRIA, Néilson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1976. P. 15.

²⁵⁰ Prova disto é a previsão, no artigo 3º do Código Penal pátrio, das leis penais excepcionais, assim entendidas como aquelas promulgadas para vigorar em condições sociais anormais, tendo sua vigência subordinada à duração do evento que as motivou. Em que pese a questionável constitucionalidade dessa espécie normativa, argumenta-se que, em situações de enchentes, epidemias, crises de abastecimento e calamidades públicas, o aumento do rigor penal teria como objetivo a maior intimidação do corpo social.

²⁵¹ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986. P. 23.

²⁵² BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 24.

reduzida a uma manipulação instrumental de poder para a consecução da “redução dos índices da criminalidade”, nem vislumbrada a partir de um aspecto meramente utilitário.

Não há como se olvidar que esta teoria resultaria na perda de autonomia individual em face da ameaça social explicitada pela normal penal. Em derradeira constatação, ao utilizar o apenado para servir de exemplo aos demais membros da sociedade, instrumentaliza-se o delinquente, que é apenas objeto de um exemplar castigo em atenção à intimidação de terceiros. Em um Estado democrático de direito, a nenhum indivíduo deveria ser imposto sofrimento em benefício de outros. Caso contrário, viola-se, de plano, a dignidade humana, tão presente no campo do discurso: na prática, a teoria é mesmo outra.

1.2.2.2.2. Prevenção geral positiva

A vertente chamada preventiva geral positiva também aduz que a criminalização de condutas produziria efeitos sobre os não-delinquentes, mas não para dissuadi-los pela intimidação, e sim para internalizar nestes indivíduos a noção de que devem conservar e fortalecer os valores ético-sociais. A pena teria, pois, um caráter reforçador da estabilização da norma, sendo a força motriz para a confiança da sociedade no sistema jurídico-penal. Neste sentido, Carrara²⁵³ assevera ser a “finalidade primária da pena” o “reestabelecimento da ordem externa da sociedade”.

Trata-se da ideia de inviolabilidade do ordenamento jurídico, obtida a partir da salvaguarda das normas na consciência da comunidade. Afirma-se que “a lei, por simples fato de ser lei, atua de forma preventivo-geral por orientar os cidadãos como norma válida, não tanto como forma de não serem apenados, mas muito mais e principalmente pela busca de uma vida sem conflitos²⁵⁴”. Nesta senda, mencionam-se as premissas sociológicas de Niklas Luhmann, das quais é possível concluir que

²⁵³ CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Trad. de Ortega y Guerrero. Temis: Bogotá, 1979. P.59.

²⁵⁴ BRITO, Alexis Couto de. As finalidades da pena em Günther Jakobs. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 20.

a pena teria como função a manutenção das expectativas comportamentais normativas²⁵⁵:

Em sociedades mais desenvolvidas a correção de uma norma só pode ser documentada através da normatização também das formas de processamento das frustrações, através de sanções ou de garantias para a imposição de expectativas, pois é apenas por meio da intenção e da tentativa de impor-se a expectativa que o consenso subentendido pode ser convincentemente demonstrado a terceiros. Dessa forma a simples vigência da norma é suficiente para provocar sanções.

Gunther Jakobs²⁵⁶ utiliza-se da mesma matriz teórica para justificar a função preventiva geral integradora da pena: a sanção seria aplicada em razão da violação da consciência coletiva expressada pelo preceito infringido. Caso contrário, uma vez frustradas as expectativas normativas, restaria configurado o desequilíbrio na ordem social e, por conseguinte, a desconfiança nas instituições. Para o autor alemão, o caos estaria instaurado a partir da imprevisibilidade cognitiva.

Ao cominar a pena privativa de liberdade em razão de determinadas comissões ou omissões, o Estado demonstraria, com sua forma mais severa de reação, a vigência inquestionável dos valores que considera fundamentais e que, por esse motivo, estão previstos nas leis penais, “conformando o juízo ético-social do cidadão e fortalecendo seu sentimento de permanente fidelidade ao direito²⁵⁷”. A reação penal, pois, justificar-se-ia para restabelecer a validade e a confiança na norma, de forma a lograr a estabilidade do sistema e a integração social. “Não é mais avaliado o caso concreto, apenas ponderado o perigo (em abstrato) que uma

²⁵⁵ LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. P. 116.

²⁵⁶ Sobre as teorias da pena em Jakobs, transcreve-se a síntese realizada por Alexis Couto de Brito: “Os autores que estudam os aportes de Jakobs têm apontado, ao menos, três fases. Na primeira, a principal finalidade da pena é a influência psicológica nos membros da sociedade para que continuem confiando na norma, ou seja, fiéis ao direito. Em uma segunda fase, Jakobs relega a influência pessoal a um segundo plano (evidentemente por ausência de comprovação prática), e a pena passa a ter a finalidade principal de confirmar a identidade da sociedade na medida em que marginaliza o delito e reafirma a estabilidade normativa, ou seja, a vigência da norma. Em seus últimos textos, Jakobs passa a admitir e até a justificar a ‘dor penal’ que carrega a pena, como forma fática de apoio cognitivo ou consolidação cognitiva”. (BRITO, Alexis Couto de. As finalidades da pena em Günther Jakobs. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 25).

²⁵⁷ Ibid. P. 19.

decisão possa causar nas instituições; protege-se o modelo (a ordem vigente) antes das garantias cidadãs²⁵⁸, ensina Maurício Dieter.

“Se não se realiza a rejeição (refutação) da violação da norma, arruína-se a sua força de integração, e o ‘mau exemplo faz escola’²⁵⁹. Para os defensores desta concepção, a maioria das pessoas não comete crimes não porque se amedronta com a pena, mas sim porque respeita espontaneamente a integração do ordenamento. Resta baseada, pois, na motivação sociopedagógica com vistas ao exercício de lealdade ao direito por parte da população. Concluem Batista e Zaffaroni: “Em última instância, o delito seria uma má propaganda para o sistema, e a pena seria a expressão através da qual o sistema faria uma publicidade neutralizante²⁶⁰. Com a opinião pública a seu favor, o poder punitivo seria sustentado pelo suposto consenso social, criado precisamente pelo próprio exercício deste poder. Autofagia penal, portanto.

Não obstante a retórica argumentativa, esquece tal teoria que as sociedades não são homogêneas, como já mencionado no tópico anterior. A injustiça estrutural presente na coletividade capitalista torna o consenso cada vez mais utópico. Apenas na cidade idealizada por Thomas Morus, em que “todos os germes da ambição, do faciocismo, foram extirpados com os demais vícios²⁶¹, em que o dinheiro não tem valor e que o corpo social é de fato equilibrado e pacífico, poder-se-ia pensar no sucesso dos postulados prevencionistas gerais positivos.

É pressuposto trivial para a coerência dessa teoria, ressalte-se, que a sociedade conheça as disposições normativas. Caso contrário, não seria possível que se demonstrasse influenciada pela estabilidade do ordenamento. Ao afirmar, ainda, que o objeto da sanção não são as consequências externas, mas a desautorização da norma que se expressa com a infração²⁶², a pena prescinde da

²⁵⁸ DIETER, Maurício Stegemann. *A função simbólica da pena no Brasil: Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs*. In: I Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos: Diversidade, Identidade e Emancipação, 2005, Curitiba. Revista da Faculdade de Direito (UFPR). Curitiba: Editora da UFPR, 2005. v. 43. P. 9.

²⁵⁹ BRITO, op. cit. P. 21.

²⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 120.

²⁶¹ MORUS, Thomas. *A utopia*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2011. P. 148.

²⁶² BRITO, Alexis Couto de. As finalidades da pena em Günther Jakobs. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 29.

ofensa a bens jurídico. “Em última instância, tende à retribuição por uma vida desobediente ao estado”²⁶³.

Além disso, uma vez expandido o raciocínio que sustenta essa teoria, corre-se o risco de ser criminalizada toda e qualquer conduta com fulcro na proteção da norma e no fortalecimento do ordenamento. É o que alerta Juarez Tavares²⁶⁴:

Ao lado da instabilidade do processo de descobrimento desses valores ético-sociais, não muito claramente definidos, o direito penal pode ser usado, conforme o destino político que se dê à incriminação, como instrumento ideológico dos mais perigosos. Basta que se imprima aos valores ético-sociais conteúdos semelhantes ao sadio sentimento do povo, ou à consciência coletiva, ou à vontade geral da nação, ou à moralidade pública, para que se instaure um regime de terror, sem fronteiras e ontologicamente legitimado.

Por fim, nota-se, de outro lado, que a prevenção geral positiva, em verdade, não serve apenas como fundamento à pena privativa de liberdade nem ao direito penal, mas sim a qualquer sanção e a qualquer ramo do direito. Nas palavras de Brito, essa tese tão somente afirma que “à frustração de uma expectativa deve seguir uma consequência jurídica, mas não diz nada nem sobre o tipo nem sobre a intensidade da consequência, e desta forma não justifica o direito penal, mas qualquer forma de direito”²⁶⁵. Por que subtrair tempo de vida de um indivíduo e não aplicar outras formas de censura menos violentas, as quais reforçariam do mesmo modo a validade do ordenamento? Levando-se ao extremo, essa teoria continuaria com os seus pressupostos intactos ainda que o direito penal fosse abolido. Por essa simples razão, deve ser rechaçada como justificativa da pena privativa de liberdade.

²⁶³ ZAFFARONI; BATISTA; ALAGIA; SLOKAR, op. cit. P. 125.

²⁶⁴ TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. P. 194.

²⁶⁵ BRITO, Alexis Couto de. As finalidades da pena em Günther Jakobs. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 3

2. CRÍTICAS AO SISTEMA TRADICIONAL

Não temos que fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim fazer algo melhor do que o Direito Penal.

Gustav Radbruch

A fim de demonstrar que todas as teorias legitimantes da pena privativa de liberdade possuem falhas, Winfried Hassermer emprega um exemplo prático no qual comprova que nenhuma delas cumpre a função à qual se propõe²⁶⁶:

O criminoso de guerra está há muitos anos socialmente integrado e não necessita de nenhuma renovada influência da pena estatal (prevenção individual); o impedimento do retorno à ditadura precisamente por meio do direito penal (prevenção geral) constitui uma absurda esperança; nessa armadilha não caem as teorias absolutas. Da mesma forma, não funcionam essas teorias com uma parte da realidade da pena: crimes gravíssimos não podem ser compensados de forma justa e adequada (adequação), e a persecução penal seletiva continua escandalosa (justiça da persecução); neste ponto, as teorias clássicas também não parecem racionais. Nesse sentido, sua roupagem conceitual é muito limitada.

Em percepção similar, Hungria afirma que o insucesso da penitenciária “conjugando fins antagônicos, quais sejam castigo e reforma, redundou num hibridismo fecundo. Verifica-se que há irremediavelmente [...] qualquer coisa que esteriliza, deforma e encrua a alma dos seus hóspedes forçados”²⁶⁷. A reiteração criminosa e a reincidência, de um lado, e a ocorrência de todo e qualquer delito, de outro, são provas de que as teorias da prevenção especial e geral, respectivamente, não funcionam.

Amilton Bueno de Carvalho é certo²⁶⁸:

À pergunta por qual razão ‘nós’ não cometemos o crime de estupro, por exemplo, jamais responderemos que a razão é a tipificação legal do artigo 213, do Código Penal, mas sim daremos motivos morais, seja na educação, motivos religiosos, respeito ao outro. Ou seja, para ‘nós’ não faz qualquer diferença ter ou não a tipificação do artigo 213: com ela ou sem ela não

²⁶⁶ HASSERMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005. P 340.

²⁶⁷ HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1976. P. 12.

²⁶⁸ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 74.

praticaremos o delito. Por outro lado, em relação ao ‘outro’ – digamos o ‘maníaco do parque’ – também a tipificação não tem sentido: com ela ou sem ela, o maníaco praticará.

Neste sentido, propõe-se que, ao invés de tentar retribuir o mal causado ou prevenir futuras práticas delituosas, os mecanismos de censura possuam como função precípua a restauração da relação rompida pela prática de uma conduta definida como crime. Essa mudança de paradigma é proposta pela justiça restaurativa, que tem como uma de suas características principais o protagonismo da vítima na resolução de controvérsias²⁶⁹.

Como sintetiza Daniel Achutti²⁷⁰,

a prática restauradora deve ser marcada, portanto, pela voluntariedade na participação e pelo consenso por parte da vítima e do ofensor quanto aos fatos essenciais relativos à infração e, ainda, pela assunção da responsabilidade por parte do infrator. [...] A Justiça Restaurativa [...] apresenta-se portando um novo ideal, uma nova possibilidade de se enfrentar os conflitos criminais, abandonando-se o velho paradigma de culpa-castigo para um paradigma diálogo-consenso,

Trata-se, pois, do aprofundamento “no conflito, enfatizando as subjetividades envolvidas, superando o modelo retributivo”²⁷¹. Afirmo Pedro Scuro Neto²⁷² que:

‘fazer justiça’ do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas consequências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir, reconstruir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.

Desta feita, defende-se um modelo alternativo de resolução de conflitos penais que busque uma reparação proporcional e consensual com vistas a

²⁶⁹ A justiça restaurativa será propriamente analisada no capítulo 3 deste trabalho.

²⁷⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. P. 36.

²⁷¹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: BASTOS, Márcio Thomaz; LOPES, Carlos; e RENAULT, Sérgio Rabello Tamm (orgs.). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <www.justica21.org.br/interno.php?ativo=BIBLIOTECA>.

²⁷² SCURO Neto, Pedro. *Manual de Sociologia geral e jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000. P. 18.

reestabelecer a confiança perdida entre duas ou mais pessoas. Trata-se de um mecanismo que busca superar a necessidade de sofrimento no momento da censura²⁷³. Fundada nos princípios da dignidade e no respeito ao ser humano, a justiça restaurativa reclama a devolução do conflito aos verdadeiros protagonistas. Isso não significa, faz-se indispensável aclarar, prescindir absolutamente do Estado. Ao contrário: o que se pretende é reafirmá-lo em seu papel de garante da defesa dos direitos fundamentais, como se procurará explicitar em minúcias no próximo capítulo.

Antes disso, porém, faz-se mandatório discorrer sobre três correntes de pensamentos críticos que se desenvolveram a partir da inconformidade com o sistema de justiça criminal tradicional. Desta feita, versar-se-á, nos tópicos subsequentes, sobre teorias deslegitimantes, abolicionismo penal e vitimologia.

2.1. Criminologia Radical e a deslegitimação do sistema tradicional

Há mais de cem anos, Tobias Barreto já questionava os fundamentos do poder de punir, alegando que “quem procura o fundamento jurídico da pena deve também procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”²⁷⁴. Pena e guerra têm em comum a distribuição da violência e imposição de dor e, inclusive por essas razões, não podem encontrar sustentação no direito, uma vez que representam a própria negação do jurídico.

Nesta seara, ao retirar a questão da esfera jurídica e realocá-la no plano político, Barreto rechaça as teorias que atribuem funções positivas ao cárcere²⁷⁵:

O conceito de pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político. Este ponto é capital. O defeito das teorias correntes em tal matéria consiste justamente no erro de considerar a pena como uma consequência do direito, logicamente fundada [...]. Que a pena, considerada em si mesma, nada tem a ver com a ideia do direito, prova-o de sobra o fato de que ela tem sido muitas vezes aplicada e executada em nome da religião, isto é, em nome do que há de mais alheio à vida jurídica.

²⁷³ Parte-se da premissa que a sanção penal configura-se, inexoravelmente, em um “fazer sofrer”, como preconizado por Nietzsche. (NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Trad. de P.C. Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 1998. P. 55.)

²⁷⁴ BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 650.

²⁷⁵ Ibid. P. 649.

Em posição semelhante, assevera André Giamberardino²⁷⁶:

não parece haver, enfim, uma justificação racional para a pena, na medida em que as perspectivas consequencialistas tendem à supressão de princípios de justiça fundamentais como a exigência da responsabilidade pelo ato e a proporcionalidade, ao passo que o prisma retributivo é filosoficamente problemático, justificando, no máximo, a punição no caso concreto, mas sem ser capaz de justificar a pena como instituição política.

Na tentativa de sobrepujar as falácias que envolvem o conceito jurídico de pena e as justificativas racionais e legitimantes do cárcere e do sistema penal tradicional, foram desenvolvidas as chamadas teorias negativas da pena privativa de liberdade. Como constata Eugenio Raúl Zaffaroni, o sistema penal tradicional “parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto em termos preceptivos, uma vez que não vemos obstáculos à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal”²⁷⁷.

Neste contexto, é preciso, preliminarmente, caminhar de uma “perspectiva micro para uma compreensão macrocriminológica no interior das ciências criminais”²⁷⁸. Para tanto, faz-se imperioso abandonar o paradigma etiológico²⁷⁹, característico do positivismo²⁸⁰, e construir uma teoria materialista, alicerçada no

²⁷⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 97.

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 106.

²⁷⁸ CARVALHO, Salo. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, p. 279-303, 2013. P. 280.

²⁷⁹ Sobre esse paradigma, ensina Anitua: “Os jovens críticos também estavam guiados pela convicção sobre a incorreção do paradigma etiológico, pois a busca de causas não é possível com relação a objetos que são definidos através de normas, convenções ou valorações sociais ou institucionais, enquanto aplicar o método de conhecimento causal-naturalista a esses objetos produz a coisificação dos resultados das definições normativas prévias”. (ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 660).

²⁸⁰ Embora fuja do escopo deste trabalho a análise da cultura do positivismo, transcreve-se os ensinamentos da Professora Vera Malaguti Batista: “No positivismo, o delito é um ente natural (paradigma atualizado pelas neurociências e suas publicações apologéticas). O determinismo biológico se contrapõe à ideia liberal de responsabilidade moral. O importante é ‘estudar’ o autor do delito e classificá-lo, já que o delito aparece aqui como sintoma da sua personalidade patológica, causada pelos mesmos fatores que produzem a degenerescência. Se o liberalismo revolucionário tratava de limitar o poder punitivo absolutista, aqui a pena encontrará um caudal de razões para expandir-se; as estratégias correcionalistas se vestirão de características curativas, reeducativas, ressocializadoras, as famigeradas ideologias ‘re’. A natureza criminal fará com que elas também se expandam temporalmente, voltem a ser indeterminadas. Afinal, o fenômeno criminal seria um dado ontológico pré-constituído”. (BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. PP. 45-46).

estudo dos comportamentos desviantes sob a perspectiva econômico-política. Como visto no primeiro capítulo deste trabalho, não há como ignorar a inter-relação dos mecanismos punitivos com a forma de produzir e vender mercadorias.

Alessandro Baratta afirma que as classes dominantes almejam a “contenção do desvio em limites que não prejudiquem a funcionalidade do sistema econômico-social e os próprios interesses e, por consequência, na manutenção da própria hegemonia”²⁸¹. O autor corrobora sua premissa ao comprovar, com dados estatísticos, que a grande maioria da “população carcerária é de extração proletária, em particular, de setores do subproletariado e, portanto, de zonas sociais já socialmente marginalizadas como exército de reserva pelo sistema de produção capitalista”²⁸².

Isso não significa dizer, todavia, que os delitos sejam efetivamente praticados em sua maioria pela classe operária. A seleção de pessoas às quais são impostas as penas, processo que convencionou denominar-se criminalização, “não se leva a cabo por acaso, mas como resultado da gestão de um conjunto de agências que formam o chamado sistema penal”²⁸³.

Como é cediço, o processo seletivo de criminalização se desenvolve em duas etapas, quais sejam, a primária e a secundária. A criminalização primária consiste na seleção das condutas que serão penalmente tipificadas. Nas palavras de Eugênio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, é “o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas”²⁸⁴. Trata-se da opção feita pelo poder legislativo em elencar determinados comportamentos como crimes.

Não obstante, alerta Juarez Cirino dos Santos que “esse mecanismo não se limita à seleção de tipos penais de comportamentos proibidos, mas inclui variações de natureza e intensidade de punição”²⁸⁵. Assim, o rigor excessivo para delitos

²⁸¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 (Pensamento Criminológico; 1). P. 197.

²⁸² Ibid. P. 198.

²⁸³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 43.

²⁸⁴ Ibid. P. 43.

²⁸⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. P. 45.

usualmente praticados pelas massas marginalizadas e a mínima severidade para comportamentos característicos das elites, como a criminalidade financeira, são retratos também da seletividade da criminalização primária.

A seu turno, a criminalização secundária refere-se à “ação punitiva exercida sobre pessoas concretas”²⁸⁶, à materialização do enunciado legislativo, mormente pelas agências policiais, judiciais e penitenciárias. Se a criminalização primária se apresenta como abstrata e impessoal, nessa fase a atuação é palpável e real.

Na esteira dos ensinamentos de Batista e Zaffaroni, as duas etapas de criminalização são sempre orientadas pelos “empresários morais”²⁸⁷, grupo que engloba desde comunicadores sociais a políticos, além de organizações de defesas de minorias e grupos religiosos. “Em qualquer dos casos, a empresa moral acaba desembocando em um fenômeno comunicativo: não importa o que seja feito, mas sim como é comunicado”²⁸⁸.

Nesse sentido, os atos “cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes”²⁸⁹. Forma-se, assim, um estereótipo no imaginário coletivo que atribui a indivíduos desvalorados e marginalizados uma pré-concebida figura pública de delinquente, influenciada por condicionantes de classe social, etnia, gênero, dentre outros.

Com efeito, Batista e Zaffaroni asseveram que este estereótipo é, precisamente, o principal critério seletivo da criminalização secundária: “daí a existência de certas uniformidades da população penitenciária associadas a desvalores estéticos [...] que o biologismo criminológico considerou causas do delito quando, na realidade, eram causas da criminalização”²⁹⁰. O sistema penal promove, pois, uma concomitante seleção de condutas tipificadas e de indivíduos estigmatizáveis.

²⁸⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. P. 43.

²⁸⁷ Ibid. P. 45.

²⁸⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 45.

²⁸⁹ Ibid. P. 46.

²⁹⁰ Ibid. P. 46.

Em percepção semelhante, Cirino atesta que o caráter “‘fragmentário’ do direito penal [...] oculta a proteção de interesses das classes e grupos sociais de poder econômico e político [...] e a criminalização de comportamentos típicos das classes e grupos sociais subalternos”²⁹¹.

Sendo certo que a “criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-lo a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável”²⁹², há, também, uma disparidade entre a realização das condutas penalmente tipificadas e aquelas que efetivamente são perquiridas pelas agências punitivas: trata-se da configuração da denominada cifra oculta. Significa dizer que a incidência do controle penal será, invariavelmente, seletiva, violando, de plano, o princípio constitucional da isonomia, como concluem Batista e Zaffaroni²⁹³:

A regra geral da criminalização secundária se traduz na seleção: a) por fatos burdos ou grosseiros (a obra tosca da criminalidade, cuja detecção é mais fácil), e b) de pessoas que causem menos problemas (por sua incapacidade de acesso positivo ao poder político e econômico ou à comunicação massiva).

Neste contexto, mister transcrever a indagação formulada por Nilo Batista: “Sem adentrar a fascinante questão de que o estado primeiro inventa para depois combater o crime, esse combate não será algo miseravelmente reduzido ao crime acontecido e registrado?”²⁹⁴.

Uma vez delineada a interferência das classes dominantes sobre a configuração e o funcionamento do sistema penal, torna-se possível retomar a análise do delito como fruto da produção capitalista, mencionada no capítulo inaugural deste trabalho. Sobre o tema, consigna Elena Larrauri²⁹⁵:

²⁹¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. P. 45.

²⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. PP. 43-44.

²⁹³ Ibid. P. 46.

²⁹⁴ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007. P. 37.

²⁹⁵ No original: “que la estructura socioeconómica debe analizarse para entender el delito y la penalidade y también las consecuencias políticas de una teoría; que el sistema penal es selectivo, en su definición de qué comportamientos son delitos y en su aplicación cotidiana. Esto es, en los comportamientos que el sistema penal identifica como delito y son en consecuencia objeto de persecución funciona con criterios que priman la persecución del delito común realizado por personas socialmente excluidas”. (LARRAURI, Elena. Una defensa de la herencia de la criminología

que a estrutura socioeconômica deve ser analisada para compreender o delito e a penalidade e também as consequências políticas de uma teoria; que o sistema penal é seletivo tanto em sua tipificação de comportamentos como delitos quanto em sua aplicação cotidiana. Isto é, nos comportamentos em que o sistema penal identifica como delito e são, por conseguinte, objeto de persecução, os critérios utilizados primam pela persecução de crimes comuns realizados por pessoas socialmente excluídas.

Nessa acepção, a lei penal pode ser encarada como uma “estrutura (também designada superestrutura) dependente do sistema de produção (infraestrutura ou base econômica)”²⁹⁶. Por tudo o que foi exposto até aqui, compreende-se a pena de prisão como um fato de poder. Como tal, também é objeto dos influxos oriundos do plano econômico e das relações de dominação e força nele desenvolvidos.

Nesta esteira de pensamento, é possível concluir que o direito penal “não é uma ciência, mas sim uma ideologia que só será entendida mediante uma análise sistêmica denominada método histórico-dialético. O homem, por sua vez, não tem o livre-arbítrio que lhe atribuem, pois está submetido a um vetor econômico que lhe é insuperável”²⁹⁷.

Imprescindível, nesta senda, fazer menção à Criminologia Radical. Juarez Cirino dos Santos aduz que o compromisso primário desta corrente do saber inclui “a abolição das desigualdades sociais em riqueza e poder, afirmando que a solução para o problema do crime depende da eliminação da exploração econômica e da opressão política de classe”²⁹⁸. Agrega-se, para tanto, os campos político, criminológico e econômico visando à compreensão do sistema de controle social a partir de uma análise materialista do crime.

A partir do estudo do papel do Direito enquanto matriz de controle social dos processos de trabalho e das práticas criminosas²⁹⁹, resta demonstrada a relação entre o sistema penal e o modelo de produção capitalista. Neste contexto,

crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi ‘crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta’. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n. 17, 2006).

²⁹⁶ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 288.

²⁹⁷ Ibid. P. 288.

²⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. P. 36.

²⁹⁹ Ibid. P. 39.

apresenta-se como fundamental aporte teórico para os criminólogos radicais o pensamento marxista. Afirma Cirino³⁰⁰ que

o estudo do crime e do controle social não se reduz aos tipos legais de crimes, mas compreende o tipo social de autos (posição de classe), o tipo de sociedade (formação econômico-social), seu estágio de desenvolvimento (nível tecnológico), o papel da formação econômico-social no mercado mundial (posição na relação imperialismo/dependência), as funções na divisão internacional do trabalho (fornecedor de matéria-prima e de mão-de-obra ou exportador de capitais) etc.

Conclui o autor que o mesmo aparelho econômico que aceita a brutalização do trabalhador no ambiente laboral encaminha o desempregado para o crime: “o sistema de controle social atua com todo rigor na repressão da força de trabalho excedente marginalizada do mercado [...], mas o objetivo real é a disciplina da força de trabalho ativa, integrada no mercado de trabalho”³⁰¹. A semelhança entre a fábrica, como instituição central de produção capitalista, e do cárcere, como instituição central de controle social, é evidente, como demonstrado no capítulo 1 deste trabalho. Nota-se, por conseguinte, que o Estado deve ser percebido como organização política do poder de classe e que a lei é criada em consonância com o modelo de produção dominante.

Importante ressaltar que a Criminologia Radical não nega a maior “liberdade e igualdade do trabalhador produtivo na sociedade capitalista, em comparação com o servo da sociedade feudal ou com os contingentes marginalizados de mercado de trabalho e de consumo no capitalismo”³⁰², como os desempregados e encarcerados. O que se pretende, em verdade, é comprovar a indissociabilidade entre a disciplina do trabalho e o controle social e fundamentar “a tese radical de que justiça econômica e justiça penal são aspectos de um mesmo e único fenômeno”³⁰³.

Em vias de síntese, Juarez Cirino leciona que a Criminologia Radical estuda “o sistema punitivo como sistema dinâmico de funções do modo capitalista de produção, negando o mito do direito penal igualitário”³⁰⁴. Atribuir qualquer função

³⁰⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008. P. 40.

³⁰¹ Ibid. P. 41.

³⁰² Ibid. P. 43.

³⁰³ Ibid. P. 43.

³⁰⁴ Ibid. P. 44.

positiva ao cárcere e ao modelo tradicional, pois, implica reforçar a reprodução das desigualdades sociais, com a satisfação dos interesses das classes dominantes e da manutenção de um setor de estigmatizados.

Assim, defende-se uma mudança de perspectiva: não mais teorias legitimantes da pena, e, por conseguinte, do poder punitivo, mas estratégias de contenção de danos e da violência decorrente das agências do estado de polícia. Parte-se do marco teórico fornecido pela denominada “teoria agnóstica”, de acordo com a qual a pena resta definida como “exercício de poder que não tem função reparadora ou restitutiva nem é coerção administrativa direta [...] É agnóstico quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la”³⁰⁵.

Importante notar que a Constituição de 1988 é silente no que concerne aos fins da pena, restringindo-se a estatuir garantias fundamentais, formas de persecução e meios de punição. Neste sentido, ensina Salo de Carvalho³⁰⁶:

No ordenamento constitucional brasileiro, porém, os princípios relativos à punição referem exclusivamente formas de sanção e limites punitivos, ou seja, o constituinte, abdicando da resposta ao por que punir?, direciona os esforços para delimitar o como punir?. Reside neste ponto a segunda relevante alteração em nosso cenário punitivo: a perspectiva absenteísta sobre os discursos de justificação impõe critérios limitativos à interpretação, aplicação e execução das penas.

Assim, embora a Lei de Execuções Penais, de 1984, molde o programa punitivo a partir da ressocialização (teoria da prevenção especial positiva), há que se atentar para a mudança de perspectiva ocorrida quatro anos mais tarde, com o advento da Carta de 1988. Da leitura atenta dos dispositivos constitucionais sobre a questão criminal, conclui-se que, com a indicação de limites ao poder punitivo

³⁰⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 99.

³⁰⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. P. 260.

estatal³⁰⁷, o constituinte optou por uma “política penalógica de redução de danos”, como demonstra Salo de Carvalho³⁰⁸.

Ademais, as teorias negativa e materialista-dialética propõem uma reflexão acerca do próprio conceito de crime e de sua relação com a classe social dominante. O ato desviado deve ser analisado em conjunto com as bases estruturais vigentes na sociedade na qual vive o autor do fato. O delito, portanto, “não é ontológico, não está dado pela natureza como o mar e os peixes, é uma construção histórico-social portadora de medos e perigos concretos”³⁰⁹. A desnaturalização do fenômeno criminal constitui um passo essencial para que se perceba que o sistema de justiça criminal tradicional não é inevitável, mas sim uma escolha. Nada impede, portanto, o desenvolvimento de um novo modelo como pretende o paradigma restaurativo.

Necessário se faz, pois, o afastamento da percepção do crime como violação contra o Estado ou como transgressão de uma norma, para que o mesmo seja visto como um conflito passível de solução por meio do diálogo entre as partes envolvidas. É nesse contexto que se insere a justiça restaurativa, a qual rechaça a prevenção e a retribuição em prol do reestabelecimento da relação rompida pela prática do delito, como se objetivará demonstrar no capítulo 3 deste trabalho.

2.2. Abolicionismo penal e as contribuições do minimalista Nils Christie para o desenvolvimento de um modelo restaurativo

Especial relevância para este trabalho possuem os aportes abolicionistas, os quais representam as mais originais e contundentes críticas acadêmicas ao sistema penal³¹⁰. Ao rechaçar as teorias legitimantes da pena e utilizar como pressuposto o fato de que o sistema penal nada mais é do que uma máquina de produzir dor inutilmente, a vertente abolicionista deslegitima de forma radical o sistema carcerário

³⁰⁷ Dentre as formas dispostas na Constituição Federal para minimizar o sofrimento decorrente da persecução penal, é possível citar os princípios da pessoalidade, da individualização da pena, do devido processo legal, da humanidade e do respeito à integridade física e moral dos presos, bem como a restrição de certas espécies de pena e da excepcionalidade da prisão.

³⁰⁸ CARVALHO, Salo. *A Política Criminal de Drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. P. 177.

³⁰⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 15.

³¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 98.

e a lógica punitiva vigente, afirmando que “o sistema penal causa mais malefícios do que benefícios à sociedade e que, portanto, não deve permanecer em funcionamento”³¹¹.

Em sentido semelhante, leciona Raúl Zaffaroni³¹²:

O sistema penal parece estar deslegitimado tanto em termos empíricos quanto preceptivos, uma vez que não vemos obstáculo à concepção de uma estrutura social na qual seja desnecessário o sistema punitivo abstrato e formal, tal como demonstra a experiência histórica e antropológica. O argumento iluminista do sistema penal para evitar a vingança 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 de poder do sistema penal para evitar-se a generalização da vingança, porque o sistema penal só atua sobre um número reduzidíssimo de casos e, mesmo assim, a imensa maioria das ocorrências impunes não generaliza vinganças ilimitadas.

Assim, a lei penal, ao invés de solucionar problemas, configura-se como parte de uma engrenagem violenta criada para perpetuar uma ordem social seletiva e estigmatizante. “A pena é inflição consciente de dor”³¹³, afirma Nils Christie. Questiona-se o poder dos profissionais jurídicos e a centralização estatal da administração de conflitos presentes no modelo criminal tradicional.

Edson Passetti define abolicionismo como “uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão”³¹⁴. Refuta-se a naturalização do castigo, a seletividade intrínseca ao sistema penal e as funções positivas do cárcere. Trata-se da compreensão de delito como uma situação-problema, à qual devem ser abertas “possibilidades para um percurso experimental de respostas”³¹⁵ diversas da aplicação burocrática da pena privativa de liberdade.

Neste contexto, fornece o abolicionismo penal substrato teórico suficiente a evidenciar as limitações estruturais incapacitantes do sistema criminal. A partir dessa percepção é possível defender uma mudança de paradigma com vistas a dirimir os

³¹¹ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 91.

³¹² ZAFFARONI, op. cit. P. 106.

³¹³ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 124.

³¹⁴ PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Verve* (PUCSP), São Paulo, v. 9, p. 83-114, 2006. P. 83.

³¹⁵ *Ibid.* P. 84.

comportamentos indesejados de outra maneira. Em vez de punições alternativas, alternativas à punição.

Vera Regina Pereira de Andrade refere-se “à dupla via abolicionista, como perspectiva teórica e movimento social, eis que o abolicionismo suscitou, desde o início, a relação entre teoria e prática”³¹⁶. Enquanto movimento social, leciona a autora que o abolicionismo manifesta-se com a criação de grupos de ação contra o sistema penal como a Liga Coorhhert fundada por Louk Hulsman; a Associação Norueguesa para a Reforma Penal (KROM) de Thomas Mathiesen (1969) e seus contrapontos escandinavos KRUM (Suécia, 1966) e KRIM (Dinamarca e Finlândia, 1967). Pode-se citar, ainda, o grupo Alternativas Radicais à Prisão (RAP) criado na década de 1970 na Inglaterra, o Grupo de Informação sobre a Prisão, fundado por Michel Foucault na França e o KRAK, na Alemanha³¹⁷.

Enquanto variante teórica, o abolicionismo refuta a veracidade do modelo criminal fundado na culpa e na punição e apresenta novas alternativas de abordagem das situações penalmente tipificadas. Nesta toada, Andrade afirma não ser possível falar em “abolicionismo”, mas em “abolicionismos”, uma vez que são distintas as fundamentações metodológicas em direção à abolição³¹⁸.

Em sentido semelhante, Eugenio Raúl Zaffaroni leciona que “os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos”³¹⁹. O autor faz alusão a quatro correntes de pensamento distintas que se inserem no rótulo “abolicionismo penal”, quais sejam, a (i) fenomenológica de Hulsman, que preconiza ser o sistema penal um problema em si mesmo, na medida em que causa sofrimentos desnecessários, não apresenta qualquer efeito positivo e é “sumamente difícil de ser mantido sob

³¹⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência*, Florianópolis, v. 52, p. 163-182, 2006. P. 165.

³¹⁷ No mesmo sentido, ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 92.

³¹⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Sequência*, Florianópolis, v. 52, p. 163-182, 2006. P. 165.

³¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 98.

controle³²⁰; a (ii) marxista, de Mathiesen, que vincula o sistema penal à estrutura produtiva capitalista ; a (iii) estruturalista, de Foucault, o qual assinala que os conflitos foram expropriados pelo poder quando do surgimento dos Estados Nacionais; e a (iv) fenomenológico-historicista de Christie.

Sem se olvidar da indubitável importância de nomes como Hermann Bianchi, Hulsman, Mathiesen e Pasetti, para citar apenas alguns, optou-se por analisar em detalhes apenas as propostas fornecidas por Nils Christie. Esta delimitação justificase em razão da maior confluência teórica com o modelo de justiça restaurativa que se pretende alinhar neste trabalho, notadamente por admitir o autor que, ainda em casos excepcionais, não se pode renunciar ao sistema penal. Nessa perspectiva, assevera o criminólogo que, havendo dúvida, não se pode punir; e quando não existir outra alternativa senão afastar o ofensor do convívio social, fazê-lo da forma menos dolorosa possível³²¹. Não se pretende, ressalte-se, negar a relevância de outros pensadores abolicionistas: a razão para não serem explorados neste texto é puramente metodológica, e não qualitativa.

Em um de seus trabalhos mais conhecidos, Christie constata que um dos principais elementos do sistema criminal tradicional consiste em converter os conflitos entre as partes em uma relação entre um dos envolvidos e o Estado³²². É o representante do Ministério Público que tem a chance de conversar com o acusado e de descrever as perdas advindas pela prática da conduta. O ofensor passa a ser o objeto de estudo, de manipulação e de controle por parte das ciências criminais e do poder punitivo³²³. A vítima, portanto, perde duas vezes: primeiro, ao sofrer a ofensa; depois, ao ter seu direito de participação na solução da controvérsia negado. “A vítima perdeu o caso para o Estado”³²⁴. Conclui o autor que ela “resta reduzida a uma não-entidade e o ofensor a uma coisa”³²⁵.

³²⁰ Ibid. P. 98.

³²¹ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 1981. P. 11.

³²² No original: “*The key element in a criminal proceeding is that the proceeding is converted from something between the concrete parties into a conflict between one of the parties and the state*”. (CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*. V. 17, n. 1, 1977. P. 5).

³²³ Ibid. P. 5.

³²⁴ No original: “*The victim has lost the case to the state*”. (Ibid. P. 3).

³²⁵ No original: “*We have added to all those forces that reduced the victim to a nonentity and the offender to a thing*”. (Ibid. P. 5).

Ainda versando sobre o confisco compulsório da gestão dos comportamentos delituosos, o autor alerta para a contribuição fornecida pelos advogados para a configuração desta prática. “Advogados são particularmente bons em roubar conflitos. Eles são treinados para isso. [...] Conflitos se tornam propriedades dos advogados”³²⁶.

Em linhas de conclusão, Christie ressalta que a crítica feita à apropriação do conflito se aplica tanto à criminologia positivista quanto à criminologia crítica. Isso porque, enquanto a primeira buscava explicar o crime a partir das características pessoais do delinquente, a segunda justifica o delito como resultado de conflitos econômicos. “A velha criminologia não retrata o conflito, a nova criminologia converte os conflitos interpessoais em conflitos de classes”³²⁷. O autor reconhece que os crimes sejam expressão do conflito de classes – mas, com essa assertiva, eles são mais uma vez retirados das mãos dos indivíduos diretamente interessados. “Assim, como afirmação preliminar: os conflitos criminais ou se tornaram propriedades de outras pessoas – principalmente de advogados – ou passaram a ser definidos a distância por outras pessoas”³²⁸.

Não obstante, o autor norueguês afirma que o maior perdedor com o confisco do conflito não é a vítima nem o ofensor, mas a sociedade³²⁹. A primeira perda configura-se no aspecto pedagógico: perde-se a oportunidade de discutir a essência da lei. Como visto, os advogados são treinados para afirmar o que é legalmente relevante em determinado caso. Isso significa que, além de não haver espaço para as partes informarem o que elas mesmas acreditam ser importante, não existe a possibilidade de qualquer debate político nos tribunais. “Essa perda é, antes de qualquer coisa, uma perda de oportunidade de esclarecimento da norma”³³⁰.

³²⁶ No original: “*Lawyers are particularly good at stealing conflicts. They are trained for it. [...] Conflicts become the property of lawyers*”. (CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*. V. 17, n. 1, 1977. P. 4).

³²⁷ No original: “*The old criminology loses the conflicts, the new one converts them from interpersonal conflicts to class conflicts*”. (Ibid. P. 5).

³²⁸ No original: “*So, as preliminary statement: criminal conflicts have either become other people’s property – primarily the property of lawyers – or it has been in other people’s interests define conflicts away*”. (Ibid. P. 5).

³²⁹ Ibid. P. 8.

³³⁰ No original: “*This loss is first and foremost a loss in opportunities for norm-clarification*”. (Ibid. P. 8).

Exemplifica Christie que pouco importa se o ofensor é educado, negro ou se sua mulher acabou de deixá-lo, bem como se a outra parte é uma companhia de seguros ou se sua empresa irá falir se ele for preso. O que importa é a norma, e nada mais.

Outra perda – esta sofrida tanto pela vítima quanto pela sociedade – relaciona-se com o nível de ansiedade e de concepções equivocadas. O ofendido resta tão afastado da resolução das controvérsias que jamais tem a chance de ser encontrar com o ofensor. Ele é deixado de lado, com raiva, talvez humilhado, sem nenhum contato humano com o agressor e não possui qualquer alternativa de modificar essa situação. Nas palavras de Nils Christie, “ele tem uma necessidade de compreensão, mas é, em vez disso, tratado como uma não-pessoa em uma peça de Kafka. Claro, ele vai embora mais assustado do que nunca, mais na necessidade de uma explicação de criminosos como não-humanos”³³¹. O estereótipo do “criminoso”, portanto, é reforçado. Por conseguinte, acentuam-se as hostilidades.

Para modificar este paradigma, Christie propõe encontros entre vítimas e ofensores. Reconhece o autor que, em um primeiro momento, talvez os envolvidos fiquem tímidos ou constrangidos. Passado algum tempo, porém, a reação será positiva, assegura o criminólogo. Isso porque há razões por trás das ações humanas que, ao serem expostas, podem causar empatia e reduzir a animosidade da situação. Com isso³³²,

a atenção será centrada nas perdas da vítima. Isso leva a uma busca natural sobre como elas podem ser suavizadas. Significa discutir restituição. O ofensor tem a possibilidade de modificar sua posição de ouvinte da discussão – muitas vezes altamente ininteligível – acerca de quanta dor ele deve receber, para a posição de participante de uma discussão sobre como ele poderia fazer um bem novamente. O ofensor perdeu a oportunidade de se explicar para uma pessoa que pode perdôá-lo. Comparado com as humilhações vivenciadas em um tribunal ordinário, [...] isso não é obviamente um mau negócio para o criminoso.

³³¹ No original: “*He has a need for understanding, but is instead a non-person in a Kafka play. Of course, he will go away more frightened than ever, more in need of an explanation of criminals as non-human*”. (CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*. V. 17, n. 1, 1977. P. 8).

³³² No original: “*serious attention will centre on the victim’s losses. That leads to a natural attention as to how they can be softened. It leads into a discussion of restitution. The offender gets a possibility to change his position from being a listener to a discussion – often a highly unintelligible one – of how much pain he ought to receive, into a participant in a discussion of how he could make good again. The offender has lost the opportunity to explain himself to a person whose evaluation of possibilities for being forgiven. Compared to the humiliations in an ordinary court [...] this is not obviously any bad deal for the criminal*”. (Ibid. P. 9).

Para o autor, os conflitos deveriam ser vistos como bens valiosos, cujo potencial “reside justamente no fato de oportunizar aos cidadãos a administração de seus próprios problemas, o que podem fazer com que se tornem um importante meio de aprendizado para lidar com os problemas da vida cotidiana”³³³.

Christie enfatiza, ainda, que sua posição não se justifica em razão da confiança na diminuição da reincidência, apesar de acreditar na configuração desse resultado. “Não estou baseando meu raciocínio na crença de que um encontro mais íntimo entre vítima e ofensor reduziria a reincidência. Talvez reduzisse. Eu acho que sim”³³⁴. Afirma o autor que, pelo menos até o momento, não foi inventada a cura para o crime. Com exceção da pena de morte, da castração e da prisão perpétua, nenhuma medida se mostrou empiricamente capaz de impedir a prática de novos delitos³³⁵. Por que não, pois, deixar que as partes diretamente envolvidas no conflito determinem o que consideram justo?

Em detrimento de se aferir apenas a culpa, portanto, defende que se dê espaço para os reais interessados se manifestarem. A vítima passa a ser o foco do sistema. O modelo descentralizado e horizontal de resolução de controvérsias esboçado por Christie é precisamente o pilar da justiça restaurativa, como será visto no terceiro capítulo deste trabalho³³⁶.

Quase uma década mais tarde, Nils Christie publicou um artigo³³⁷ em que menciona que o sistema penal moderno, longe de fazer justiça, apenas permite a

³³³ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 105.

³³⁴ No original: “*I am not basing my reasoning on a belief that more personalised meeting between offender and victim would lead to reduce recidivism. Maybe it would. I think it would*”. (CHRISTIE, Nils. *Conflicts as property*. *The British Journal of Criminology*. V. 17, n. 1, 1977. P. 9).

³³⁵ *Ibid.* P. 9.

³³⁶ O artigo “*Conflicts as property*” foi publicado em 1977. Em 2009, Christie escreveu um texto intitulado “*Restorative justice: five dangers ahead*” em que versa precisamente sobre a justiça restaurativa a partir da ideia de conflitos enquanto propriedade. Veja-se parte da introdução: “*It is good to be back in Sheffield. It has taken some time – 30 years, I understand. Then as now, the topic is conflicts. The question then was who owns the conflicts (Christie, 1977). Now, the question is: are there dangers ahead? During this period, restorative justice has been quite a remarkable growth area. The time was clearly ripe for it. Measured by the number of articles, books, small and large conferences, and most of all, in concrete initiatives, not much can compete with restorative justice among other fields of penal policy. Obviously, it has been a great success*”. (CHRISTIE, Nils. *Restorative justice: five dangers ahead*. In: *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice: effects of social technologies*. Sheffield: CRC Oress, 2009. P. 195).

³³⁷ CHRISTIE, Nils. *Images of man in modern penal law. Contemporary crises*. V. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986. P. 98.

aplicação de regras e princípios pré-estabelecidos. Neste modelo, o homem é visto como uma criança do Estado³³⁸: o objeto da punição é atingir a conformidade das leis e o controle dos cidadãos. A dor, portanto, é usada como instrumento pedagógico³³⁹ para influenciar os outros a não cometerem crimes.

Em contraposição a este modelo, o autor verifica um interesse crescente na aplicação de medidas não penais, as quais frequentemente culminam em acordos de reparação pelos danos causados³⁴⁰. Constata uma mudança, ainda que lenta, em direção à solução comunitária das controvérsias, com vistas ao fim do monopólio da violência e da redução do sofrimento. O autor aposta na maturidade das pessoas para lidar com seus próprios problemas.

Em 2004, Nils Christie publicou o livro intitulado “Uma razoável quantidade de crime”. A obra inicia-se com uma incisiva afirmação: o crime não existe. O termo, longe de possuir um conceito ontológico, funciona como uma esponja, capaz de englobar grandes ou pequenas quantidades de atos conforme os interesses dominantes. Nas palavras do criminólogo, “já que o crime não existe como entidade estável, o conceito de crime é funcional para todo tipo de controle. [...] O crime é muito e nada. Crime é um conceito livre para manobras”³⁴¹.

Christie procura demonstrar, com exemplos concretos, que o delito é apenas uma das várias formas de se classificar atos deploráveis. A partir da analogia com o Rei Midas, o autor constata que “muito do que a polícia e a prisão tocam se converte em crimes e criminosos”³⁴². Nada é crime e ninguém é criminoso; eles se tornam. Neste contexto, percebe-se que³⁴³

O crime está em permanente oferta. Atos passíveis de criminalização são como recurso natural ilimitado. Pouco pode ser considerado crime – ou muito. Atos não são, eles se tornam; seus significados são criados no

³³⁸ Ibid. P.98.

³³⁹ Ibid. P. 99.

³⁴⁰ CHRISTIE, Nils. Images of man in modern penal law. *Contemporary crises*. V. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986. P. 104.

³⁴¹ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 16.

³⁴² Ibid. P. 23.

³⁴³ Ibid. PP. 29-30.

momento em que ocorrem. Avaliar e classificar são atividades essenciais aos seres humanos. O mundo nos vem na forma em que o constituímos. O crime, portanto, é o produto de processos culturais, sociais e mentais. Para todas as condutas, inclusive aquelas tidas como indesejáveis, há dúzias de alternativas possíveis para a sua compreensão: perversidade, loucura, honra distorcida, ímpeto juvenil, heroísmo político – ou crime. As mesmas condutas podem, pois, ser tratadas por vários sistemas paralelos, como o judicial, o psiquiátrico, o pedagógico, o teleológico.

Christie denominou “justiça horizontal” a alternativa não violenta que propôs. Três são as características principais desse modelo, quais sejam³⁴⁴: (i) as decisões possuem esteio local. Cada comunidade deve estabelecer, de forma descentralizada, o que considera justo; (ii) não há soluções pré-definidas. Cada caso deve ser gerido de acordo com suas particularidades; e (iii) a compensação é mais importante e mais natural do que a retribuição. “Punições são particularmente disfuncionais em sistemas como esses. Punir – inflição consciente de dor – significa gerar uma guerra civil em sistemas frágeis”³⁴⁵, atesta o criminólogo.

Não se nega, ressalte-se, a existência de atos violentos ou indesejáveis. Tampouco pretende-se incentivar sua prática. Nesta senda, aduz Nils Christie: “Não nego, ainda, que possuo fortes objeções morais à maioria desses atos – tento evitá-los, tento preveni-los. Também não nego que talvez seja útil considerar alguns desses atos como crimes”³⁴⁶. É neste momento que, com todas as letras, o autor se proclama minimalista. Embora, como último recurso, ele admita a utilização do modelo punitivo para gestão de condutas em determinados casos.

Não se pretende – nem Christie, nem os demais autores abolicionistas o fazem – “renunciar à solução dos conflitos que devem ser resolvidos; apenas [...] propor uma reconstrução de vínculos solitários de simpatia horizontais ou comunitários”³⁴⁷ que permitam a resolução desses conflitos de uma forma não punitiva e sem a intervenção estatal. Concorde-se, integralmente, com o apontamento realizado por Gabriel Anitua: “é possível deslegitimar por falsa a

³⁴⁴ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. PP. 117-118.

³⁴⁵ Ibid. P. 118.

³⁴⁶ Ibid. P. 30.

³⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. Trad. de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991. P. 104.

imputação feita aos abolicionistas em geral [...] de pleitear ‘utopias’ e esquecer o que realmente sofrem ou esquecer a realidade dos ‘delitos’³⁴⁸.

O pressuposto é simples: se o sistema penal é um dado inevitável, deve ser utilizado na menor medida possível. Quando não for possível utilizar alternativas não violentas, a perspectiva teleológica funcional redutora faz-se fundamental para concretizar uma política de mitigação dos danos.

Nesta perspectiva, o autor constata que a infligção intencional de dor não possui qualquer eficácia em restaurar os valores violados. No entanto, Christie assevera que não pode concordar com a abolição total das leis penais e do sistema formal de punição³⁴⁹.

A primeira razão que justifica tal afirmação refere-se “àqueles que não desejam participar do processo de reconciliação ou buscar qualquer tipo de acordo”³⁵⁰. Alguns ofensores não ousam encontrar com as vítimas ou espontaneamente pedir perdão; “eles entram em pânico e buscam o processo realizado por um tribunal imparcial”³⁵¹. Por outro lado, “há vítimas que não consideram a reconciliação; preferem que o ofensor seja punido”³⁵².

Além disso, estabelece o autor que “outro problema importante que a completa abolição das punições traria é que os processos de reconciliação poderiam se deteriorar”³⁵³. O entusiasmo pela justiça horizontal não pode desvirtuar seus propósitos de forma a manter a essência punitiva sob o rótulo de pacificação.

“Um terceiro caso de procedimento penal é o do crime sem vítima. Talvez uma crença tenha sido violada [...] Ou talvez haja a necessidade de regular o que algumas pessoas estão fazendo contra si próprias”³⁵⁴. Nesses casos, Christie reconhece que algumas medidas civis e administrativas poderiam ser tentadas –

³⁴⁸ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15). P. 696.

³⁴⁹ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 124.

³⁵⁰ Ibid. P. 124.

³⁵¹ Ibid. P. 124.

³⁵² Ibid. P. 124.

³⁵³ Ibid. P. 125.

³⁵⁴ Ibid. P. 126.

“mas nem sempre são suficientes. A pena deveria permanecer como último recurso”³⁵⁵.

Não obstante, o sistema punitivo deve ser utilizado apenas de forma residual e subsidiária, naquelas hipóteses em que definitivamente não for possível valer-se do sistema horizontal. Se abolir o sistema pena não se mostra alcançável, é possível caminhar bastante nessa direção. Christie chega a questionar se deve “insistir em sustentar a justiça restaurativa”³⁵⁶ para “casos difíceis” como crimes de ódio, estupro e exploração sexual infantil. “É certo deixar os culpados se safarem apenas com palavras?”³⁵⁷, indaga.

Christie inicia a resposta ao seu próprio questionamento afirmando que a pena é uma manifestação simbólica e, como tal, não pode se equiparar ao ato praticado. “Se desejarmos preservar a humanidade, a pena não pode ser pura retribuição. O filho morto não voltará; o dano proporcional consistiria em tirar a vida do culpado de forma semelhante ao seu crime”³⁵⁸. Assim, a resposta punitiva pode não ser a correta inclusive para esses casos extremos.

Encerra-se a exposição transcrevendo as precisas palavras do criminólogo norueguês³⁵⁹:

Nessa situação, 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. Ambos se perguntam como se pode lidar com tais atos. Compensar o ofendido, estabelecer uma comissão para a verdade, ajudar o ofensor a pedir perdão? O minimalismo proporciona alternativas. [...] Fazer com que a análise parta dos conflitos, e não do crime, viabiliza uma perspectiva libertadora. Significa não ser capturado pela ‘necessidade penal’, e, sim, estar livre para escolher.

Ante o exposto, nota-se que o autor afasta a visão monolítica que estabelece a pena como única opção crível para gerir os fatos penalmente tipificados. Como conclui Achutti, tendo como premissa a inconformidade com o “simplismo e a violência do sistema penal, pode-se perceber que Christie não estava apenas

³⁵⁵ Ibid. P. 127.

³⁵⁶ CHRISTIE, Nils. *Uma razoável quantidade de crimes*. Trad. de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011. P. 128.

³⁵⁷ Ibid. P. 129.

³⁵⁸ Ibid. P. 130.

³⁵⁹ Ibid. PP. 30-31.

preocupado em formular uma crítica, mas também em oferecer uma nova possibilidade para a administração dos conflitos³⁶⁰. Trata-se do modelo que se procurará desenvolver no capítulo 3 deste trabalho, ao qual se convencionou denominar justiça restaurativa.

2.3. Do estado de desconhecimento ao protagonismo do ofendido: breves colaborações vitimológicas

Consiste, também, em fundamental instrumento teórico para a elaboração deste trabalho o estudo da vitimologia. Esse termo teria sido utilizado pela primeira vez durante um Congresso em Bucareste no ano de 1947 por Benjamin Mendelsohn, considerado, não por acaso, o pioneiro nesse campo do conhecimento³⁶¹. Inicialmente, o centro de análise da vitimologia era a relação entre o ofensor e o ofendido, notadamente no que concerne à contribuição da vítima para a configuração do ato criminoso³⁶². Estudava-se sua responsabilidade no delito, de forma a reforçar a divulgação da ideia de vítima-culpada. Assim, “a vitimologia desenvolveu-se [...] com a (má) reputação de ser a ‘arte de repreender a vítima’”.

No entanto, como lecionam Caroline Eliacheff e Daniel Soulez Larivière, “quando em 1967 um estudo sobre o estupro (estudo Amir) colocou em causa as mulheres que haviam sido vítimas, os movimentos feministas reagiram violentamente e os vitimólogos se viram forçados a rever suas teses³⁶³. A partir daí, a vitimologia passou a orientar-se a serviço da vítima: “já não se tratava de saber no que a vítima podia ser coautora do traumatismo, mas de impor *a priori* que ela era inocente³⁶⁴”.

³⁶⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 112.

³⁶¹ Nesse sentido, ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Trad. de Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 45; e CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 71.

³⁶² Mendelsohn classificou as vítimas em três grupos, quais sejam, (i) vítimas inocentes; (ii) vítimas que colaboraram na ação nociva; e (iii) vítimas que tiveram papel exclusivo no delito. (ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Trad. de Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 46).

³⁶³ ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Trad. de Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 46.

³⁶⁴ *Ibid.* P. 46.

Ester Kosovki ensina que se trata de um “campo multidisciplinar por excelência e abrange vários níveis de atuação em diferentes contextos. Podemos dizer que repousa em um tripé: estudo e pesquisa; mudança da legislação e assistência e proteção à vítima”³⁶⁵. Cada um desses segmentos reveste-se de importância fundamental para uma nova visão do crime e de todo o sistema penal. Para a autora, a pesquisa acerca do impacto do crime nas vítimas é fundamental para adaptar a legislação a uma nova abordagem e para detectar o escopo dos programas voltados aos interesses dos ofendidos³⁶⁶.

Antes de iniciar a análise vitimológica, é imprescindível esclarecer o conceito de seu objeto de estudo. Na esteira de Guilherme Costa Câmara, a definição de “vítima” não pode restringir-se a um modelo rígido sintetizado no tipo penal, porquanto a vítima não coincide necessariamente com o sujeito passivo do delito. Assim, o autor considera vítima “todo indivíduo, atingido direta ou reflexamente pela delinquência, na sua pessoa ou patrimônio, tendo suportado lesões físicas ou mentais”³⁶⁷.

Corriqueiramente, refere-se à vitimização primária, na qual constata-se os danos físicos, emocionais e econômicos, para citar apenas alguns, sofridos pela própria vítima do delito. Há que se atentar, ainda, para a vitimização secundária ou sobrevivimização, a qual remete à intrínseca violação de direitos perpetrada pelo sistema de justiça criminal tradicional. “É possível afirmar que tais processos são inerentes ao contato com o sistema penal, e não produto de um mau funcionamento dele”³⁶⁸, ressalta Giamberardino. Merece análise, por fim, a vitimização terciária, que engloba os mecanismos de estigmatização por parte da comunidade em relação ao

³⁶⁵ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 146.

³⁶⁶ “Algumas dessas ações, já implantadas com sucesso, incluem o programa de intervenção em crises, a compensação, a restituição, o ressarcimento do dano, a assistência médica, psicológica e jurídica, que prevê o acompanhamento tanto na mediação, como no processo criminal ou cível quando instaurado”. (KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 148).

³⁶⁷ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 77.

³⁶⁸ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 49.

ofendido e a seus familiares. Não é incomum, por exemplo, o divórcio entre pais de crianças assassinadas e a queda do rendimento escolar de filhos de envolvidos em procedimentos criminais.

Como já exposto neste trabalho, a adjudicação compulsória do conflito distanciou a vítima da composição da resposta institucional. Seu papel hoje é quase insignificante: quando muito, no que diz respeito “ao processo criminal, testemunha de acusação ou ator civil; no que toca ao Direito Penal substantivo: mero sujeito passivo ou objeto material do delito”³⁶⁹. A satisfação de seu interesse perde lugar para o cumprimento da norma por meio da condenação do “delinquente”. Sem espaço para se manifestar no campo criminal, o ofendido resta neutralizado pela racionalidade penal moderna. Com efeito, afirma-se que as vítimas são as “notas de rodapé do processo criminal”³⁷⁰: relegadas a segundo plano, não possuem participação ativa no processo. Como conclui Shecaira, “a vítima resulta sendo vítima também do sistema punitivo”³⁷¹.

Faz-se necessário sublinhar que, além de ter sido excluída do âmbito do direito e do processo penal, a vítima não possui condições sequer de determinar se sofreu algum dano ou não. A ela é vedada qualquer possibilidade de diálogo. Guilherme Costa Câmara, na mesma toada, assevera³⁷²:

Nesse sentido, podemos afirmar que o fato ofensivo à vítima transubstanciou-se em fato ofensivo ao Direito e o Estado passou não apenas a ditar o Direito, mas, decidir quando uma norma foi ou não violada e a reagir contra aqueles que transgrediram um preceito legal.

A principal contribuição da vitimologia consiste na inversão deste paradigma ao trazer a vítima do estado de desconhecimento ao de conhecimento. Isso porque, como explicam Caroline Eliacheff e Daniel Soulez Larivière, “é sabido que a ausência de reconhecimento pode provocar feridas tão intensas quanto o próprio traumatismo. Suportar não permite obter reparação”³⁷³. Rechaça-se a posição do

³⁶⁹ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. P. 45.

³⁷⁰ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 31.

³⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. P. 310.

³⁷² CÂMARA, op. cit. P. 47.

³⁷³ ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 49.

ofendido enquanto mero objeto passivo sobre o qual incide, primeiro, o delito, e, depois, o processo penal.

Nas palavras de Nilo Batista, para a superação deste paradigma e desenvolvimento de um novo modelo de gestão de controvérsias, o primeiro “requisito será outorgar à vítima um protagonismo cuja defecção é exatamente o elemento histórico-estrutural que caracteriza o modelo punitivo (‘confisco do conflito’)³⁷⁴. É preciso que se dê mais atenção àquele que foi lesado pela prática do crime, auscultando-o e dando voz nas decisões “sobre o seu destino, com o objetivo máximo de encontrar respostas positivas e benefícios para as partes envolvidas e, assim, aproximar-se da Justiça”³⁷⁵.

Necessário enfatizar que, neste trabalho, são utilizadas as contribuições trazidas pela denominada “vitimologia crítica”, a qual, fortemente influenciada pelo pensamento feminista, como já mencionado, procura demonstrar a seletividade dos processos de vitimização³⁷⁶. Debate-se o papel do Estado e da própria lei na construção de estereótipos sobre os quais se aliena a vítima da discussão e a converte em uma espécie de “consumidor”. Neste sentido, ensina André Giamberardino³⁷⁷ que essa vertente teórica

visa superar o debate se as vítimas teriam ‘necessidades ou direitos’, ambas respostas reducionistas, se isoladas. A primeira tende à

³⁷⁴ BATISTA, Nilo. Alguns princípios para a reforma da justiça criminal. In *Novas tendências do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2004. P. 92.

³⁷⁵ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48., fev./mar. 2008. P. 150.

³⁷⁶ Discorda-se, pois, da vertente vitimológica que preconiza o denominado “princípio da autorresponsabilidade”, isto é, a visão da vítima-culpada. “Os esforços deste setor têm-se dirigido à elaboração de um princípio, o denominado ‘princípio da autorresponsabilidade, através do qual se sustenta que a vítima tem um dever de autoproteção. Esse dever, certamente, não alcançaria níveis desmedidos, restringindo-se à adoção de medidas possíveis, razoáveis, usuais e exigíveis. A partir daí, a omissão das mencionadas medidas implicaria, para a vítima, o não merecimento ou a falta de necessidade de proteção penal. Em suma, se a vítima, podendo e devendo autoprotger-se, nos termos antes mencionados, não o fez, o autor pode chegar a ficar isento de toda a pena pela conduta delituosa”. Configura-se, pois, a revitimização. A vítima, que já se configura como dupla perdedora no processo tradicional (perde, primeiro, ao sofrer a ofensa, e, depois, ao ser objetificada no curso do procedimento criminal), perderia mais uma vez com a defesa do princípio da “autorresponsabilidade”. (SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010. P. 61)

³⁷⁷ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 44.

monetização do dano sofrido e da experiência de vitimização, enquanto a segunda é em regra contraposta, ideologicamente, aos 'direitos do réu'.

Pesquisas empíricas demonstram³⁷⁸ que a intensidade dos impactos emocionais decorrentes da prática de delitos supera consideravelmente a dimensão econômica do dano sofrido. Em verdade, “o interesse da vítima é encontrar uma cena adaptada a cada aspecto de seus danos, uma cena na qual seja tratada em seu benefício psicológico, moral ou patrimonial”³⁷⁹. É preciso refutar a falsa ideia de que a vítima sempre almeja o castigo e a imposição de sofrimento ao ofensor.

De acordo com os relatos de Louk Hulsman, funciona, desde 1980, no Tribunal de Paris, um serviço de atendimento a vítimas. Os responsáveis por esta atividade perceberam que “ali se apresentam espontaneamente quantidades de pessoas que não têm o menor propósito de perseguir quem quer que seja, embora se considerando vítima de toda sorte de fatos”³⁸⁰. Observou-se que esse grupo, em regra, não possuía um propósito vingativo ou alguma agressividade manifesta: seus integrantes queriam falar dos prejuízos sofridos e fazer cessar a situação que os incomodava. Como afirma Hulsman, “o que querem essas vítimas é obter reparação e reencontrar a paz, assim como encontrar alguém que as escute com paciência e simpatia”³⁸¹. A conclusão obtida a partir dessa experiência corrobora a hipótese que se pretende demonstrar nesse trabalho: o que a vítima precisa é sentir-se empoderada. “Quando pessoas compreensivas e amigáveis lhes permitem se expressar com calma e melhor se situar em seu conflito, um pouco de seu problema já está resolvido”³⁸². A punição do ofensor, por outro lado, não traz nenhum benefício para aquele que foi agredido.

Interessante pesquisa empírica realizada por Giamberardino junto à 2ª Vara do Tribunal do Júri de Curitiba, Paraná, entre os anos de 2007 e 2012³⁸³ demonstra

³⁷⁸ Ibid. P. 47.

³⁷⁹ ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. O tempo das vítimas. Trad. Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012. P. 203.

³⁸⁰ HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Trad. de Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993. P 118.

³⁸¹ Ibid. P. 119.

³⁸² Ibid. P. 119.

³⁸³ ³⁸³ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. PP. 32-41.

que, dos 252 estudos que ouviram o sujeito vitimizado ou seu familiar acerca do que consideravam justo em relação ao julgamento do réu, “em 123 deles (48,8%) é possível falar em uma expectativa de censura em sentido amplo”³⁸⁴. Dentro desse grupo, foram ouvidas 52 manifestações explícitas em prol da prisão, vingança ou outra forma cruel de punição e 71 demonstrações de outras formas de censura. Prossegue o autor afirmando que o segundo grupo “reuniria as expressões evidentes de indiferença ou contrariedade à punição do réu, com 61 casos (24,2%) e por fim um terceiro grupo de 68 respostas abrangeria tão somente as consequências do crime”³⁸⁵, sem que fosse mencionada qualquer expectativa em relação ao julgamento formal.

Alerta o pesquisador que, ao se proceder à leitura do conteúdo das entrevistas acima descritas, “é evidentemente necessário levar em conta a limitação do ‘arsenal retórico’ disponibilizado aos entrevistados”³⁸⁶ que apenas possuem como marco referencial a justiça criminal da forma como hoje funciona. Não obstante, apesar dessa ressalva, é possível inferir que, mesmo no âmbito dos crimes mais graves como aqueles julgados pelo Tribunal do Júri, são diversas as percepções subjetivas em relação ao que é justiça, as quais se fazem presentes em discursos punitivos e não punitivos.

Verifica-se, portanto, que o Estado, não raras as vezes, deixa de atender aos interesses dos ofendidos em prol da análise fria da norma e da persecução criminal do ofensor. Muitas vezes a vítima sequer consegue acompanhar o desenvolvimento das etapas processuais e tampouco compreendem a linguagem forense e os trâmites burocráticos. Nas palavras de Jane Reis Gonçalves Pereira, os debates legais são “protagonizados por advogados e agentes estatais que se encarregam de traduzir as demandas para a linguagem jurídica. Os direitos humanos judicializados, segundo essa leitura crítica, encerram o risco de restarem subservientes à configuração legalista e estatista que o processo impõe”³⁸⁷. Nesta senda, conclui

³⁸⁴ Ibid. P. 36.

³⁸⁵ Ibid. P. 36.

³⁸⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 37.

³⁸⁷ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 29, p. 127-157, 2016. P. 129.

Giamberardino que, “com a profissionalização do sistema de justiça criminal, a vítima, o acusado, seus próximos, todos são apartados da própria possibilidade de compreensão do que se passa”³⁸⁸.

O que se pretende, portanto, é reintroduzir a vítima na gestão dos conflitos para que ela própria possa ter voz ativa na construção da solução. Neste contexto, um dos pilares da justiça restaurativa é, precisamente, o reconhecimento do ofendido. Significa dizer que o ponto focal deste sistema de resolução de controvérsias reside no atendimento das necessidades da vítima, que passam a ser os protagonistas do procedimento, como se verá a seguir.

³⁸⁸ GIAMBERARDINO, op. cit. P. 43.

3. JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO MÉTODO ADEQUADO DE SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS PENAIS

Aprendemos a voar como os pássaros
e a nadar como os peixes,
mas não aprendemos a conviver como irmãos.

Martin Luther King Jr.

Conforme logrou-se demonstrar no primeiro capítulo desta dissertação, o modelo de justiça criminal que tem como arcações o confisco do conflito e a pena privativa de liberdade “está repleto de promessas não cumpridas, como a suposta função intimidatória da pena e a ressocialização”³⁸⁹. A racionalidade penal moderna³⁹⁰ fundamenta a punição como uma obrigação e uma necessidade: havendo crime, haverá pena. “A violação de uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena afliativa”³⁹¹.

Cria-se o mito de que a pena, notadamente a privativa de liberdade, é considerada “o melhor meio de defesa contra o crime”³⁹². O direito penal restringe-se a uma “fórmula redutora de complexidades”³⁹³ ou ao que Salo de Carvalho denominou “método de despedaçamento”³⁹⁴. Por conseguinte, observa-se que a

³⁸⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: legislação e experiências espanholas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, abr./mai. 2008. P. 176.

³⁹⁰ Como define Álvaro Pires, “[a racionalidade penal moderna] trata-se de um sistema de pensamento ligado a um conjunto de práticas institucionais jurídicas que se designa ‘justiça penal’ ou ‘criminal’, constituído por uma rede de sentidos com unidade própria no plano do saber e que liga estreitamente fatos e valores, o que lhe confere um aspecto normativo. Esse sistema de pensamento, que aqui denominarei 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 que ele assume”. (PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, n. 68, 2004. P. 45).

³⁹¹ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011. P. 80.

³⁹² PIRES, op. cit. P. 43.

³⁹³ ACHUTTI, Daniel Silva. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência domesticada no Direito Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52. out./nov. 2008. P. 217.

³⁹⁴ CARVALHO, Salo de. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, 2005. P. 311.

racionalidade penal moderna erige uma cláusula de barreira na medida em que naturaliza a estrutura normativa punitiva vigente, apresentando-a como alternativa unívoca à questão criminal. “O pensamento aparente, (ainda) é automático: qual a solução para a violência? A cadeia”³⁹⁵, observa Daniel Silva Achutti.

“Não é necessário muito esforço intelectual para constatar que o atual paradigma punitivo e a racionalidade que o fundamenta encontram-se em crise”³⁹⁶, ocasionada, especialmente, pela ausência de legitimação do modelo”³⁹⁷. Como bem sintetizam Gabriel Antinolfi Difan e Keli Ananda Humes³⁹⁸:

Não é necessário tecer, neste instante, mais considerações acerca das verdades (estas, sim, reais) sobre a falência (múltipla) dos órgãos que desempenham o papel de engrenagem no trânsito jurídico-penal: o direito penal e o próprio poder punitivo estatal, à luz da análise doutrinária mais apurada, padecem de uma anemia de legitimação jurídica evidente (sobretudo em países periféricos); a própria pena em si carece ainda de substrato teórico sólido que a justifique (entendendo-se a ‘adoção das costumeiras teorias – hipóteses retributivas e preventivas – que a explicam e estabelecem como um puro ato de contentamento teórico); sem falar na trivialidade da assunção mais do que derrotada quanto a total ausência de alternativas – técnicas, doutrinárias, práticas e mesmo econômicas – de se seguir sustentando utopicamente a pena de prisão (método punitivo-estatal por excelência desde a modernidade) enquanto portadora de alguma das finalidades benéficas que muito já lhe foram literariamente atribuídas.

Por tudo o que foi exposto até aqui, assume-se como pressuposto que não existe um modelo apriorístico de resolução de conflitos. O sistema de justiça criminal³⁹⁹ vigente não é exclusivo nem inevitável, e sim uma construção humana –

³⁹⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência domesticada no Direito Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52. out./nov. 2008. P. 217.

³⁹⁶ Embora não seja o objeto deste estudo, impende colacionar que, para Ilana Luz, essa crise funda-se em três fatores preponderantes: (i) crise da razão essencialmente punitiva; (ii) o colapso da ideologia do tratamento; e (iii) o esquecimento da vítima. (LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011. P. 81).

³⁹⁷ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011. P. 81.

³⁹⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez./jan. 2010. P. 53.

³⁹⁹ John Braithwaite acertadamente o denomina “sistema de injustiça criminal”, justificando tal expressão a partir da seletividade intrínseca ao modelo e da diferenciação de tratamento dispensado aos “criminosos de colarinho branco”. Veja-se: “*Few sets of institutional arrangements created in the*

portanto, uma escolha. Não há nada que impeça o desenvolvimento de um novo modelo, desvinculado da lógica centrada no castigo e na punição, como pretende o paradigma restaurativo.

A partir dos aportes teóricos fornecidos pela criminologia radical, pelo abolicionismo penal e pela vitimologia, explicitados no segundo capítulo deste trabalho, entende-se possível a construção de um modelo radicalmente distinto dessa forma quase universal e inquestionável de administração de conflitos penais, voltado à “drástica redução da violência na forma de administrar as situações problemáticas”⁴⁰⁰. Em detrimento da visão baseada, fundamentalmente, nos binômios repressão-punição e crime-castigo, busca-se a prevalência dos valores “de respeito, responsabilidade e reciprocidade com relação à cidadania e aplicação das leis”⁴⁰¹. Nesse contexto, encontra-se a denominada justiça restaurativa⁴⁰², cujos contornos serão alinhavados a seguir.

3.1. Aportes conceituais

Se a democracia pressupõe múltiplos discursos e pensamentos divergentes, é cediço que o conflito faz parte de sua essência, posto que uma relação interpessoal plenamente consensual demonstra-se faticamente impossível. A divergência é inerente a uma sociedade pluralista e, sob tal perspectiva, não deve

*West since the industrial revolution have been as large a failure as the criminal justice system. In theory it administers just, proportionate corrections that deter. In practice, it fails to correct or deter, just as often making things worse as better. It is a criminal injustice system that systematically turns a blind eye to crimes of the powerful, while imprisonment remains the best-funded labour market program for the unemployed and indigenous peoples. It pretends to be equitable, yet one offender may be sentenced to a year in a prison where he will be beaten on reception and then systematically bashed thereafter, raped, even infected with AIDS, while others serve 12 months in comparatively decent premises, especially if they are whitecollar criminals”. (BRAITHWAITE, John. Restorative justice and a better future. *Dalhousie Review*, v. 76, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4>. Acesso em 06.ago.2016).*

⁴⁰⁰ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 52.

⁴⁰¹ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos humanos e justiça restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48. fev./mar. 2008. P. 146.

⁴⁰² Vera Regina Pereira de Andrade afirma que a justiça restaurativa consiste em “um modelo que, embora destinado a conflitos diversificados – na família, na vizinhança, na escola, no ambiente de trabalho, nas comunidades e no sistema de justiça – adquire maior transcendência como mecanismo de resolução de conflitos definidos como crimes, infrações e violências”. (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 334.). Neste trabalho, será apenas analisado o âmbito penal.

ser camuflada, mas trabalhada para que, a partir da discussão e do confronto, sejam encontradas possibilidades efetivas de superação.

Quando conduzidos erroneamente, seja por meio da negação, da acomodação, do evitamento ou da retaliação, seja pelo rompimento total, os conflitos se transformam em violência. Tal violência não se manifesta necessariamente em sua modalidade física – pelo contrário; na maioria das vezes, a má administração dos conflitos resulta na denominada “violência passiva”, caracterizada pelo sofrimento de cunho emocional.

Considerando o que foi exposto nos capítulos anteriores, parte-se do pressuposto de que os conflitos penais têm sido geridos inadequadamente. O paradigma punitivo de reação ao delito fornece uma resposta verticalizada e aflitiva, que apenas suspende o conflito no tempo e estende-se “a margem de puros atos unilaterais de poder”⁴⁰³, de forma a gerar violência em diversos níveis.

O ponto inicial, pois, é que esse sistema não se mostra satisfatório para ninguém. “Nada ganha e todos perdem”⁴⁰⁴: (i) perde a vítima porque, não obstante ter sofrido a lesão, volve a ser vítima do sistema, uma vez que, ao ter o conflito confiscado, sua recuperação, que deveria ser o ponto focal de qualquer sistema de resolução de conflitos, resta desconsiderada; (ii) perde o agressor porque ingressa em um sistema que o estigmatiza e que o faz sofrer, inclusive fisicamente, conforme o demonstram, por exemplo, os motins e as precárias condições vivenciadas no cárcere; (iii) perde o Estado porque “investe grandes somas de dinheiro em um sistema ineficiente”⁴⁰⁵; e (iv) perde a comunidade porque experimenta sensações de injustiça, impunidade e insegurança, as quais, apesar do crescente número de encarcerados, tendem a aumentar com o passar do tempo.

Não se desconhecem os malefícios e muito menos se incentiva a prática de qualquer conduta penalmente tipificada, desde que, por óbvio, sejam respeitados os princípios da subsidiariedade e da intervenção mínima. Pretendeu-se, entretanto,

⁴⁰³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 101.

⁴⁰⁴ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 206.

⁴⁰⁵ *Ibid.* P. 206.

demonstrar os fatores pelos quais não se comunga da ideia de ser o cárcere a melhor maneira de (tentar) solucionar contendas.

Nesse passo, a justiça restaurativa busca a mudança de enfoque de forma a mostrar o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, pacífica e não prejudicial. Para tanto, necessita-se, em primeiro lugar, retirar o conflito da moldura normativa que justifica a punição para entregá-lo aos verdadeiros interessados, os quais devem possuir a oportunidade de decidir as consequências dos atos em que se envolveram, de forma a curar as feridas porventura abertas. “Operar o Direito a partir do modelo burocrático requer tão somente conhecer as regras do ordenamento jurídico, a lógica e o funcionamento do sistema de justiça”⁴⁰⁶. Justiça não pode ser sinônimo de decisão judicial imposta, como se verifica no sistema verticalizado vigente. Nesse contexto, indaga Arun Gandhi: “Como podemos apagar um incêndio se antes não cortamos o suprimento de combustível que alimenta as chamas?”⁴⁰⁷

Busca-se, pois, a abertura do sistema a partir de “revisão das regras à luz de princípios” e da “transição lei-justiça por intermédio de institutos jurídicos capazes de investigar e descobrir”⁴⁰⁸. Pretende-se que a definição de justiça seja fornecida, em cada relação conflituosa, pelos próprios envolvidos, de forma horizontal. Não há que se buscar obstinadamente o acordo ou o consenso, mas valorizar a conflitividade a partir do diálogo e, com isso, melhorar a coexistência⁴⁰⁹.

As práticas restaurativas encontram terreno fértil para aplicação no âmbito penal, em especial, devido à já mencionada “crise de legitimidade”⁴¹⁰ vivenciada

⁴⁰⁶ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 168.

⁴⁰⁷ GANDHI, Arun. Prefácio. In: ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. P. 15.

⁴⁰⁸ SCURO NETO, op. cit. P. 168.

⁴⁰⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006. P. 101.

⁴¹⁰ Lucidamente, aduz Vera de Andrade: “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 de controle social (Polícia, Ministério Público, Judiciário)”. (ANDRADE,

pelo sistema criminal tradicional. Como ensina Howard Zehr, ao invés de um “confronto trágico entre dois indivíduos, o procedimento legal e a mídia o transformam em um crime envolvendo um criminoso e – algo lembrado apenas secundariamente – a vítima”⁴¹¹.

Assim sendo, o atual modelo de justiça penal, ao funcionar como um “recipiente passivo”⁴¹², ignora as reais necessidades dos ofendidos e a singularidade dos conflitos individuais para satisfazer predominantemente os interesses punitivos do Estado, conforme minuciosamente explicitado nos capítulos anteriores. Nas palavras de Daniel Achutti⁴¹³:

Ao estabelecer que o que está em jogo não é um *conflito*, mas um *delito*, concretizado pela *infração à norma legal* e não pela produção de um *dano* a uma pessoa, a lógica moderna do sistema penal reduz a importância e a magnitude de um fato delituoso na vida das pessoas (em especial, das vítimas) e determina que o acontecido não é nada mais do que um *fato típico, ilícito e culpável* e que, portanto, merece a reprimenda estatal.

Percebe-se que a razão instrumental que legitima o sistema penal tradicional está fadada ao insucesso, mormente ao insistir em enfrentar da mesma forma situações específicas e singulares – qualquer que seja a ofensa típica, ilícita e culpável perpetrada, incidirá uma pena, notadamente a privativa de liberdade.

Em oposição a essa perspectiva, a justiça restaurativa fornece a possibilidade de “criar espaços para o diálogo, onde a construção das respostas seja viabilizada, e cada caso possa apresentar a resposta mais adequada”⁴¹⁴. O foco, pois, volta-se à relação singular, e não a uma regra abstrata.

Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. P. 334). Sobre o sistema tradicional e suas críticas, ver capítulos anteriores.

⁴¹¹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 18.

⁴¹² SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 168.

⁴¹³ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 38.

⁴¹⁴ ACHUTTI, Daniel Silva. Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência domesticada no Direito Penal. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52. out./nov. 2008. P. 220.

Mylène Jaccoud ensina que os vestígios das práticas restaurativas “se encontram em muitos códigos decretados antes da primeira era cristã”⁴¹⁵. Para a autora, seu ressurgimento contemporâneo justifica-se por três movimentos: (i) de contestação das instituições repressivas; (ii) da descoberta da vítima; e (iii) da exaltação da comunidade. Daniel Achutti, por outro lado, afirma que os principais fatores que influenciaram esse ressurgimento foram os movimentos pelos direitos civis e das mulheres⁴¹⁶, “que possuíam pontos em comum em suas experiências de injustiça e de tratamento indiferente pelo sistema oficial”⁴¹⁷. De qualquer sorte, Pedro Scuro Neto percebe que “aos encantos da justiça restaurativa está relacionada, igualmente, a dificuldade de saber de onde ela veio”⁴¹⁸.

O que se sabe é que não se trata de “um fenômeno novo, uma nova justiça, mas [de] uma nova maneira de se fazer justiça, já que indica o ressurgimento de uma abordagem antiga sobre a infração e o conflito”⁴¹⁹. Na esteira dos ensinamentos de John Braithwaite⁴²⁰, o interesse contemporâneo pela justiça restaurativa no Ocidente ganhou impulso após a realização, em 1974, de um

⁴¹⁵ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016. P. 170.

⁴¹⁶ Explica o autor: “Nos anos 1960 dos Estados Unidos, estes movimentos podem ser considerados pontos cruciais para a emergência da justiça restaurativa: enquanto a luta pelos direitos civis salientava a discriminação 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 de 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”. (ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 54)

⁴¹⁷ Ibid. P. 53.

⁴¹⁸ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 178.

⁴¹⁹ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 204.

⁴²⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford Press, 2002. P. 8.

programa de reconciliação entre vítima e ofensor no Canadá, mais precisamente na cidade de Kitchener, em Ontário⁴²¹.

No Brasil, Pedro Scuro Neto⁴²² leciona que a saga restaurativa teria se iniciado no ano de 1998, em escolas públicas, “como programa de pesquisa de prevenção de desordem, violência e criminalidade” intitulado “Projeto Jundiaí”. Em síntese, tal projeto baseava-se no “controle da escola pela própria escola”, partindo “de uma visão realista da escola como ambiente de exposição à desordem e à violência”⁴²³. As câmaras restaurativas⁴²⁴ eram utilizadas na solução dos incidentes, considerados mais graves, ocorridos no ambiente escolar.

Por ser uma prática ainda em construção, não foi estabelecido um consenso sobre a sua definição. Até porque um conceito fechado parece representar algo incompatível com os próprios princípios da justiça restaurativa, que tem como características intrínsecas a diversidade e a fluidez. Nesse sentido, questiona Josefina Castro⁴²⁵:

Se, em grande medida, o poder de sedução e o sucesso destes novos dispositivos de justiça informal podem ser atribuídos à fluidez e indefinição

⁴²¹ No mesmo sentido: PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 204. Prossegue o autor: “O país pioneiro a introduzir o modelo restaurativo foi a Nova Zelândia, em 1989, que aprovou o Estatuto das Crianças, Jovens e suas Famílias (*Children, young persons and their families act*), rompendo radicalmente com a legislação anterior e que visava responder ao abuso, ao abandono e aos atos infracionais. [...] O processo essencial para tomada de decisões deveria ser a reunião de grupo familiar, que visava incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais responsáveis”.

⁴²² SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 164.

⁴²³ Aduz o autor: “O Jundiaí questionava a visão de escola como instituição desvinculada da realidade, como uma ‘sociedade em miniatura’ que ensina cidadania e determina a forma como o mundo vai ser governado nas próximas gerações. [...] O projeto [...] percebia deficiências e integrava as escolas numa matriz de transformação institucional gerada por protagonismo e co-responsabilidade de todos os atores, capacitando-os a transformar a realidade e melhorar as condições de vida mediante ações estratégicas, sistêmicas e multiinstitucionais”. Criou, dessa maneira, um ‘novo sistema de disciplina e organização para as escolas brasileiras’, incorporando os componentes do empreendimento ‘em um sistema para resolver conflitos e problemas disciplinares, na perspectiva da construção de um sentido de ordem e segurança nas escolas’. Atualmente, o modelo é reproduzido em diversos projetos de juizados que procuram ampliar a abrangência da rede de atendimento a jovens infratores, fazendo parcerias e visando repercussão em políticas públicas de segurança, assistência, educação e saúde”. (SCURO NETO, op. cit. P. 166).

⁴²⁴ As câmaras restaurativas serão analisadas no tópico 3.6.

⁴²⁵ CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. *Revista do Ministério Público*, a. 27, n. 105, jan./mar. 2006. P. 153.

conceitual que os caracteriza e que lhes proporciona uma natureza plástica capaz de servir diferentes e até contraditórios objetivos, a existência de um tão amplo consenso deve pelo menos fazer-nos pensar. Que pretendemos com a institucionalização destes dispositivos? Realizar um ideal de justiça comunicacional baseada no diálogo entre o ofendido e o autor da ofensa e, portanto, uma justiça mais próxima, mais participativa e reconstrutiva, ou responder a objetivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal?

Mormente pelos motivos expostos pela autora, não se pretende estabelecer uma significação rígida acerca da justiça restaurativa, posto que afastaria sua natureza plástica. Há quem defenda, inclusive, que a justiça restaurativa “só pode ser captada em seu movimento de construção”⁴²⁶ – para superar a sólida base científica do sistema retributivo, o melhor caminho a ser trilhado seria o empírico, e não o analítico. Não obstante, um possível ponto de partida para que se compreendam, ainda que em linhas gerais, os objetivos e as práticas restaurativas pode ser extraído da Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas (ONU), que dispõe sobre os princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Veja-se⁴²⁷:

1. Programa de Justiça Restaurativa significa qualquer programa que use processos restaurativos e objetive atingir resultados restaurativos.
2. Processo restaurativo significa qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e círculos decisórios (*sentencing circles*).

Para Marcelo Gonçalves Saliba, os alicerces da justiça restaurativa encontram-se na “deslegitimidade das ‘instituições totais’ ou ‘aparelhos repressivos do Estado’, a revitalização da vítima, a participação da comunidade na solução de conflitos, o respeito à dignidade da pessoa humana e direitos humanos”⁴²⁸. Em sentido semelhante, Alisson Morris⁴²⁹ a define como

⁴²⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: um novo caminho? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 192.

⁴²⁷ A íntegra da Resolução 2002/12 pode ser consultada em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&>>. Acesso em 04.nov.2016.

⁴²⁸ SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009. P. 147.

⁴²⁹ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org).

uma reação à perceptível ineficiência e alto custo (humano e financeiro) dos procedimentos da justiça convencional e, por outro, como uma reação ao fracasso desses sistemas convencionais em responsabilizar expressiva ou significativamente os infratores ou em atingir adequadamente as necessidades e interesses das vítimas.

Renato Sócrates Gomes Pinto afirma tratar-se de um procedimento em que “a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções”⁴³⁰. De forma mais concisa, Daniel Achutti menciona que o “aspecto fundamental da justiça restaurativa está no fato de as partes decidirem, elas mesmas, o que deve acontecer”⁴³¹. Para Aída Kemelmajer, “trata-se de uma variedade de práticas que buscam responder ao crime de um modo mais construtivo que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional”⁴³².

Mylène Jaccoud, na tentativa de explorar o alcance do termo, aduz ser “uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando a corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito”⁴³³. Nancy Flemming Tello afirma ser “o processo que envolve ativamente a vítima, o agressor e a

Justiça restaurativa: coletânea de artigos. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 442.

⁴³⁰ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016. P. 21.

⁴³¹ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 59.

⁴³² No original: ““se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional”. (KEMELMAJER, Aída. *En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”*. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 19.out.2016. P. 273).

⁴³³ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016. P. 169.

comunidade, para falar dos danos causados e a forma em que estes podem reparar-se”⁴³⁴.

Por sua vez, André Ribeiro Giamberardino explica que “o ponto central está na participação ativa e criativa dos sujeitos criminalizados e vitimizados, na criação de espaços e oportunidades de diálogo e mútua compreensão”⁴³⁵. Nas palavras de Pedro Scuro Neto, trata-se, efetivamente, de um exemplo de mudança de paradigma “incubado no processo de desregulamentação que, nas últimas décadas, modificou as relações entre Estado e sociedade civil, obrigando os governos a buscarem formas de tornar as instituições mais eficientes”⁴³⁶.

Diante da multiplicidade de definições, Howard Zehr⁴³⁷ arremata:

Na melhor das hipóteses a justiça restaurativa é uma bússola que aponta em uma determinada direção, não um mapa detalhado que descreve como se chega lá. Em última análise o mais importante da justiça restaurativa talvez não seja sua teoria ou prática específica, mas o modo como ela abre, no âmbito de nossas comunidades e sociedades, o diálogo, a exploração dos nossos pressupostos e necessidades.

A ideia de justiça restaurativa é, pois, por natureza, polissêmica. Não há como estabelecer um conceito inequívoco, sob pena de inibi-la e desvirtuá-la. Nesse contexto, Pallamolla afirma que “enquanto movimento internamente complexo, a justiça restaurativa é apenas capaz de sustentar um conceito aberto, continuamente renovado e desenvolvido com base na experiência”⁴³⁸.

Leonardo Sica, em acepção análoga, assevera que procurar um conceito “unívoco e simples poderia ensejar uma visão reducionista da proposta cuja riqueza está, justamente, na diversidade e na flexibilidade, o que permite a sua melhor

⁴³⁴ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 201.

⁴³⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 153.

⁴³⁶ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 177.

⁴³⁷ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 253.

⁴³⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 55.

adaptação a diferentes cenários sociais”⁴³⁹. Para Nancy Flemming, “a justiça restaurativa torna-se um movimento plural que não se reduz a teorias jurídicas”⁴⁴⁰.

Assim, uma definição rígida talvez terminasse por aprisionar e reduzir o potencial das ideias restaurativas, as quais, além de possuírem grande diversidade interna a partir da possibilidade de realização de círculos, conferências, painéis e outras práticas, são marcadas pela flexibilidade – é o procedimento que deve ajustar-se à realidade dos partícipes, e não o contrário.

Defende-se, porém, a busca de um conceito mínimo, ainda que maleável e aberto, a partir do estabelecimento de linhas mestras do preceito restaurativo. Isso porque, na esteira de Pallamolla, a falta de significação ocasiona duas críticas pertinentes: (i) “cria-se o risco de que práticas que não respeitem os princípios da justiça restaurativa sirvam para avaliações negativas do modelo”⁴⁴¹; e (ii) “dificulta-se a avaliação dos programas, já que não se sabe exatamente o que se pretende alcançar com eles”⁴⁴².

Nessa seara, a Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ)⁴⁴³, “considerando a necessidade de buscar uniformidade, no âmbito nacional, do conceito de Justiça Restaurativa, para evitar disparidades de orientação e ação”, assim estabeleceu:

Art. 1º: A Justiça Restaurativa constitui-se como um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram o dano, concreto ou abstrato, são solucionados da seguinte forma:
I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

⁴³⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maira Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz. (Org.). *Novas direções na governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, v. 1. P. 470.

⁴⁴⁰ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 201.

⁴⁴¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 54.

⁴⁴² *Ibid.* P. 54.

⁴⁴³ A Resolução 225/2016 do CNJ está disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em 26.ago.2016.

II – as práticas restaurativas serão coordenadas por facilitadores restaurativos capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais de solução de conflitos próprias da Justiça Restaurativa, podendo ser servidor do tribunal, agente público, voluntário ou indicado por entidades parceiras;

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

Por tudo o que foi exposto até aqui, ousa-se afirmar que, por justiça restaurativa, compreendem-se os programas de resolução de conflitos que têm em comum a participação direta e voluntária de vítimas, ofensores e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, nos quais os envolvidos dialogam, como sujeitos centrais do procedimento, com o intuito de identificar suas necessidades, corrigindo as consequências dos atos praticados e reestabelecendo a relação rompida de forma positiva e construtiva.

Trata-se, em ulterior análise, da promoção da democracia participativa na área da justiça criminal – o delito é visto não como uma ofensa ao Estado, mas como uma violação nas relações entre o infrator, a vítima e a comunidade, cumprindo, por isso, à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado, o qual deve ser restaurado. Não se nega que o crime também afete a sociedade, mas a dimensão pública não deve ser obrigatoriamente o ponto de partida para a tomada de decisões. Da mesma forma, o direito abstratamente violado perde importância para o fato de que uma pessoa foi lesionada, de forma concreta, pelo comportamento de outra. Cabe aos envolvidos, pois, a deliberação sobre as consequências e o tratamento a ser dispensado às situações problemáticas.

A justiça restaurativa apresenta-se, substancialmente, como um instrumento cooperativo utilizado com o objetivo de assunção de responsabilidades e de cura de traumas e feridas. Ao converter os interesses no sentido de uma solução ideal para todos os afetados⁴⁴⁴, pacificam-se as relações interpessoais implicadas no conflito. Não obstante, é preciso que se compreenda que não se trata apenas de uma

⁴⁴⁴ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 41.

resposta ao problema da delinquência, e sim, como ensina Aída Kemelmajer⁴⁴⁵, de uma filosofia holística integral: a restauração envolve, também, um modo de construir um sentido de comunidade a partir da criação de relações não violentas na sociedade. Trata-se de um novo paradigma de justiça, e não de uma técnica processual para solucionar demandas ou para desafogar o Judiciário.

Para obter progressos, é cediço que a crítica ao sistema penal tradicional deve implicar uma revolução no modo de pensar. Nesse sentido, Howard Zehr⁴⁴⁶ afirma que é necessário “trocar as lentes”, isto é, alterar o foco epistemológico e desconstituir a preconcebida visão sobre o crime para que se possa postular outra forma de gerir as respostas a ações consideradas danosas. Postula-se, para tanto, uma mudança na forma de tratamento das diferenças, nomeadamente a partir do respeito às singularidades. Como sugere Eduardo Rezende Melo, “no lugar de um sistema alienante, poderíamos pensar outros modos de estruturação política que nos possa conduzir à emancipação”⁴⁴⁷.

Incumbe, em verdade, à justiça restaurativa propiciar uma substantivação⁴⁴⁸ do encontro entre as pessoas envolvidas para que, alheias à máquina estatal, consigam dialogar e chegar à melhor solução para o conflito, como sujeitos centrais do processo. Dessarte, as necessidades oriundas da ofensa devem ser satisfatoriamente atendidas; as responsabilidades pela prática do delito devem ser assumidas; e, por conseguinte, a cura das feridas, dos traumas e das perdas será alcançada. Em resumo: trata-se da redução das hostilidades com vistas à efetiva resolução dos conflitos.

⁴⁴⁵ KEMELMAJER, Aída. *En búsqueda de la tercera vía. La llamada “justicia restaurativa”, “reparativa”, “reintegrativa” o “restitutiva”*. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 19.out.2016. P. 273.

⁴⁴⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

⁴⁴⁷ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais: um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 94.

⁴⁴⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez./jan. 2010. P. 56.

Lawrence W. Sherman e Heather Strang⁴⁴⁹ sustentam que os pressupostos convencionais que escoram o sistema criminal, notadamente a mentalidade de “guerra contra o crime” e de “nós *versus* eles”, estão equivocados. Essa visão não compreende a interdependência existente na sociedade⁴⁵⁰, além de vislumbrar, erroneamente, como se verá a seguir, agressores e ofendidos como tipos de pessoas radicalmente diferentes.

Seguindo o ensinamento dos mencionados professores⁴⁵¹, a justiça restaurativa parte de quatro premissas fundamentais: (i) as vítimas devem estar no centro, e não excluídas do processo; (ii) “vítimas e infratores não são inimigos naturais”; (iii) a visão de justiça para as vítimas não é predominantemente retributiva; e (iv) a prisão não é a melhor forma para evitar a reincidência.

É nesse sentido que Braithwaite assevera que a justiça restaurativa implica a restauração das vítimas, bem como a restauração dos ofensores e a restauração da comunidade⁴⁵². O crime, para os restaurativistas, afeta uma relação tripartida entre ofendido, infrator e sociedade. Por esta razão, analisar-se-á, a seguir, esses três componentes.

O criminólogo australiano ensina que restaurar as vítimas significa reestabelecer a propriedade perdida ou os danos pessoais porventura ocasionados, de forma a restaurar a dignidade e o “senso de segurança” que restam invariavelmente violados com a prática de delitos.

É notório que, ao sofrer a ofensa, afloram na vítima sentimentos diversos, como pavor, impotência, vulnerabilidade, raiva, vergonha e culpa. Zehr justifica

⁴⁴⁹ SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 12.

⁴⁵⁰ “*We have met de enemy and he is us*” (SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 12).

⁴⁵¹ “*Restorative justice advocates suggest that conventional assumptions about these connections may be wrong: that victims should be at the centre rather than excluded from the process, that victims and offenders are not natural enemies, that victims are not primarily retributive in their view of justice, that prison is not necessarily the best way to prevent repeat crime. The erroneous assumptions of conventional justice, the advocates suggest, contribute to rising public dissatisfaction with justice across the common law countries. This report considers whether restorative justice can do better, starting with more realistic and factual premises.*” (SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 12).

⁴⁵² No original: “*Restorative justice means restoring victims, a more victim-centred criminal justice system, as well as restoring offenders and restoring community*” (BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and a better future. Dalhousie Review*, v. 76, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4>. Acesso em 06.ago.2016).

essas reações afirmando que o “crime é essencialmente uma violação: uma violação do ser, uma dessacralização daquilo que somos, daquilo que acreditamos, do nosso espaço privado”⁴⁵³. Para o mencionado autor, o delito é devastador porque afeta dois pressupostos fundamentais que regem a vida humana: a crença de ser o mundo um lugar ordenado, compreensível e previsível; e a autonomia moral, entendida como o fato de cada indivíduo possuir o controle sobre os fatos cotidianos.

Percebe-se que, na tentativa de restaurar a ordem e o domínio sobre os rumos das próprias vidas, os ofendidos buscam explicações para o ocorrido. A resposta, muitas vezes, envolve o sentimento de autocolpabilização: se “conseguirmos localizar em algo que fizemos a causa do crime, podemos tomar a decisão de evitar tal comportamento, reconquistando assim um sentido de controle”⁴⁵⁴, nota Howard Zehr.

Os efeitos psicológicos, portanto, podem ser mais graves do que o bem jurídico pretensamente tutelado pelo Direito Penal. Nesse contexto, a recuperação da vítima deveria ser o ponto focal de qualquer sistema de resolução de conflitos, mas é desconsiderada pelo modelo tradicional de justiça criminal.

As necessidades dos ofendidos incluem, por óbvio, o ressarcimento em decorrência de suas perdas. Prejuízos financeiros, seja pelo valor material ou pelo valor emocional, são fatores importantes que não podem ser desconsiderados no processo de recuperação. Assim, a compensação do dano, a devolução do objeto subtraído e o reembolso de despesas médicas, por exemplo, ajudam a “suavizar o ônus” e a “oferecer uma sensação de restauração no âmbito simbólico”⁴⁵⁵. Não obstante, as necessidades das vítimas não se cingem à reparação financeira.

Nessa senda, Alexandre Morais da Rosa enfatiza a necessidade de se atentar contra o “perigo da monetarização dos relacionamentos intersubjetivos, a saber, de se quitar as culpas com o dinheiro, uma vez que a psicanálise bem sabe o

⁴⁵³ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 24.

⁴⁵⁴ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 25.

⁴⁵⁵ *Ibid.* P. 26.

que significa: te pago para que não nos relacionemos”⁴⁵⁶. Os ofendidos precisam, em verdade, de informações e de um espaço em que seja possível expressar suas angústias. É necessário, para isso, superar “a convivência à distância”⁴⁵⁷ e o “contato sem contato”⁴⁵⁸ que caracterizam a sociedade e, por conseguinte, o sistema criminal atual, dando voz aos envolvidos na controvérsia a partir do diálogo e da construção de um laço social. A aposta da justiça restaurativa consiste no exercício de alteridade, porquanto indispensável o reconhecimento mútuo e a aproximação. Ao conhecer melhor o infrator e vislumbrar o dano reparado, César Oliveira de Barros Leal afirma que experiências demonstram que a vítima “propende a não exibir traumas”⁴⁵⁹.

Além disso, os gestos positivos verificados entre os contendores – seja a partir de um pedido de desculpas, seja um aperto de mãos, por exemplo – representam formal e simbolicamente o reestabelecimento dos laços rompidos pelo delito. Em razão da flexibilidade intrínseca aos mecanismos restaurativos, as formas de reparação são diversas, variando conforme cada caso concreto. André Giamberardino alerta que, apesar de alguns acordos se aproximarem de “modalidades já conhecidas de penas restritivas de direitos [...] há a distinção marcante por conta justamente da participação ativa dos envolvidos no processo de discussão de decisão”⁴⁶⁰.

Conclui-se, pois, que a vítima ocupa o centro do processo restaurativo, “com papel e voz ativa; tem participação e controle sobre o que se passa; recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação; tem ganhos positivos, suprindo-se as necessidades individuais e coletivas”⁴⁶¹.

⁴⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da. Justiça restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidades. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul. 2008. P. 212.

⁴⁵⁷ Ibid. P. 212.

⁴⁵⁸ Ibid. P. 213.

⁴⁵⁹ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 40.

⁴⁶⁰ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 157.

⁴⁶¹ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 214.

De outra perspectiva, é possível notar que a justiça criminal, fundada em uma lógica adversarial, sustenta-se na equivocada premissa de vislumbrar o ofensor como um “inimigo”, e, precisamente por esta razão, como objeto sobre o qual resta justificada a infligência de dor. Ignora-se o fato, bem salientado por Sherman e Strang, de que a “maioria dos criminosos tenha sido vítima no passado, alguns desde a tenra idade”⁴⁶². Partindo-se de similar raciocínio, Nancy Flemming, ao afirmar que estudos “realizados demonstram que os agressores não são vitimizados e traumatizados em uma alta porcentagem”⁴⁶³, conclui que “as vítimas que não são atendidas adequadamente serão cedo ou tarde agressoras em potencial e esta ideia de sua própria vitimização contribui para o crime”⁴⁶⁴.

A justiça restaurativa visa a modificar a corriqueira concepção que rotula, de imediato, o ofensor como vilão. Pallamolla explica: “não se olvida que o delito causa dano, mas lembra-se que este também revela injustiças anteriores, como um sistema econômico e/ou racialmente injusto”⁴⁶⁵. “Assim, criminosos e vítimas frequentemente têm muito em comum, o que permite a construção de laços sociais estreitos”⁴⁶⁶ a partir de uma eficaz administração dos conflitos. Ao invés de organizar informações dirigidas à acusação e à sentença, a justiça restaurativa fornece enfoque àqueles elementos que possam aproximar as partes envolvidas.

Busca-se, pois, a cooperação entre os envolvidos com o objetivo de se prevenir delitos futuros e reparar os erros do passado. Para alcançar esse escopo, o ofensor deve, primordialmente, reconhecer que agiu mal. Explicar sua conduta para a vítima e para os demais interessados é um importante passo para o sucesso das práticas restaurativas.

⁴⁶² SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 12.

⁴⁶³ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 207.

⁴⁶⁴ TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 207.

⁴⁶⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008. P. 176.

⁴⁶⁶ SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 12.

Transcreve-se os ensinamentos de Pallamolla⁴⁶⁷:

Trata-se de forma diferente da tradicional de auferir responsabilidade penal à pessoa, através da qual se pode chegar a diversas respostas, desde evitar o processo penal, atenuar ou eximir de pena, ou ainda reduzir a duração da pena privativa de liberdade, diferentemente, portanto, do processo penal, que está invariavelmente adstrito a uma decisão que deve condenar ou absolver o réu.

A justiça restaurativa, portanto, rechaça a infligção de medo e dor, bem como a imposição de um castigo, e aposta na geração de remorso, de arrependimento e da denominada “vergonha reintegrativa”⁴⁶⁸, obtidos a partir do diálogo, para prevenir a reincidência. Por conseguinte, o ofensor não precisará sofrer os malefícios da coabitação forçada no cárcere nem do processo penal formal; o diálogo restaurativo é capaz, por si só, de fazer incidir no ofensor as funções às quais, apenas no discurso, a pena privativa de liberdade se propõe.

Com isso, busca-se ir além da mera tolerância com o reingresso do ofensor à comunidade – é preciso contribuir, “de modo tangível, para sua emenda, sua integração produtiva e completa, evitando a reincidência”⁴⁶⁹. Como conclui Neemias Prudente⁴⁷⁰:

O infrator é visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito; participa ativa e diretamente; interage com a vítima e com a comunidade; tem a oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima; é informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão; é inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade; fica acessível e se vê envolvido no processo; supre suas necessidades.

Mencionou-se que a justiça restaurativa preconiza, ainda, o envolvimento da comunidade em suas práticas. Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt⁴⁷¹ vislumbra três justificativas para esse fato, quais sejam: (i) os conflitos também pertencem à

⁴⁶⁷ PALLAMOLLA, op. cit. P. 182.

⁴⁶⁸ O conceito de “vergonha reintegrativa” será analisado em minúcias no tópico 3.3.

⁴⁶⁹ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 40.

⁴⁷⁰ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 214.

⁴⁷¹ ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema penal e violência*. Porto Alegre: PUCRS, v. 6, 2014. P. 44.

comunidade, e não apenas à vítima, ao infrator ou ao Estado; (ii) a comunidade deveria desenvolver habilidades para resolver seus próprios problemas, de forma a depender menos do Estado e de seus profissionais; e (iii) membros leigos da comunidade são mais indicados à execução de tarefas de prevenção e reintegração do que os profissionais da justiça criminal.

De acordo com a concepção restaurativa, portanto, o crime também causa danos à comunidade, razão pela qual o “processo restaurativo se volta à reparação desses danos, quer dizer, à restauração não apenas dos danos provocados à vítima, mas também daqueles gerados à comunidade vitimizada”⁴⁷². Com efeito, a sensação de insegurança, a opção por não sair em determinadas horas e lugares e o medo constante são exemplos de danos coletivos que podem ser imputados ao infrator. Não obstante, percebe-se que, no processo criminal tradicional, as participações dos membros da comunidade cingem-se, no máximo, às funções de jurados e testemunhas.

A consequência inevitável advinda da participação comunitária traduz-se em seu empoderamento, uma vez que ela mesma assume o controle da resolução de seus problemas. Importante ressaltar que, por comunidade, compreendem-se seus membros leigos, os quais não são incluídos nos procedimentos restaurativos por sua experiência profissional, mas devido à ligação com a coletividade afetada pelo dano; são envolvidos no contexto de resolução de conflitos porque estes lhes pertencem, e, por essa razão, devem participar da construção da decisão.

Argumenta-se, ainda, que os participantes leigos possuem maior êxito do que os operadores do direito na resolução das contendas penais porque “‘falam a mesma língua’ que o infrator e, por isso, comunicam desaprovação melhor do que os profissionais da justiça criminal, os quais podem ser vistos [pelo infrator] ‘como parte do sistema’”⁴⁷³. Dessa forma, os não profissionais conseguiriam uma conexão maior com o ofensor e o ofendido do que os agentes do Estado, possuindo melhores condições de alcançar a restauração pretendida por meio do controle social informal.

Possivelmente, a questão mais controversa nesta matéria diz respeito às formas de participação comunitária em programas restaurativos. Fernanda

⁴⁷² Ibid. P. 46.

⁴⁷³ ROSENBLATT, Fernanda Cruz da Fonseca. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema penal e violência*. Porto Alegre: PUCRS, v. 6, 2014. P. 49.

Rosenblatt, após afirmar que, ao longo do tempo, a empiria demonstra a existência de diversas maneiras de envolvimento da comunidade, identifica três modalidades principais⁴⁷⁴:

Muito embora seja difícil generalizar, a literatura sobre justiça restaurativa parece identificar três formas mais óbvias de envolver membros da comunidade em processos restaurativos: (1) através de voluntários leigos (mas treinados) que atuam como mediadores; (2) através de vizinhos que ajudam a firmar (e monitorar) acordos restaurativos; e (3) através de voluntários leigos (mas treinados) que ajudam a firmar (e monitorar) acordos restaurativos.

Naturalmente, o rol supramencionado não exaure as alternativas viáveis de envolvimento comunitário em iniciativas restaurativas, bastando, por ora, para ilustrar as diferentes percepções sobre ‘comunidade’ nesse contexto.

Alvino Augusto de Sá, ao afirmar que a justiça restaurativa deve reparar as deterioradas relações entre o ofensor e a comunidade, explicita⁴⁷⁵:

Gostaria de lembrar o caso de um chefe de tráfico, o qual, questionado num debate, de que eu fazia parte, sobre o que ele sentiria ou diria se um filho seu se viciasse na droga, ele respondeu: ‘Eu ficaria muito contrariado, sem dúvida. No entanto, o que os homens de poder fazem, ao desviarem verbas vultuosas destinadas à educação, saúde e moradia é muito mais prejudicial ao povo, à sua saúde e à sua própria vida, do que o tráfico de drogas’. Evidentemente, uma coisa não justifica a outra – essa seria a ‘saída’ mais óbvia e mais fácil num debate como esse. No entanto, é uma saída que fecha o debate e deixa de encarar de frente a verdade que está sendo dita pelo preso, ou seja, que ele não é o único culpado na ‘roda’, que a sociedade não tem moral para cobrar dele uma conduta ética e moralmente perfeita, quando ela mesma se deixa conduzir por pessoas que têm condutas éticas e moralmente também condenáveis. E esta é uma verdade que relativiza em muito nossa pretensão de querermos dar lições de condutas socialmente ajustadas aos presos.

Busca-se, pois, “transformar pessoas e comunidades, criando vínculos mais fortes de compreensão e solidariedade”⁴⁷⁶. É crível admitir, ainda, que o delito, além de causar danos aos ofendidos e à comunidade, revela injustiças, como a existência de sistemas econômicos e sociais desiguais. Com o envolvimento da coletividade

⁴⁷⁴ Ibid. P. 49.

⁴⁷⁵ SÁ, Alvino Augusto de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, fev./mar. 2007. P. 34.

⁴⁷⁶ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 40.

nos procedimentos, objetiva-se a tomada de providências com vistas a evitar a perpetuação desses fatores, estreitando-se, inevitavelmente, os laços comunitários e a coesão social. Em última análise, propõe-se a construção de uma realidade mais humana, “com menos segurança e injustiça, com mais amor e responsabilidade individual e social”⁴⁷⁷.

Os procedimentos restaurativos, portanto, propiciam às partes e à comunidade a apropriação do conflito que originalmente lhes pertence⁴⁷⁸. É, por essa razão, participativa, primada nas necessidades dos reais interessados. Cláudio Pereira de Souza Neto⁴⁷⁹ ensina que aos envolvidos deve ser assegurado o direito de fala de forma irrestrita, sem qualquer tipo de coação ou constrangimento, para que possam participar, questionar e expressar seus desejos. Aposta-se na maturidade dos contendores para promoverem as próprias soluções para seus problemas, superando, sem a necessária intervenção do Estado, as situações conflituosas.

Restaurar, destarte, implica minorar ou curar as consequências advindas da prática da infração penal. “O foco da justiça, aqui, no novo paradigma, é a melhoria dos efeitos negativos do delito”⁴⁸⁰, razão pela qual, inevitavelmente, resta afastada a concentração excessiva nas regras processuais e na busca pelo culpado e pela “verdade real”⁴⁸¹, de forma a prevalecer uma visão prospectiva que forneça, a partir da construção coletiva da decisão, mais satisfação às vítimas e à comunidade⁴⁸².

⁴⁷⁷ Ibid. P. 45.

⁴⁷⁸ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: um novo caminho? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 192.

⁴⁷⁹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Balcão de direitos, retórica e mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia própria. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; STROZENBERG, Pedro (Org.). *Balcão de direitos: resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro: imagens e linguagens*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001. P. 95

⁴⁸⁰ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011. P. 83.

⁴⁸¹ Sobre a busca desenfreada pela “verdade real” no processo penal, interessante mencionar as críticas de Daniel Achutti e Roberto Rodrigues: “Apropriando-nos do sentido psiquiátrico de delírio, a busca pela verdade real no processo penal parece aproximar-se bastante de um “delírio coletivo”, quando os operadores jurídicos menos avisados acreditam nessa busca – e pior: acreditam em sua viabilidade. Está instalado o delírio da crença na verdade real, tanto nos Foros e Tribunais quanto em diversos meios acadêmicos, por mais que se argumente e tente demonstrar, desde bases epistemológicas interdisciplinares, o quanto essa busca não passa, de fato, de um caminho que não encontrará seu ponto de chegada”. (ACHUTTI, Daniel Silva; RODRIGUES, Roberto da Rocha. Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade no processo penal. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, v. 4, jan.-dez. 2005. P. 150).

Leonardo Sica esclarece que o ponto de partida desse novo sistema é a “inversão do objeto”⁴⁸³: o foco passa para as consequências do crime e as relações sociais afetadas pela conduta delituosa em detrimento do delito em si, da reação social e da pessoa do ofensor. “Em vez de punição, responsabilização; no lugar de aflição de dor, restauração da paz jurídica e das consequências advindas com o crime; no lugar do conflito, diálogo”⁴⁸⁴.

John Braithwaite⁴⁸⁵ identifica três grupos de *standards* restaurativos: mandatórios (*constraining standards*); recomendáveis (*maximizing standards*); e emergentes (*emergent standards*).

Os *standards* mandatórios englobam as características necessárias a qualquer prática que se pretenda restauradora. Dentre elas, destaca-se o princípio republicano da não dominação⁴⁸⁶. Significa dizer que, se uma das partes interessadas quiser se manifestar durante o procedimento, elas não podem ser impedidas de fazê-lo. Confere-se ênfase à necessidade de equilíbrio das disparidades de força existentes no caso concreto, seja nos “bastidores”, seja

⁴⁸² Não é por outra razão que Raffaella Pallamolla sustenta o caráter trágico da justiça restaurativa: “A ‘justiça’ do modelo restaurador perde seu caráter metafísico de busca de um ideal, passando a encontrar a saída mais adequada ao caso concreto, sem extirpar-lhe sua complexidade, de acordo com as necessidades dos envolvidos no conflito. Nesse sentido é que parece possuir a justiça restaurativa caráter trágico, relacionado ao abandono dos conceitos ideais (metafísicos) característicos da modernidade”. (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008. P. 185).

⁴⁸³ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 27.

⁴⁸⁴ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70, out./nov. 2011. P. 85.

⁴⁸⁵ BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em 22.out.2016. P. 563. Como será visto a seguir, interessante notar que o autor não inclui a “vergonha reintegrativa” (conceito por ele criado que será analisado no curso do tópico 3.3) em nenhum desses grupos. Isso porque ela não seria um valor, mas uma explicação dinâmica que busca fundamentar as condições pelas quais o remorso, o pedido de desculpas, a censura do ato e diversos outros fatores ocorrem.

⁴⁸⁶ Trata-se do ponto vital da teoria de Philip Pettit, para o qual liberdade é sinônimo de não-dominação. Veja-se o que diz o autor: “*The sufficiency claim is that if a person is not dominated in certain activities – if they are not subject to arbitrary interference – then however much non-arbitrary interference or however much non-intentional obstruction they suffer, there is a sense in which they retain their freedom*”. (PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford, Oxford University Press, 1997. P. 26).

durante o procedimento⁴⁸⁷. Demonstra-se, assim, como requisito fundamental da justiça restaurativa, a vedação de qualquer forma de dominação. Para tanto, deve possibilitar-se igual participação de todos durante o procedimento “com o mesmo poder da palavra”⁴⁸⁸.

Braithwaite ressalta que, em respeito à característica mandatária, nenhuma prática restaurativa está autorizada a impor sanções que excederiam a punição máxima porventura imposta pela justiça tradicional⁴⁸⁹. Especial atenção merece, ainda, a vedação a qualquer forma de tratamento degradante aos envolvidos, mormente por representar uma forma de dominação. Não por outra razão, conclui-se que, de maneira geral, as práticas restaurativas não podem ser abertas ao público, porquanto almeja-se evitar a estigmatização e assegurar um diálogo sem dominação.

Outro valor obrigatório consiste no empoderamento – não apenas do infrator, mas também dos ofendidos e das comunidades. Aduz o restaurativista australiano que programas orientados apenas à reabilitação do ofensor, os quais tratam a vítima e a comunidade como meros adereços, são inaceitáveis. De forma semelhante, práticas que, embora consideradas “ganha-ganha” para ofensor e ofendido, impõem graves ônus comunitários, demonstram-se inoportunas. O empoderamento consiste, portanto, na igual preocupação com todos as partes interessadas. “A forma mais importante de manifestar essa preocupação é através

⁴⁸⁷ “*When risks of power imbalance are most acute our standards should expect of us a lot of preparatory work to restore balance both backstage and frontstage during the process*”. (BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em 22.out.2016. P. 566).

⁴⁸⁸ SÁ, Alvin August de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, fev./mar. 2007. P. 28.

⁴⁸⁹ “*It is therefore critical that restorative justice never be allowed to undermine this constraint. Restorative justice process must be prohibited from ever imposing punishment beyond the maximum punishment the courts would impose for that offence*”. (BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em 22.out.2016. P. 567).

da escuta respeitosa, que é, também, o reverso dos métodos desrespeitosos, humilhantes ou degradantes de punição”⁴⁹⁰.

Por derradeiro, merece realce ainda, no escopo dos *standards* mandatórios, a inclusão do respeito aos direitos humanos como valor imperioso em qualquer prática restaurativa. Destacam-se, dentre eles, a vedação de punições desumanas e degradantes, a participação democrática, a autodeterminação, além de outros previstos em documentos internacionais.

Dentre os *standards* recomendáveis, assim entendidos como aqueles que, embora desejáveis, não são cogentes, encontram-se a restauração da dignidade humana, da propriedade perdida, da ofensa, de prejuízos, da relação humana danificada, das comunidades, do meio ambiente, da liberdade, da paz e do senso de dever enquanto cidadão, além da prevenção de futuras ofensas. Justifica-se a ausência de obrigatoriedade porque, em certos crimes, a restauração do meio ambiente não terá qualquer relevância, por exemplo. Não obstante, uma vez que tais critérios têm aplicação encorajada na maior medida possível, apresentam-se como úteis para a avaliação de programas restaurativos.

Afirma Braithwaite que, juntos, os valores mandatórios e recomendáveis implicam parcimônia no uso da punição. Isso porque evidenciam a existência de formas positivas de abordagem na regulação de condutas que devem sempre ser consideradas antes da imposição de castigos⁴⁹¹.

Por derradeiro, os *standards* emergentes sugeririam uma restauração bem-sucedida. Perdão, misericórdia, pedido de desculpas, remorso em razão da injustiça e censura do ato são os valores restaurativos definidos como tal pelo autor, o qual enfatiza que, apesar de não serem menos importantes do que os “recomendáveis”, são classificados como emergentes porquanto seria cruel e errôneo ambicionar o perdão da vítima. Em outros termos, os valores emergentes só têm razão de ser se surgirem a partir de um genuíno desejo dos envolvidos, sem qualquer influência

⁴⁹⁰ “*The key principle here is equal concern for all stakeholder. The most important way to manifest that concern is through respectful listening, which is also the obverse of disrespectful or humiliating, degrading ways of reacting punishing*”. (Ibid. P. 567).

⁴⁹¹ “*Together these values imply parsimony in the use of punishment; together they say there are many positive approaches to regulation that we can consider before we consider our reluctant willingness to resort to punishment*”. (BRAITHWAITE, John. Setting standards for restorative justice. *British Journal of Criminology*, v. 42, 2002. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em 22.out.2016. P. 570).

externa. Além de ser moralmente errado impor tamanhas expectativas, destruir-se-ia o poder do perdão, do pedido de desculpas e da misericórdia com a prescrição dos mesmos. Da mesma forma, o remorso forçado do ofensor não tem qualquer força restaurativa.

Imperioso enfatizar que a voluntariedade é característica intrínseca à justiça restaurativa. Os envolvidos devem ser tão somente encorajados a participarem do procedimento, sendo a aceitação uma escolha livre e pessoal. Nas palavras de Damásio de Jesus, “é fundamental repisar que as práticas restaurativas pressupõem um acordo livre e plenamente consciente entre as partes envolvidas”⁴⁹². Para tanto, fazem-se necessários contatos com as partes envolvidas com o intuito de esclarecer o funcionamento da prática restaurativa e de identificar as pessoas próximas às partes ou membros da comunidade afetada pelo delito. “Nem a vítima e nem o ofensor deverão ser coagidos ou induzidos por meios ilícitos a participar do processo ou a aceitar os resultados”⁴⁹³, enfatiza Neemias Prudente. Ressalte-se, ainda, que o consentimento à opção restaurativa pode ser revogado a qualquer tempo durante a prática.

Um ambiente mais humano e cuidadoso é fundamental para o sucesso das práticas restaurativas. É de primordial importância que o procedimento transcorra em um local neutro e seguro, e que os facilitadores observem se não há qualquer indício que recomende a imediata suspensão da prática, como manifestações agressivas ou qualquer outra intercorrência psicológica, com o intuito de se evitar nova vitimização do ofendido ou mesmo a vitimização do infrator durante o encontro⁴⁹⁴. A segurança física e emocional dos envolvidos, portanto, apresenta-se como aspecto prioritário.

Faz-se fundamental assegurar aos participantes informações completas sobre as etapas do procedimento restaurativo e as consequências de suas decisões. Na ocasião, o papel dos facilitadores é crucial: sem dominar as ações do evento, devem

⁴⁹² JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35, dez./jan. 2006. P. 8.

⁴⁹³ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 210.

⁴⁹⁴ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa: um novo caminho? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 16.

conduzir as partes a um caminho que possibilite, por elas próprias, o encontro da solução mais adequada ao caso.

Ademais, o sigilo de todos os acontecimentos revelados durante a prática restaurativa tem que ser resguardado. A impossibilidade de êxito na obtenção de um acordo restaurativo, igualmente, não pode ser utilizada para valorar negativamente a situação do ofensor durante o processo criminal tradicional.

Um dos aspectos que merece especial atenção traduz-se nas desigualdades econômicas e culturais entre os envolvidos nos processos restaurativos. Observa Renato Sócrates Gomes Pinto que a vulnerabilidade de um contendor não pode levar “à costura de acordos contrários à ética e aos princípios restaurativos”⁴⁹⁵. Assim, as disparidades que impliquem desequilíbrios devem ser consideradas nas práticas restaurativas concretas. Repele-se, ainda, a linguagem técnica e protocolar. O ritual restaurativo, pois, é particularista e comunitário, com a participação direta e colaborativa das pessoas envolvidas.

Não por outra razão, afirma Neemias Prudente ser a justiça restaurativa “culturalmente flexível, respeitando a diferença e a tolerância”⁴⁹⁶. Trata-se de uma estrutura menos burocrática e mais próxima da realidade social dos envolvidos. A informalidade acarreta a ausência de definição prévia e rígida de formas ou procedimentos que amordacem a prática. Assim, as abordagens variam de acordo com o caso concreto, evitando-se a rotina e a burocratização. “Isso não significa, no entanto, que não existam regras a serem seguidas ou que não há direitos que devem ser protegidos”⁴⁹⁷, enfatiza Alisson Morris.

Não se pode pensar em soluções padronizadas; cada conflito deve ser solucionado de uma forma individualizada. Resta inviável, portanto, cogitar um sistema restaurativo, assim entendido como um modelo fechado e com procedimentos definidos *a priori*, sem que se conheçam as particularidades de cada

⁴⁹⁵ Ibid. P. 197.

⁴⁹⁶ PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 213.

⁴⁹⁷ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P 441.

situação. “A justiça é assegurada não pela uniformidade das decisões, mas por disponibilizar apoio e oportunidades a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e sexo”⁴⁹⁸, sintetiza Howard Zehr.

A restauração baseia-se na alteridade. As experiências devem ser conduzidas com gestos de ternura e sensibilidade, permitindo que cada envolvido se coloque no lugar do outro e compreenda globalmente a situação, de forma a solucioná-la da melhor forma para todos. Em oposição à equidistância e à imparcialidade fria dos magistrados, o facilitador deve, sem beneficiar qualquer parte, deixar-se envolver e criar um espaço confortável ao diálogo. O desenvolvimento da empatia permite a conexão mútua entre ofensor, ofendido e comunidade e, por conseguinte, maiores são as chances de êxito.

É garantido o direito à assistência jurídica a todos aos participantes das iniciativas restaurativas, em consonância com o artigo 133 da Constituição Federal, que estabelece ser o advogado “imprescindível à administração da justiça”. As atribuições desses profissionais, porém, costumam-se restringir à fiscalização dos limites do acordo e a assegurar o respeito aos direitos das partes e aos princípios restaurativos. Os patronos não podem usurpar o direito de fala dos envolvidos nem interferir durante a exposição alheia, por afrontar as diretrizes restaurativas.

Não se pode olvidar, por fim, da necessidade de se direcionar esforços para as ações a serem adotadas após as práticas restaurativas bem-sucedidas, posto que o cumprimento das condições acordadas constitui etapa importante na consecução de uma efetiva restauração. Nesse contexto, afirma Renato Sócrates Gomes Pinto⁴⁹⁹:

O mais importante, talvez: os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em conexão com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das organizações não-governamentais, operando em rede, para encaminhamento das vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo. Essa conexão é requisito essencial para a idoneidade de um programa restaurativo comprometido com metas de inclusão social.

⁴⁹⁸ ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012. PP. 77-81.

⁴⁹⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça restaurativa: um novo caminho?* *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008. P. 197.

Em síntese, o paradigma restaurativo aposta na convicção de que as “pessoas são capazes de perdoar, de aceitar o outro, de reconhecer seus equívocos e buscar participativamente uma convivência mais harmônica e respeitosa dos direitos humanos, seja do ofensor, seja do ofendido”⁵⁰⁰. Trata-se, pois, de uma perspectiva transformadora, capaz de curar feridas físicas e emocionais e reestabelecer relações rompidas, reincorporando ofensores e ofendidos à comunidade de forma positiva.

Rechaçando os argumentos que alegam ser a justiça restaurativa um ideal romântico, Sherman e Strang⁵⁰¹ demonstram empiricamente os êxitos de tais práticas:

Uma revisão de pesquisa sobre práticas de justiça restaurativa no Reino Unido e em outros países mostrou que em 36 casos de comparação com a justiça criminal convencional, a restaurativa (i) reduziu substancialmente a reincidência em determinadas categorias de infratores; (ii) dobrou (ou mais) o número de ofensores trazidos à justiça; (iii) reduziu os sintomas de estresse pós-traumáticos das vítimas de atos criminosos, assim como os custos decorrentes; (iv) propiciou às vítimas e aos infratores maior satisfação com o processo judicial; (v) reduziu o desejo de vingança violenta por parte das vítimas em relação a seus agressores; (vi) reduziu os custos com a justiça; (vii) diminuiu a reincidência, mais que prisão (para os adultos) e tanto quanto o internamento (para os adolescentes).

Leonardo Sica, a seu turno, informa que o estudo realizado na Austrália, “*Recidivism patterns in the Camberra Reintegrative Shaming Experiments (RISE)*”, elaborado por Lawrence W. Sherman, Heather Strang e Daniel J. Woods, logrou comprovar que jovens envolvidos em crimes violentos encaminhados a programas restaurativos “reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à Justiça Penal”⁵⁰².

⁵⁰⁰ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 46.

⁵⁰¹ No original: “A review of research on restorative justice (RJ) in the UK and abroad shows that across 36 direct comparisons to conventional criminal justice (CJ), RJ has, in at least two tests each: • substantially reduced repeat offending for some offenders, but not all; • doubled (or more) the offences brought to justice as diversion from CJ; • reduced crime victims’ post-traumatic stress symptoms and related costs; • provided both victims and offenders with more satisfaction with justice than CJ; • reduced crime victims’ desire for violent revenge against their offenders; • reduced the costs of criminal justice, when used as diversion from CJ; • reduced recidivism more than prison (adults) or as well as prison (youths)”. (SHERMAN, Lawrence W.; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007. P. 4).

⁵⁰² SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 141.

Afastar a obrigatoriedade da punição implica aceitar a existência de crime sem pena, mas com uma solução que atenda aos interesses dos reais afetados pela prática do delito. Intenta-se com a justiça restaurativa, pois, modificar o arcabouço doutrinário do sistema criminal com vistas à “construção de uma nova racionalidade penal, na qual o Direito Penal passe a ser, mais que tudo, Direito, e menos penal”⁵⁰³.

3.2. Comunicação compassiva como meio de consolidação de uma justiça dialogal

Instrumento essencial para a concretização dos ideais restaurativos consiste na escolha da linguagem a ser utilizada durante os encontros. Como exposto no tópico anterior, a comunicação compassiva faz-se fundamental no que tange à persecução da restauração das relações rompidas com a prática de um delito. O uso das palavras de forma positiva denota ternura e serve como ferramenta para a geração de empatia e de conexão entre ofensores, ofendidos e membros da comunidade, culminando em maiores chances de êxito do procedimento restaurativo.

Marshall Rosenberg denominou “comunicação não violenta” uma abordagem específica que permite que a “compaixão natural floresça”⁵⁰⁴. Explica o autor que, embora a forma de falar não possa ser considerada violenta em sentido estrito, as palavras, não raro, induzem à mágoa e à dor. Como o que se busca com a justiça restaurativa é a pacificação e a harmonia da relação, a utilidade da comunicação não violenta demonstra-se imperiosa.

No processo criminal tradicional, a objetificação do ofensor vai de encontro a essa característica. Aduz Rosenberg que “um tipo de comunicação alienante da vida é o uso de julgamentos moralizadores que subentendem uma natureza errada ou

⁵⁰³ LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011. P. 85.

⁵⁰⁴ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. P. 21.

maligna nas pessoas que não agem em consonância com nossos valores”⁵⁰⁵. O foco está em desqualificar o outro e determinar níveis de erro.

O que se busca com a linguagem compassiva é precisamente o oposto. Acredita-se que a possibilidade de fala restitui ao sujeito vitimizado sua autonomia e domínio sobre os rumos de sua vida. Por outro lado, permite ao ofensor a assunção da responsabilidade por suas ações. Assim, tem-se que o empoderamento é um dos pilares de todo e qualquer procedimento restaurativo.

Ao mesmo tempo em que os envolvidos devem expressar-se com honestidade e clareza, é preciso escutar de forma respeitosa os demais. Comunicação assertiva e escuta compassiva, portanto, são verso e averso da moeda restaurativa. A minimização da postura defensiva e da resistência dos participantes permite que floresçam suas necessidades mais profundas – “a forma é simples, mas profundamente transformadora”⁵⁰⁶, afirma Rosenberg.

Quatro são as etapas necessárias à configuração de uma comunicação não violenta⁵⁰⁷.

Primeiro, o participante deve observar a ação em discussão, sem conferir nenhuma avaliação ao ocorrido, para que, no ato subsequente, o ouvinte não entenda os comentários que serão feitos como críticas e resista a eles. Reconhece-se que, “para a maioria de nós, é difícil fazer observações que sejam isentas de julgamento, críticas ou outras formas de análise sobre as pessoas e seus comportamentos”⁵⁰⁸. No entanto, é fundamental que se evitem esforços para que seja realizada uma observação neutra. Para tanto, as palavras devem ser usadas de modo específico, em um determinado contexto e período de tempo. Ao invés de se dizer, por exemplo, que “Tício é um ladrão”, deve-se aludir que “Tício furtou o celular no dia cinco de novembro”.

Ato contínuo, o indivíduo deve identificar como se sentiu no caso concreto: se alegre, satisfeito, com raiva ou com medo, por exemplo. Ensina Marshall Rosenberg que “nosso repertório de palavras para rotular os outros costuma ser maior do que o

⁵⁰⁵ Ibid. P. 22.

⁵⁰⁶ Ibid. P. 22.

⁵⁰⁷ Ibid. P. 30.

⁵⁰⁸ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. P. 52.

vocabulário para descrever claramente nossos estados emocionais”⁵⁰⁹. Verifica-se, pois, uma dificuldade das pessoas no que concerne à capacidade de expressar seus sentimentos. Não obstante, experiências demonstram⁵¹⁰ que a expressão de vulnerabilidade, por exemplo, possui enorme potencial para resolver conflitos. O desenvolvimento de um vocabulário que permita nomear, de forma clara, as emoções conecta mais facilmente os envolvidos e representa etapa importante durante as práticas restaurativas.

Em terceiro lugar, o indivíduo deve informar o que está precisando, isto é, qual a necessidade que está por trás dos sentimentos.

Por fim, a concretização da terceira etapa se configura a partir do quarto aspecto, qual seja, o pedido, que deve ser feito de forma clara e consciente, para que não haja qualquer ruído na comunicação. “Quando falamos, quanto mais claros formos a respeito do que desejamos obter como retorno, mais provável será que o consigamos”⁵¹¹, afirma Rosenberg.

Note-se que a demonstração do desejo, explicitada como terceira etapa da comunicação não violenta, se passada como uma exigência, e não como um pedido, não atinge aos propósitos pretendidos com a abordagem proposta. Pretende-se que, a partir do uso da linguagem de maneira positiva, seja construída a capacidade de pensar nos outros, sem rótulos, considerando suas vulnerabilidades.

Descritos os quatro componentes da comunicação não violenta, é imperioso ressaltar que, de forma espelhada, o sujeito que se expressa de forma assertiva deve ser capaz de ouvir com empatia as mesmas informações do outro. Na tentativa de explicitar a grande valia da empatia, transcrevem-se as palavras de Rosenberg⁵¹²:

Nossa capacidade de oferecer empatia pode nos permitir continuar vulneráveis, desarmar situações de violência em potencial, ajudar a ouvir a palavra não sem tomá-la como rejeição, reviver uma conversa sem vida e até a escutar os sentimentos e necessidades expressos através do silêncio. Repetidas vezes, as pessoas transcendem os efeitos paralisantes da dor

⁵⁰⁹ Ibid. P. 63.

⁵¹⁰ Ibid. P. 67.

⁵¹¹ Ibid. P. 127.

⁵¹² ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. P. 177.

psicológica, quando elas têm suficiente contato com alguém que as possa escutar com empatia.

Problemas que parecem insolúveis podem se tornar simples quando alguém os escuta empaticamente. Tania Almeida leciona que “a escuta ativa apoia-se no tripé legitimação, balanceamento e perguntas”⁵¹³ porque tem, dentre seus objetivos, (i) oferecer uma interlocução qualitativa, cujo acolhimento possibilite que as pessoas se sintam legitimadas a participar; (ii) conferir equilíbrio entre os envolvidos, conferindo voz a todos de forma equânime; e (iii) trazer novas informações às reuniões por meio de questionamentos.

Ferramentas passíveis de serem utilizadas nesse contexto pelo facilitador do procedimento restaurativo são a paráfrase e a redefinição positiva do que foi dito durante o diálogo. Trata-se de fornecer um novo contexto às expressões raivosas ou inadequadas que possuem uma motivação legítima com vistas tanto à revisão da “narrativa por seu autor, quanto à ampliação da escuta de seu interlocutor. O incremento da disponibilidade para a escuta pode se dar a partir dessa intervenção”⁵¹⁴.

A assunção de responsabilidades é outra meta a ser alcançada com a utilização de uma comunicação compassiva. Hannah Arendt⁵¹⁵ aduz que Adolf Eichmann, ao ser perguntado sobre os motivos pelos quais ajudara e assistira a aniquilação dos judeus nos campos de concentração, respondia que tinham sido ordens superiores ou atos de Estado⁵¹⁶. Essa linguagem oficial, que consistia em atribuir a culpa a outras pessoas, configura-se um instrumento de negação de responsabilidades.

⁵¹³ ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014. P. 66.

⁵¹⁴ Ibid. P. 90.

⁵¹⁵ ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁵¹⁶ Aduz Hannah Arendt: “O que ele fizera era crime só retrospectivamente, e ele sempre fora um cidadão respeitador das leis, porque as ordens de Hitler, que sem dúvida executou o melhor que pôde, possuíam ‘força de lei’ no Terceiro Reich. Aqueles que hoje diziam que Eichmann podia ter agido de outro modo simplesmente não sabiam, ou haviam esquecido, como eram as coisas”. (Ibid. P. 20).

Seguindo os ensinamentos de Rosenberg⁵¹⁷, semelhante situação se configura quando o indivíduo atribui os atos que praticou a forças vagas e impessoais, ao seu histórico pessoal, à pressão do grupo, a políticas institucionais e a impulsos incontroláveis. Almeja-se, com a linguagem não violenta, que os participantes do processo restaurativo assumam a responsabilidade pelos seus atos. Eichmann, no caso mencionado, poderia dizer que optou por agir daquela forma porque desejava manter seu emprego ou porque não queria sofrer represálias. Uma mudança simples na maneira de se expressar é suficiente para que o sujeito compreenda seu grau de responsabilidade nas situações concretas.

3.3. Vergonha reintegrativa: delineamentos sobre uma forma de censura eficaz

Acredita-se que a chave para o controle do crime envolva compromissos culturais para envergonhar o ofensor de uma forma reintegrativa⁵¹⁸. Eliza Ahmed define a vergonha como “uma emoção que sentimos quando rompemos um padrão social e/ou moral. Acompanha um ataque de identidade ética do indivíduo”⁵¹⁹. Assim, a assunção da vergonha sugere o reconhecimento, por parte do próprio sujeito, de que o ato por ele perpetrado é reprovável.

Trata-se da produção de uma forma de vergonha que mantenha os laços de respeito e de amor; que, ao mesmo tempo em que demonstre a desaprovação da

⁵¹⁷ ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Trad. de Mário Vilela. São Paulo: Ágora, 2006. P. 43.

⁵¹⁸ Leciona Braithwaite: “A teoria deste livro sugere que a chave para o controle do crime envolve compromissos culturais para envergonhar de maneiras que eu chamo de reintegrativa. Sociedades com baixa taxa de criminalidade são aquelas que envergonham potencial e judicialmente; indivíduos que retornam ao crime são aqueles alheios à vergonha quanto ao seu delito”. No original: “*The theory in this book suggests that key to crime control is cultural commitments to shaming in ways that I call reintegrative. Societies with low crime rates are those that shame potently and judiciously; individuals who resort to crime are those insulated from shame over their wrongdoing*”. (BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. P. 1).

⁵¹⁹ AHMED, Eliza. Padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 323.

conduta do agressor, seja também capaz de perdoá-lo. Interessante consignar que John Braithwaite, precursor desta teoria, reconheceu, anos mais tarde, que gostaria de ter denominado a “vergonha reintegrativa” de “restaurativa”⁵²⁰, tamanha a identidade com a justiça restaurativa.

O núcleo essencial da censura, portanto, deve abranger a produção da vergonha, a qual, desde que gerida de forma adequada, pode configurar a principal ferramenta de redução de conflitos em sociedade, afirma Braithwaite⁵²¹. A sanção penal formal demonstra-se ineficaz no que concerne ao controle social porque, em síntese, consiste em um ritual degradante, com consequências inexoravelmente estigmatizantes. Não se pretende, faz-se imperioso enfatizar, desconstruir as teorias criminológicas existentes, em especial a criminologia radical, um dos marcos teóricos deste trabalho, mas apenas conferir importância ao elemento “vergonha reintegrativa” nas análises envolvendo o crime.

É fácil perceber que esse método de censura funciona apenas nas sociedades em que as leis penais refletem a moral majoritária. Se, por exemplo, o consumo de drogas for criminalizado em um local em que a população seja favorável à descriminalização, é cediço que, ainda que um indivíduo seja flagrado fumando maconha, não haverá censura social suficiente a causar a vergonha necessária ao funcionamento da teoria. Similar situação ocorreria em sociedades majoritariamente poligâmicas, em que a bigamia restasse penalmente tipificada.

Reconhece-se, desde logo, que a teoria da vergonha reintegrativa não se mostra satisfatória em todo e qualquer caso. Seu poder dissuasório diminui na exata medida em que aumenta o dissenso sobre a necessidade de reprovação de determinados comportamentos. Nos casos em que a desaprovação social for espessa, porém, é grande o potencial da vergonha reintegrativa.

Há que se atentar, ainda, para o fato de que, uma vez mal aplicado, esse mecanismo pode resultar em estigmatização. A vergonha pode ser contraproducente

⁵²⁰ “For me, that third model is restorative justice. [...] It has become the slogan of a global social movement. For those of us who see constructive engagement with social movement politics as crucial for major change, labels that carry meaning for activists matter. In this spirit, I now wish that I had called reintegrative shaming restorative shaming”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford Press, 2002. P. 5)

⁵²¹ “Shaming is the most potent weapon of social control unless it shades into stigmatization” (BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. P. 14).

quando divide a comunidade entre “criminosos” e “pessoas de bem”, por exemplo. Exilar os “delinquentes” implica passar a mensagem de que eles não são importantes e que ninguém se preocupa com eles – em outras palavras, significa afirmar que a sociedade seguirá melhor sem o convívio dos “bons” com os “ruins”.

Sob outra perspectiva, se o indivíduo não for capaz de superar os sentimentos negativos autorrelacionados à vergonha, como a sensação de inferioridade, a desesperança, a humilhação e a perda de autoestima, por exemplo, as consequências serão diametralmente opostas às pretendidas. “Em tais circunstâncias, os indivíduos soterram-se sob pensamentos autocríticos e encaram a dificuldade de descarregar a vergonha”⁵²², refere Eliza Ahmed.

Para ser caracterizada como reintegrativa, portanto, a produção da vergonha deve ser sucedida por gestos que denotem a reaceitação do ofensor na comunidade. Esses gestos podem variar de um simples abraço, expressando o perdão, até um procedimento formal que retire o rótulo de agressor do indivíduo. Trata-se de deixar claro ao ofensor que, embora a conduta por ele perpetrada seja reprovável e que, por essa razão, devam ser tomadas as devidas providências para restaurar a relação rompida, ele continua sendo importante para a comunidade e, em especial, para os seus amigos e familiares.

Nessa senda, o melhor lugar para se verificar o sucesso da teoria da vergonha reintegrativa é a estrutura familiar. Explica-se: no seio das relações familiares, a prática de ofensas é verificada corriqueiramente. Após a mãe proibir a filha de dormir na casa do namorado ou do pai brigar com o filho que obteve notas baixas, todos continuarão vivendo sob o mesmo teto e sabem que, em pouco tempo, voltarão a se amar da mesma forma que antes. O cotidiano doméstico ensina que vergonha e a punição são passíveis de serem aplicadas sem que se perca o respeito e o afeto. Pretende-se, assim, usar a analogia familiar aqui descrita para regular os conflitos em sociedade.

Estabelecidas as premissas, faz-se necessário discorrer sobre o que significa, enfim, a vergonha reintegrativa no contexto penal. Envergonhar alude

⁵²² AHMED, Eliza. Padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 321.

demonstrar a baixa estima dos observadores externos – notadamente amigos e familiares – às transgressões praticadas. Braithwaite leciona que a provocação da vergonha pode consistir em gestos sutis, como uma careta, um comentário sarcástico, uma risada ou um movimento com a cabeça; pode, também, ser representada verbalmente, de forma direta, indireta ou até mesmo pelos meios de comunicação⁵²³.

Parte-se do princípio de que as censuras proferidas por pessoas com quem se tem algum laço afetivo são mais eficazes do que aquelas impostas por uma autoridade judicial imparcial. Uma só razão já seria suficiente para corroborar esse ponto de partida: não é difícil compreender que importa mais ao ofensor a opinião de um amigo do que a de um operador do direito. Nesse contexto, Braithwaite cita uma pesquisa, realizada na Inglaterra⁵²⁴, que questionou os jovens sobre quais seriam as piores consequências advindas se praticassem algum crime. Enquanto apenas 10% dos entrevistados responderam que a pior implicação seria “a punição que eu deveria receber”, 55% informou ser “o que minha família ou minha namorada pensaria sobre isso”, e 12% disse, ainda, ser “a publicidade ou a vergonha de ter que comparecer ao tribunal”. Embora evidentemente não exaustiva, pode-se inferir da pesquisa a eficácia do controle social informal exercido por familiares no comportamento delituoso.

A vergonha reintegrativa não só expressa um desapontamento pessoal com o crime praticado, mas também demonstra uma satisfação ao ver a restauração do ofensor. Ela exerce o papel de conectar as partes a partir da geração de empatia. Ahmed aduz que o reconhecimento da vergonha compreende cinco componentes:

⁵²³ No original: “Of what, then, does shaming consists? It can be subtle: a frown, a tut-tut, a snide comment, a turning of the back, a slight shaking of the head, a laugh; it can be a direct verbal confrontation in which the offender is admonished about how guilty she should feel or how shocked her relatives and friends are over her conduct; it can be indirect confrontation by gossip which gets back to the offender; it can be broadcast via the mass media or by a private medium [...]; it can be officially pronounced by a judge from the bench or by a government which names a wrongdoer in an official report or in the chamber of the legislature; it can be popularized in mass culture by a film which moralizes about a certain act wrongdoing”. (BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. P. 58).

⁵²⁴ Para informações mais detalhadas sobre a pesquisa, ver: BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. P. 70.

“(i) ter sentimento de vergonha; (ii) esconder a si mesmo; (iii) ter responsabilidades; (iv) sentir a rejeição dos outros; e (v) fazer a reparação”⁵²⁵.

É verdade que a vergonha reintegrativa frequentemente pode ser punitiva, mas essa punição não tem como objetivo a inflição de dor no transgressor – seu conteúdo, muitas vezes representado pelo remorso e pelo arrependimento, é meramente simbólico.

Afirma Ahmed que “os indivíduos que reconhecem a vergonha e aceitam a responsabilidade pessoal não irão cometer outras intimidações, porque consideraram as consequências prejudiciais e resolveram evitá-las no futuro”⁵²⁶. São duas, portanto, as principais consequências advindas da vergonha reintegrativa, quais sejam: a desaprovação social e a internalização de um sentimento de contrição, como percebe Braithwaite⁵²⁷:

Em resumo, a vergonha opera em dois níveis para efetuar o controle social. Primeiro, ela detém o comportamento criminoso porque a aprovação dos membros da sociedade é algo que ninguém gostaria de perder. Em segundo lugar, e mais importante, tanto a vergonha quanto o arrependimento constroem consciências que, internamente, detém o comportamento criminoso mesmo na ausência de censura externa associada à ofensa. Envergonhar traz à tona dois tipos muito diferentes de punição: desaprovação social e crises de consciência.

Nos procedimentos restaurativos, o sucesso na inflição da vergonha reintegrativa acarreta menor risco de que o ofensor venha a trilhar caminhos errôneos no futuro. “No reconhecimento da vergonha, um indivíduo aceita que sente vergonha, acata a sua responsabilidade em relação ao que aconteceu e faz um

⁵²⁵ AHMED, Eliza. Padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 324.

⁵²⁶ Ibid. P. 325.

⁵²⁷ No original: “*In summary then, shame operates at two levels to effect social control. First, it deters criminal behavior because social approval of significant others is something we do not like to lose. Second, and more importantly, both shaming and repentance build consciences which internally deter criminal behavior even in the absence of any external shaming associated with as offense. Shaming brings into existence two very different kinds of punishers – social disapproval and pangs of conscience*”.
(BRAITHWAITE, John. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989. P. 75).

exame das etapas tendentes a reparar o dano feito”⁵²⁸, atesta Eliza Ahmed. Trata-se, portanto, de mais uma razão para se advogar pela presença de familiares, amigos e membros da comunidade nas práticas restaurativas.

3.4. Encontrando um paradigma: uma teoria conceitual acerca da justiça restaurativa

Paul McCold e Ted Wachtel⁵²⁹ apresentaram no XIII Congresso Mundial de Criminologia⁵³⁰ o que denominaram “teoria conceitual de justiça restaurativa”, que, por sua clareza e pertinência, deveria ser de menção obrigatória nos trabalhos sobre o tema. Afirmam os autores que todos aqueles que detêm alguma forma de autoridade, a exemplo dos pais, empregadores ou professores, precisam encontrar uma maneira para manter a disciplina social. No sistema criminal ocidental, os “profissionais da justiça”⁵³¹ acreditam que a punição é a única forma eficiente para disciplinar aqueles que delinquem.

Os criminólogos dividem os mecanismos disciplinares em quatro grandes grupos – de acordo com o grau de controle, isto é, de limitação aos outros, e de apoio social, entendido como encorajamento e assistência aos demais –, quais sejam: padrões vagos de imposição de comportamentos e regulamentações permissivas ou inexistentes indicam um baixo nível de controle social; previsão clara de limites e de diligentes *standards* de comportamento caracterizam um alto grau de controle social; a seu turno, a ausência de encorajamento e uma provisão mínima no

⁵²⁸ AHMED, Eliza. Padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 323.

⁵²⁹ McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigma: a theory os restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016.

⁵³⁰ Realizado entre os dias 10 e 15 de agosto de 2003 no Rio de Janeiro.

⁵³¹ No original, os autores referem-se aos “*justice professionals*” (McCOLLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigma: a theory os restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016. P. 1)

que concerne às necessidades dos envolvidos configuram um baixo apoio social; e finalmente, a assistência ativa e a preocupação com a satisfação geral denotam um alto apoio social.

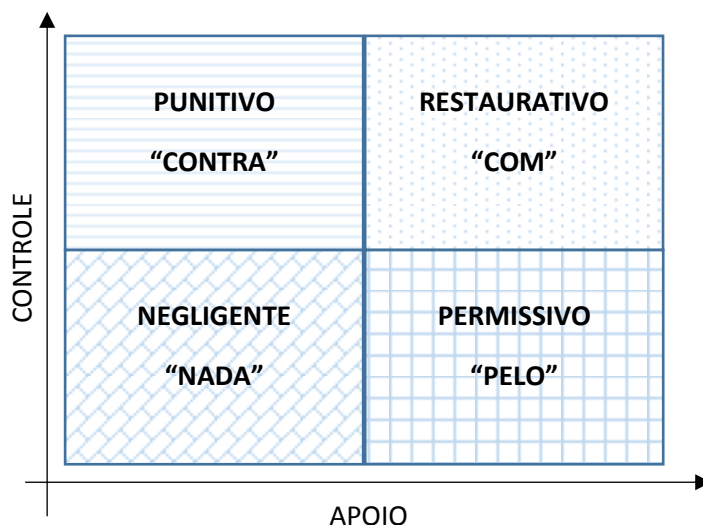
Essa divisão, à qual intitularam “janela de disciplina social” (“*social discipline window*”) e que constitui a primeira etapa da teoria conceitual de justiça restaurativa, define, por sua vez, quatro abordagens possíveis para regular os comportamentos, quais sejam: (i) punitiva, também denominada retributiva, em que se tem elevado controle e baixo apoio e “tende a estigmatizar as pessoas rotulando-as indelevelmente de forma negativa”⁵³²; (ii) negligente, caracterizada pela indiferença e passividade, apresenta pequenos índices de apoio e de controle; (iii) permissiva ou reabilitadora, a qual, com baixo controle e alto apoio, tende a proteger as pessoas das consequências de suas ações; e (iv) por derradeiro, a abordagem restaurativa, com alto controle e alto apoio, “confronta e desaprova as transgressões enquanto afirmando o valor intrínseco do transgressor. A essência [...] é a resolução dos problemas, de forma colaborativa”⁵³³.

Quatro palavras foram escolhidas por McCold e Wachtel para descrever resumidamente cada grupo, a saber: “contra”, “nada”, “pelo” e “com”. Explica-se: sendo o modelo punitivo (i), sempre haverá uma resposta “contra” o ofensor, seja uma admoestação, seja um castigo; sendo negligente (ii), “nada” será feito em resposta a uma transgressão; por outro lado, se permissivo (iii), tudo será feito “pelo” ofensor; finalmente, sendo o enfoque restaurativo (iv), assume-se um compromisso “com” o ofensor por meio do engajamento cooperativo para a solução dos conflitos.

O quadro a seguir resume a teoria da janela de disciplina social:

⁵³² “*It tends to stigmatize people, indelibly marking them with a negative label*”. (McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigma: a theory os restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016. P. 1).

⁵³³ “*The restorative approach, with high control and high support, confronts and disapproves of wrongdoing while affirming the intrinsic worth of the offender. The essence of restorative justice is collaborative problem-solving*” (Ibid. P. 2).



Nota-se, portanto, que a justiça restaurativa, ao apresentar-se como portadora de elevada preocupação com a satisfação de todos e estabelecer diligentes previsões de comportamentos, ratifica o valor intrínseco do ofensor ao mesmo tempo em que desaprova os delitos por ele praticados. Permite, assim, que dele se retire o rótulo de “delinquente” a partir da assunção de responsabilidades e de reparação dos danos causados.

A segunda etapa da teoria conceitual de justiça restaurativa é baseada no “papel das partes interessadas” (“*stakeholder roles*”): trata-se da análise abarcando a relação entre o dano provocado pelo delito e as necessidades específicas dos envolvidos. Por “envolvidos” englobam-se tanto as partes primárias – entendidas como tal as vítimas, os ofensores e aqueles que com eles possuem relação de afeto (família e amigos, por exemplo) –, quanto as secundárias, notadamente conhecidos, vizinhos, autoridades e a própria sociedade como um todo.

Explicam os autores que as partes primárias necessitam de uma oportunidade para expressar seus sentimentos, razão pela qual devem ter voz ativa no processo de restauração do dano. As partes secundárias, por seu turno, desvinculadas de qualquer laço emocional com as primárias, não devem tomar para si o conflito que as pertence⁵³⁴. Assim, a resposta restaurativa máxima para este último grupo cinge-se a apoiar e facilitar os processos em que as próprias partes interessadas principais

⁵³⁴ “*The secondary stakeholders, those who are not emotionally connected to the specific victims and offenders, must not steal the conflict from those to whom it belongs by interfering with the opportunity for healing and reconciliation*” (McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigma: a theory of restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016. P. 2).

determinam o que deve ser feito, aumentando a coesão e fortalecendo a capacidade dos cidadãos de solucionar os seus próprios problemas⁵³⁵.

Para melhor demonstrar o que foi explicitado, compila-se o quadro alinhavado por McCold e Wachtel:

	DANO	NECESSIDADES	RESPOSTAS
PARTES INTERESSADAS PRIMÁRIAS			
VÍTIMA	Direto	Específicas	Ativas
TRANSGRESSOR	Direto	Específicas	Ativas
FAMÍLIAS	Direto	Específicas	Ativas
PARTES INTERESSADAS SECUNDÁRIAS			
VIZINHOS	Indireto	Coletivas	Dando apoio
AUTORIDADES	Indireto	Coletivas	Dando apoio

Por derradeiro, mister mencionar a terceira etapa da teoria conceitual elaborada pelos criminólogos. Como já visto, a justiça restaurativa baseia-se no tripé vítima-agressor-comunidade, cujas necessidades principais são, nesta ordem, a obtenção da reparação, a assunção de responsabilidades e a reconciliação. Afirmam os autores que o nível de envolvimento dos três grupos determinará o grau em que qualquer forma de disciplina social poderá ser chamada, por certo, de restaurativa, de modo que, quanto maior a participação ativa de todos, maior será o alcance restaurativo do processo. Assim, quando as práticas da justiça penal envolvem apenas uma dessas partes, como no caso da “compensação financeira do governo às vítimas”, o procedimento só pode ser denominado “parcialmente restaurativo”. De forma semelhante, quando ofensor e ofendido participam da mediação sem o envolvimento da comunidade, configura-se uma prática “predominantemente restaurativa”.

McCold e Wachtel⁵³⁶ ilustraram a representação da “tipologia das práticas restaurativas” (“*restorative practices typology*”) da seguinte forma:

⁵³⁵ “The most restorative response for the secondary stakeholders is to support and facilitate processes in which the primary stakeholders determine for themselves the outcome of the case. Such processes will reintegrate both victims and offenders and simultaneously strengthen civil society by enhancing social cohesion and empowering and improving the citizenry’s ability to solve its own problems” (McCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigm: a theory of restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: <http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016. P. 4).

⁵³⁶ Ibid. P. 6.

Tipos e Graus de Práticas de Justiça Restaurativa



Sendo assim, é possível concluir que a teoria conceitual apresentada fornece uma resposta abrangente e adequada para explicar o método, a razão e as partes abarcadas pelo paradigma da justiça restaurativa⁵³⁷. Em síntese, da análise de suas três etapas, decorre: a “janela de disciplina social” (i) demonstra que o conflito pode ser transformado em cooperação; a hipótese do “papel das partes interessadas” (ii) mostra os caminhos para restaurar as relações; e, por fim, a “tipologia das práticas restaurativas” (iii) explica porque a participação conjunta e ativa das vítimas, dos ofensores e da comunidade se faz necessária ao sucesso do procedimento.

⁵³⁷ No original: “The conceptual theory presented here provides the framework for a comprehensive answer to the how, what and who of the restorative justice paradigm. The Social Discipline Window describes how conflict can be transformed into cooperation. The Stakeholder Roles structure demonstrates that repair of the emotional and relational harm necessitates the empowerment of the primary stakeholders, those most directly affected. The Restorative Practices Typology demonstrates why participation of the victims, offenders and their communities of care are all required to repair the harm caused by the criminal act”.

3.5. Edificando um modelo restaurativo: bases para uma regulação responsiva

Por tudo o que foi exposto até aqui, faz-se oportuno indagar: como estruturar, teórica e empiricamente, um sistema de justiça restaurativa? O primeiro aspecto merecedor de análise refere-se ao local em que deve atuar a justiça restaurativa, a saber: se inserida no modelo criminal tradicional ou como alternativa a ele. Sobre este tema, destacam-se duas posições divergentes⁵³⁸.

A vertente maximalista preconiza a inserção dos procedimentos restaurativos no seio do sistema tradicional, com o objetivo de transformar integralmente o modelo punitivo. Almeja-se o resultado restaurativo e não se confere muita importância ao procedimento, aceitando-se, inclusive, que ele seja imposto ao ofensor. Walgrave⁵³⁹, um dos principais expoentes dessa corrente de pensamento, consigna, por exemplo, que a prestação de serviços à comunidade pode ser considerada restaurativa mesmo quando fixada contra a vontade das partes. Isso porque, segundo o autor, estaria orientada à reparação do dano, e não à punição do ofensor.

Por outro lado, a corrente minimalista defende o afastamento entre as duas esferas, de forma que a justiça restaurativa não reste contaminada pela lógica punitiva do sistema criminal. Prima-se, pois, pelos processos restaurativos mais do que por seus possíveis resultados.

Importante adiantar, desde logo, que se advoga, neste trabalho, pela vertente minimalista. A busca a qualquer preço pelo resultado, sem que se confira a devida importância ao caminho a ser percorrido, vai de encontro aos preceitos restaurativos mais básicos e fundamentais. Em última análise, o procedimento teria apenas a aparência restaurativa, sendo a real essência adversarial, correcionalista e punitiva. Um procedimento autoritariamente imposto não pode, em qualquer hipótese, ser considerado restaurativo.

Mister consignar que o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU) define, em sua já mencionada Resolução 2002/12, “programa de justiça restaurativa” como qualquer atividade que utilize processos restaurativos e

⁵³⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 27.

⁵³⁹ WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Portland: Willan Publishing, 2008. P. 39.

objetivo atingir resultados restaurativos⁵⁴⁰, assinalando que o processo restaurativo requer a participação ativa da vítima, do infrator e, se for o caso, de membros da comunidade na resolução de questões decorrentes da prática de um crime⁵⁴¹ e que o resultado restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo com o intuito de atender as necessidades individuais e coletivas e promover a reintegração da vítima e do ofensor⁵⁴².

Percebe-se, desde logo, que a Resolução vincula os resultados aos procedimentos restaurativos, alinhando-se – corretamente, enfatize-se – à vertente minimalista acima descrita. A ONU não considera restaurativo, portanto, nenhum resultado imposto às partes, ainda que direcionado ao ressarcimento do dano e não ao castigo do agressor.

Nesse contexto, imperioso sopesar a relação entre restauração e retribuição. Talvez no texto mais conhecido sobre o tema, publicado em 1990, Howard Zehr, ao propor a troca de lentes⁵⁴³ e um novo foco no exame sobre o crime, apresentava, originalmente, a justiça restaurativa em um paradigma oposto ao da justiça retributiva. Aduzia o autor⁵⁴⁴ que, para esta, “o crime é uma violação contra o Estado, definida pela desobediência à lei e pela culpa”, enquanto, para a primeira, “o crime é uma violação de pessoas e relacionamentos”. E concluía: “em vez de definir

⁵⁴⁰ Resolução 2002/12, art. 1º: “*Restorative justice programme*’ means any programme that uses restorative processes and seeks to achieve restorative outcomes”.

⁵⁴¹ Resolução 2002/12, art. 2º: “*Restorative process*” means any process in which the victim and the offender, and, where appropriate, any other individuals or community members affected by a crime, participate together actively in the resolution of matters arising from the crime, generally with the help of a facilitator. Restorative processes may include mediation, conciliation, conferencing and sentencing circles”.

⁵⁴² Resolução 2002/12, art. 3º: “*Restorative outcome*’ means an agreement reached as a result of a restorative process. Restorative outcomes include responses and programmes such as reparation, restitution and community service, aimed at meeting the individual and collective needs and responsibilities of the parties and achieving the reintegration of the victim and the offender”.

⁵⁴³ “Portanto a escolha da lente afeta aquilo que aparece no enquadramento da foto. Determina também o relacionamento e proporção relativa dos elementos escolhidos. Da mesma forma, a lente que usamos ao examinar o crime e a justiça afeta aquilo que escolhemos como variáveis relevantes, nossa avaliação de sua importância relativa e nosso entendimento do que seja um resultado adequado. Nós vemos o crime através da lente retributiva. O processo penal, valendo-se desta lente, não consegue atender a muitas das necessidades da vítima e do ofensor”. (ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 169).

⁵⁴⁴ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 170.

a justiça como retribuição, nós a definiremos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura”⁵⁴⁵. Não obstante, no posfácio à terceira edição do livro, o autor reconsiderou sua posição dicotômica para afirmar que “pintar a retribuição e a restauração como mutuamente excludentes acaba por diminuir as possibilidades de exploração de traços comuns e interesses mútuos”. Não é difícil notar que ambas as teorias têm como objetivo principal o que Zehr denominou “conseguir reciprocidade igualando o placar”⁵⁴⁶, isto é, perceber que o delito causa um mal que gera algum desequilíbrio. Significa dizer, ao menos, que para as duas correntes o ofendido merece algo e o ofensor deve algo. A diferença reside naquilo que deve ser feito para reestabelecer o equilíbrio.

Vislumbrar, pois, retribuição e restauração como paradigmas opostos e totalmente incompatíveis, além de não refletir a veracidade dos fatos, pouco contribui para o fortalecimento da cultura restaurativa. Em verdade, não se exige, com ela, como possa parecer, o “rompimento com o Direito estatal nem a instauração de ‘pluralismo jurídico’, ‘legalidade comunitária’ ou de múltiplos sistemas normativos para aplicar a justiça de forma localizada”⁵⁴⁷.

Ao contrário do que uma análise superficial possa indicar, a participação do governo é fundamental para o correto desenvolvimento das ações restaurativas. Não deve ocupar a posição de protagonista ou titular de ações penais, como no sistema tradicional, mas a de garantidor de direitos humanos e capaz de oferecer alternativas quando não for possível aplicar uma abordagem restaurativa.

Cabe ao Estado, ainda, o desenvolvimento pela via legislativa de diretrizes mínimas às práticas restaurativas locais, com vistas, sobretudo, a assegurar o tratamento igualitário em situações similares. Nas palavras de Leonardo Sica, “a pluralidade de métodos abarcados pela justiça restaurativa evidencia a necessidade de controle público, garantindo o caráter estatal da função de controle do crime”⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 260.

⁵⁴⁶ Ibid. P. 259.

⁵⁴⁷ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 168.

⁵⁴⁸ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 81.

Assim sendo, admitem-se os riscos da autotutela penal como senda perigosa à barbárie, seja a partir da violação de direitos fundamentais, seja pela imposição do método restaurativo contra a vontade de alguma(s) da(s) parte(s) ou, ainda, pela desigualdade de tratamento em casos semelhantes. Ao instrumentalizar regras mínimas e participar, ainda que indiretamente, do procedimento, o Estado, enquanto gestor imparcial, cumpre importante papel no enfrentamento pragmático da questão.

Observou-se a compatibilidade entre o modelo restaurativo e o ordenamento jurídico retributivo, “emprestando esta força executória às deliberações daqueles, desde que observado o balizamento imposto pelas medidas legais e pelos modelos organizacionais do sistema”⁵⁴⁹. Nesse contexto, imperioso desenvolver a ideia de “regulação responsiva” alinhavada por John Braithwaite⁵⁵⁰, a qual pressupõe a convivência mútua entre o sistema de justiça tradicional e a justiça restaurativa, devendo o primeiro funcionar como complementar nas fissuras, isto é, de forma subsidiária, nos casos em que não for possível agir restaurativamente.

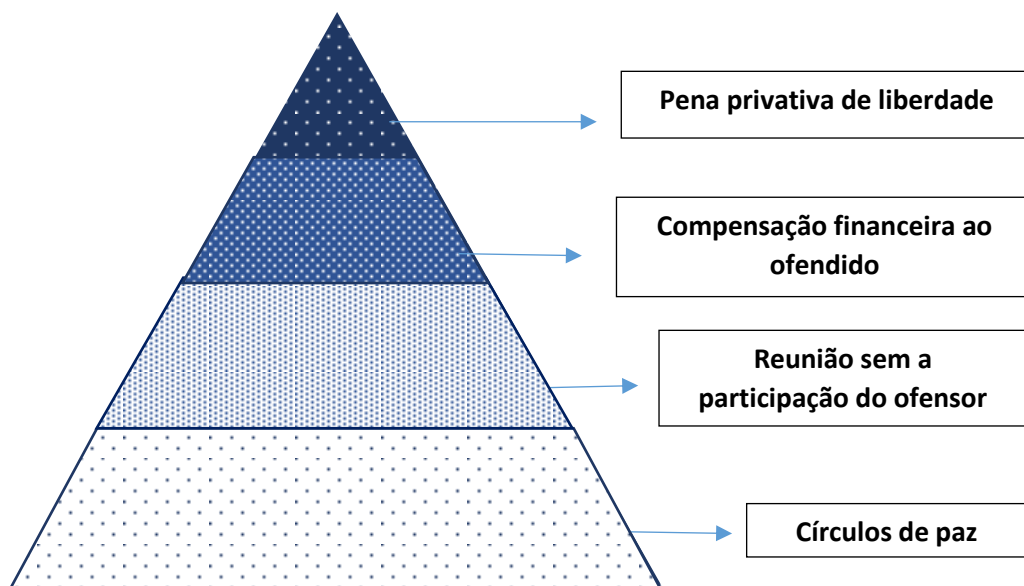
Preliminarmente, imperioso constatar que a regulação responsiva surge em oposição ao formalismo regulatório. Este define de antemão os problemas que considera graves e estabelece, por meio de regras, as respostas que serão fornecidas a eles. É fácil perceber que o sistema penal tradicional tem como característica intrínseca a regulação formalista: uma vez provado nos autos que o indivíduo culpável praticou uma conduta típica e antijurídica, a ele será cominada a pena prescrita em lei. Em contrapartida, a regulação responsiva rechaça tal presunção: se esse mesmo indivíduo compreendeu que agiu mal e atendeu ao acordado no método restaurativo, não há que ser cogitada a aplicação da pena legalmente prevista.

O difícil, alerta Braithwaite, reside em decidir quando punir (justiça criminal tradicional) e quando persuadir (justiça restaurativa). Na tentativa de solucionar tal dilema, o criminólogo desenvolveu o que denominou “pirâmide regulatória” para melhor ilustrar o caminho a ser percorrido em um modelo regulatório que se pretenda responsivo.

⁵⁴⁹ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 169.

⁵⁵⁰ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford Press, 2002.

Na base da pirâmide, está localizada a abordagem baseada no diálogo totalmente reparador. A ascensão a cada nível subsequente representa o recurso a medidas pouco a pouco mais punitivas e, por conseguinte, menos restaurativas. Braithwaite sugere que a gestão dos conflitos definidos como crimes sempre se inicie na base da pirâmide, isto é, que a primeira atitude a ser tomada face a uma situação penalmente tipificada envolva o diálogo e a persuasão, como pretende a justiça restaurativa. Se – e apenas se – essa abordagem não se mostrar exitosa no caso concreto, deve-se partir para o degrau seguinte. Exemplifica-se, a seguir, uma possível configuração de pirâmide responsiva:



Trata-se, portanto, de um modelo dinâmico. Pouco importa a gravidade presumida do delito em abstrato: para todos os casos, deve-se iniciar o tratamento a partir do enfoque respeitoso, dialogal e restaurativo, como estabelece a base da pirâmide⁵⁵¹. Interessante notar, como frisado por Braithwaite, que esse fator contribui, inclusive, para aumentar a eficácia da justiça punitiva⁵⁵². Desnaturaliza-se,

⁵⁵¹ Explicita o autor: “The crucial point is that this is a dynamic model. It is not about specifying in advance which are the types of matters that should be dealt with at the base of the pyramid, which are the more serious ones that should be in the middle, and which are the most egregious ones for the peak of the pyramid. Even with the most serious matters – flouting legal obligations to operate a nuclear power plant safely that risks thousands of lives – we stick the presumption that it is better to start with dialogue at the base of the pyramid”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford Press, 2002. P. 30).

⁵⁵² “It accomplishes the latter by increasing the effectiveness of both deterrence and incapacitation”. (BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford Press, 2002. P. 42).

por conseguinte, o cárcere enquanto resposta aos delitos por excelência, colocando-o como derradeira opção, a ser utilizada apenas de forma excepcional, quando todos os outros métodos falharem.

Interessa, ainda, analisar os quatro modelos de justiça restaurativa identificados por Daniel Van Ness⁵⁵³. O ponto de partida utilizado pelo autor é simples: um sistema que inclua todos os valores e elementos elencados por ele como restaurativos, por óbvio, será considerado um modelo restaurativo; por outro lado, se nenhum desses componentes se fizer presente, não haverá qualquer problema em afirmar que se trata de um modelo não restaurativo; no entanto, se apenas alguns valores puderem ser identificados, não será razoável afirmar nem que o sistema é restaurativo nem que não o é. Assim, deve-se pensar em sistemas intermediários a partir de gradações e dos diferentes níveis de interseções com a justiça criminal tradicional. Transcreve-se, nesse sentido, a assertiva formulada por Zehr: “dentro da justiça restaurativa, vejo um contínuo que vai do totalmente restaurativo numa ponta até o não restaurativo na outra. Entre esses dois polos teremos variadas opções com qualidades restaurativas”⁵⁵⁴.

No primeiro modelo, ao qual Van Ness denominou “unificado” (“*unified model*”), o sistema de justiça criminal transformar-se-ia em totalmente restaurativo, aplicável a todas as eventualidades, inclusive aos casos em que as partes não quisessem participar de forma voluntária.

O segundo modelo, “*dual track model*”, a seu turno, permitiria a existência concomitante das justiças restaurativa e tradicional. Ambas operariam de forma totalmente independente, inclusive sob o aspecto normativo, havendo cooperação ocasional através de pontes que permitiriam aos envolvidos intercambiar entre os sistemas quando entendessem necessário. Neste modelo, chamado também de “provisão integrada”, afirma-se que, se não por razões teóricas, a prática demonstra que as duas abordagens são necessárias.

O terceiro modelo, intitulado “*backup model*”, seria uma variação dos anteriores, uma vez que, embora orientado ao sistema unificado – portanto, privilegiando os aspectos restaurativos – reconhece que em alguns casos a

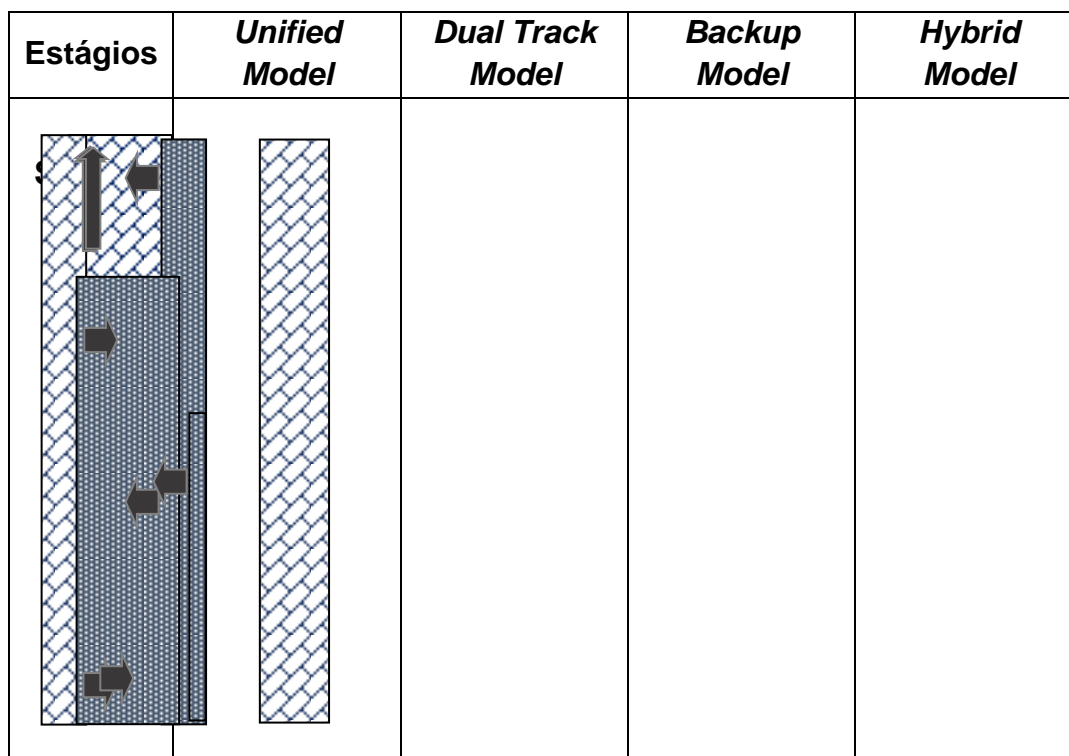
⁵⁵³ VAN NESS, Daniel W. *The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>>. Acesso em 14.ago.2016.

⁵⁵⁴ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 172.

utilização da justiça criminal tradicional será necessária, funcionando como uma espécie de suporte residual para os casos em que a abordagem restaurativa não resultasse possível – por exemplo, quando um dos interessados não concordasse com a restauração.

Por derradeiro, destaca-se o modelo híbrido (*“hybrid model”*), que exhibe, ao mesmo tempo, consistentes valores restaurativos e reflete valores característicos da justiça criminal contemporânea. Neste sistema, normativamente unificado, a justiça restaurativa restaria limitada à fase de execução penal.

O quadro a seguir, elaborado pelo próprio Van Ness⁵⁵⁵, ajuda a elucidar os mencionados modelos:



Desde logo, afirma-se que, em que pese os respeitáveis posicionamentos em sentido contrário, a justiça restaurativa não deve ser vislumbrada como panaceia nem como substituta do processo penal. “Não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite”⁵⁵⁶, como

⁵⁵⁵ VAN NESS, Daniel W. *The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>>. Acesso em 14.ago.2016. P. 13.

⁵⁵⁶ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 34.

assevera Leonardo Sica. A justiça restaurativa deve atuar de forma complementar ao sistema tradicional, mantendo, porém, sua autonomia em relação a ele.

Em verdade, é preciso converter o sistema monolítico, de uma só porta, em um sistema multiportas, que atenda de forma distinta às diversas demandas⁵⁵⁷. Não se admite a existência de apenas uma resposta unívoca a todas as situações problemáticas, seja ela o cárcere, a pena restritiva de direitos, a restauração ou qualquer outra alternativa singular que se possa pensar. Rechaça-se, portanto, o modelo unificado proposto por Van Ness, como se pretende explicar em sequência.

A imperiosa característica da voluntariedade do procedimento restaurativo por si só não permitiria sequer a cogitação da revogação total do sistema tradicional. O que fazer nos casos em que um dos envolvidos não concordasse com o método restaurativo? A obrigatoriedade descaracterizaria sua essência. Na esteira do pensamento de Damásio de Jesus, é fundamental repisar que as “práticas restaurativas pressupõem um acordo livre e plenamente consciente entre as partes envolvidas. Sem esse consenso, não haverá alternativa a não ser recorrer ao procedimento tradicional”⁵⁵⁸. Nesse mesmo contexto, afirma Nils Christie: “às vezes, é impossível reunir as partes. Alguns participantes não se atreveriam a encontrar o ofensor. Algumas pessoas não aceitariam encontrar aqueles que supostamente as prejudicaram”⁵⁵⁹.

Além disso, com fulcro na teoria proposta pelo próprio Van Ness⁵⁶⁰, a justiça restaurativa deve se embasar obrigatoriamente em três princípios, a saber: (i)

⁵⁵⁷ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016. P. 19.

⁵⁵⁸ JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35, dez./jan. 2006. P. 10.

⁵⁵⁹ No original: “sometimes it is impossible to get the parties to meet. Some potential participants would not dare to meet those they might have harmed. Some harmed people would not accept meeting those who supposed to have done it”. (CHRISTIE, Nils. Restorative justice: five dangers ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Ed.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice: effects of social technologies*. Boca Raton: CRC Press, 2009. P. 197).

⁵⁶⁰ VAN NESS, Daniel W. *The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>>. Acesso em 14.ago.2016.

restauração de vítimas, ofensores e comunidades que foram afetadas pela ação; (ii) fornecimento de oportunidades de envolvimento ativo no procedimento restaurativo às vítimas, aos ofensores e à comunidade o mais cedo e na maior intensidade possível; e (iii) preservação da ordem pelo governo e estabelecimento da paz pela comunidade⁵⁶¹. O poder coercitivo, portanto, uma vez aplicado a partir da decisão dos envolvidos, deve ser supervisionado pelo Estado.

Em sentido semelhante, a Resolução 2002/12 da ONU⁵⁶² estabelece que “os resultados dos acordos oriundos de programas de justiça restaurativa deverão, quando apropriado, ser judicialmente supervisionados ou incorporados às decisões ou julgamentos”. Por fim, corroborando a necessidade de existência concomitante de um sistema retributivo, a mesma resolução prevê que, nos casos em que houver descumprimento do acordo restaurativo, deve-se retomar o procedimento da justiça criminal sem que se perquiria sobre os motivos do descumprimento, a fim de assegurar as garantias do processo restaurador⁵⁶³.

Percebe-se ainda que, apesar de utilizada primordialmente como alternativa à pena privativa de liberdade, a justiça restaurativa pode ser aplicada durante a execução penal. Seria necessário, destarte, a existência de um prévio processo de conhecimento, não se podendo prescindir do sistema criminal tradicional. Os resultados almejados, portanto, teriam caráter mormente emocional.

Nessa senda, César Barros Leal⁵⁶⁴ ensina que a Sociedade Carcerária Internacional (*Prison Fellowship International*) tem desenvolvido exitosas experiências restaurativas no interior do ambiente carcerário. Aduz o autor que a mencionada sociedade empregou, na Colômbia, uma metodologia denominada “árvore sicômora”, que consiste em encontros entre vítimas e ofensores de diferentes delitos da mesma espécie – sequestradores com sequestrados, por exemplo. Aplicado em seis prisões do país, o programa persegue o “conhecimento

⁵⁶¹ “*In promoting justice, the government is responsible for preserving order and the community for establishing peace*”. (Ibid. P. 14).

⁵⁶² A íntegra da Resolução 2002/12 pode ser consultada em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&>>. Acesso em 04.nov.2016.

⁵⁶³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 96.

⁵⁶⁴ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. PP. 44-46.

mútuo (a descoberta do outro, de suas idiossincrasias, de suas circunstâncias), a perda do rancor, o cessar do espírito de vingança, o perdão [...] e o arrependimento”⁵⁶⁵.

Cabível explicitar, nesse contexto, o modelo desenvolvido por Tim Newell⁵⁶⁶, que tinha como base o que denominou “tecido cultural”: o autor almejava “compreender as complexas organizações e sistemas que resistem a mudanças”⁵⁶⁷ e, com isso, obter as melhores estratégias para a implementação de mutações.

No cárcere, essa teoria tem como objetivo principal promover transformações no clima, na cultura da prisão, nas relações interpessoais, nas relações de poder, nos sistemas de controle⁵⁶⁸. Tais mudanças seriam possíveis a partir da utilização de mecanismos restaurativos, responsáveis por modificar a estrutura de poder da população carcerária. Para tanto, é preciso que haja um ambiente propício para conscientizar o preso quanto às suas ofensas. Em última análise, para que seja possível a aplicação da justiça restaurativa nas penitenciárias, o que tornaria “mais harmonioso o clima institucional, envolvendo presos, suas famílias e os profissionais de todos os níveis”⁵⁶⁹, é preciso que ocorra uma mudança fundamental na cultura da prisão⁵⁷⁰.

Não se trata, portanto, de uma “proposta concreta” dos ideais abolicionistas⁵⁷¹, uma vez que não se defende, pelos motivos acima expostos, o modelo unificado esboçado por Van Ness. É forçoso explicitar que se admite, ainda que para um número reduzidos de casos, a utilização do cárcere. Por outro lado, não se pode olvidar a importância dos discursos abolicionistas para a emergência

⁵⁶⁵ LEAL, César Oliveira de Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010. P. 45.

⁵⁶⁶ NEWELL, TIM. *Restorative practice in prisons: circles and conferencing in the custodial setting*. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDQ1>. Acesso em 13.out.2016.

⁵⁶⁷ SÁ, Alvino Augusto de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, fev./mar. 2007 P. 32.

⁵⁶⁸ Ibid. P. 33.

⁵⁶⁹ NEWELL, op. cit.

⁵⁷⁰ “To succeed in this involvement the dynamics of culture change should be recognised.” (Ibid.).

⁵⁷¹ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 159.

dos programas restaurativos e o fortalecimento do pensamento crítico em relação ao sistema criminal tradicional, como visto no segundo capítulo deste trabalho. Tampouco admite-se um sistema em que a justiça restaurativa seja vislumbrada como dependente do sistema penal. Isso porque o risco de cooptação daquela por este sistema é enorme, tal como aconteceu com os juizados especiais, por exemplo. Embora tenham sido criados com o intuito de facilitar o diálogo entre as partes, Leonardo Sica demonstra que não foi isso que se verificou na empiria: “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”⁵⁷², e a burocracia judiciária terminou por colonizar este novo sistema. Conclui o autor que a Lei nº 9099/95 “apenas finge privilegiar o consenso e a conciliação das partes”⁵⁷³, mantendo intacta a estrutura do modelo adversarial tradicional.

É inadmissível que a justiça restaurativa seja encarada como uma “justiça de segunda classe”, funcionando como uma bengala célere para desafogar o Judiciário. Além de não obter os resultados pretendidos – uma vez que seria grande o risco, tal como ocorreu com os juizados especiais, de abarcar apenas os casos que sequer chegariam às varas judiciais –, a preocupação excessiva com a celeridade terminaria por descaracterizar a essência restaurativa dos procedimentos.

Discorda-se, ainda, do modelo híbrido desenvolvido por Van Ness, posto que reduz e limita a importância da restauração à fase de execução penal, quando possui potencial muito maior. A justiça restaurativa não deve ser encarada apenas como uma modalidade de pena alternativa, mas como uma nova forma de responsabilização do ofensor que vai de encontro ao processo penal vigente, o qual tem como objetivos apenas a condenação ou a absolvição.

Novamente, cabe ressaltar, não se ignoram os benefícios da aplicação de mecanismos restaurativos na fase de execução da pena; no entanto, restringi-los a essa etapa processual significa, invariavelmente, legitimar a lógica paternalista, vertical e inquisitorial presente no sistema tradicional.

⁵⁷² SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 227.

⁵⁷³ *Ibid.* P. 176.

Restam, portanto, o “*dual track model*” e o “*backup model*” – ambos prescrevem a coexistência da justiça restaurativa com o sistema criminal tradicional. Nas palavras de Pedro Scuro Neto, “a viabilidade de uma justiça dual está vinculada à clareza que pode resultar do movimento global em que a justiça restaurativa se transformou, e à descoberta de onde tudo começou”⁵⁷⁴. Diferenciam-se, apenas, no tamanho a ser ocupado por cada esfera: enquanto no “*dual track model*” as duas teorias possuem similar dimensão, no “*backup model*” a justiça criminal tradicional possui função subsidiária e residual.

Assume-se, portanto, a inevitabilidade da convivência restaurativa com o sistema jurídico-penal formal. Face às críticas consolidadas nos capítulos anteriores e às potencialidades da justiça restaurativa já solidificadas neste trabalho, defende-se uma estruturação normativa predominantemente restaurativa, partindo-se da regulação responsiva preconizada por Braithwaite.

Nessa seara, o “*backup model*” demonstra-se mais adequado à construção de uma forma menos violenta de administração de situações problemáticas, com a prevalência do diálogo, do respeito mútuo e da obtenção da melhor solução para os envolvidos no caso concreto. A primazia de decisão sobre as contendas de natureza penal, deve, sempre, ser conferida àqueles que dela participam diretamente.

No referido modelo, busca-se, em primeiro lugar, a harmonia das relações sem a imposição de sofrimento, modificando a premissa enraizada na mentalidade de algumas pessoas de que “fazer justiça” é sinônimo de castigar o agressor. O ponto de partida preconizado pelo “*backup model*” é outro: em todas as relações há espaço para tentar compreender o ocorrido a partir da escuta respeitosa e, com a concessão de espaços de fala, lograr êxito na obtenção da melhor solução para todos. Como já mencionado, porém, não existe uma única forma de gerir a diversidade de conflitos penalmente tipificados. Assim, ainda que em caráter excepcional, o sistema de justiça criminal tradicional deverá ser utilizado nas hipóteses de fracasso da abordagem restaurativa.

3.6. Abordagens restaurativas fundamentais

⁵⁷⁴ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 176.

Diversas são as possibilidades de concretização dos ideais restaurativos. A pluralidade de métodos, no entanto, já mencionada neste trabalho, exige a definição de uma linha de orientação nacional, como leciona Leonardo Sica⁵⁷⁵, com vistas ao estabelecimento de uma

uniformidade mínima de práticas adotadas, não com a finalidade de inibir a natural flexibilidade [da justiça restaurativa], mas com o objetivo de enfrentar uma preocupação constante em vários países: diminuir ou evitar a potencial discrepância de tratamento em situações semelhantes, pois diversos pesquisadores notaram esse problema.

Assim, a fixação de uma estratégia uma permite que a gestão local, variável de acordo com cada caso concreto, seja mais segura e melhor administrada. As ações descritas a seguir, portanto, se aproximam em seus princípios, mas se distinguem em relação à maneira de organização, ao papel do facilitador, à participação dos envolvidos e a outras particularidades⁵⁷⁶. Destacam-se, dentre elas, a mediação, as conferências familiares, os círculos e as câmaras restaurativas, sobre as quais serão realizadas análises em sequência.

Não por acaso, optou-se por iniciar esta exposição com a mediação penal. Isso porque o Projeto de Lei nº 7006/2006⁵⁷⁷, que propõe alterações na legislação vigente para facultar o uso de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal, estabelece, em seu artigo 8º, que “o procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos”. O mesmo projeto pretende alterar o Código de Processo Penal para consignar que “os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes [...] utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito”. A partir da leitura dos mencionados dispositivos, infere-se que o Projeto de Lei nº 7006/2006 privilegia a mediação como técnica restaurativa a ser utilizada no país por excelência.

A recém sancionada Lei nº 13140/2015⁵⁷⁸ define mediação como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito

⁵⁷⁵ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 81.

⁵⁷⁶ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. P. 166.

⁵⁷⁷ O referido projeto será analisado em detalhes no tópico 3.8.

⁵⁷⁸ Art. 1º: “Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública”.

pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”. Trata-se de meio de resolução horizontal de conflito com vistas à autocomposição.

Em linhas simples, é possível afirmar que a mediação penal consiste em encontros entre os envolvidos no conflito, orientados por um facilitador que proporciona o diálogo com o intuito de reestabelecer a relação rompida e, em segundo plano, obter um acordo reparador. “Nesses encontros são enfatizados três elementos: os fatos, os sentimentos e os acordos”⁵⁷⁹. O procedimento bem-sucedido termina por desconstruir as visões do “delinquente incorrigível” e da “vítima que se aproveita”. Nessa senda, Raffaella Pallamolla aduz que um dos “efeitos mais importantes do processo de mediação é exatamente a destruição dos mitos com relação à vítima e ao infrator, que decorre da participação ativa de ambos no processo restaurador”⁵⁸⁰. O mediador deve ser capaz de conferir destaque às informações que puderem aproximar as partes, superando a “busca pela verdade real” característica do modelo adversarial.

A escolha do mediador consiste em aspecto fundamental para que o procedimento resulte exitoso. No Brasil, o artigo 4º da Lei nº 13140/2015 estabelece que o terceiro imparcial será escolhido pelo Tribunal ou pelas partes. O novo Código de Processo Civil, por sua vez, no artigo 168, aduz que o mediador, em regra, deverá ser escolhido livremente pelas partes. Inexistindo consenso, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do Tribunal.

Seja como for, ao mediador deve ser conferido treinamento rigoroso para que seja capaz de garantir a isonomia entre as partes e buscar o entendimento entre os contendores. Em hipótese alguma está autorizado o mediador a impor suas próprias interpretações e soluções aos conflitos – esse papel cabe, exclusivamente, aos participantes. A sensação de empoderamento e de pertencimento ao conflito são fundamentais para o êxito da mediação criminal. Além disso, faz-se necessário

⁵⁷⁹ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 151.

⁵⁸⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: legislação e experiências espanholas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, abr./mai. 2008. P. 180.

registrar a garantia de confidencialidade em todo o procedimento, de forma a permitir que os envolvidos se sintam confortáveis no ambiente dos encontros.

Antes do procedimento, vítima e ofensor passam por conferências separadas com o mediador, que explica o procedimento, averigua se todos querem participar do processo e avalia se ambos se encontram preparados. De acordo com a metáfora alinhavada por Teresa del Val, nas reuniões particulares o facilitador deverá usar seu termômetro para verificar a temperatura empática das partes e vislumbrar se é possível reuni-las sem agravar o conflito⁵⁸¹. Nas palavras de Tania Almeida, “a pré-mediação é uma etapa eminentemente informativa e se dá antes do início da mediação, mantendo coerência com o princípio fundamental do instituto – a autonomia da vontade”⁵⁸². Superada a etapa inicial, ocorre o encontro face a face, momento em que o ofensor tem, então, “a possibilidade de assumir sua responsabilidade no evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre por que e como o delito ocorreu”⁵⁸³. Importante notar que, em alguns casos, as partes em conflito não anseiam compartilhar o mesmo espaço físico. “Essa solicitação deve ser atendida, sempre que possível – é desejável que as pessoas possam arrefecer seus ânimos para poderem vir a participar de reuniões conjuntas”⁵⁸⁴, esclarece Tania Almeida. Pode ser, inclusive, que o encontro simultâneo entre os participantes sequer ocorra. Neste caso, configura-se a denominada mediação indireta, em que o mediador funciona como um mensageiro entre eles. Daniel Achutti repara que “a maioria dos programas de mediação prevê a participação apenas dos protagonistas (vítima e ofensor), enquanto alguns permitem que membros das comunidades de apoio das partes sejam incluídos”⁵⁸⁵.

Nada impede que sejam necessárias várias sessões de mediação para restaurar uma situação problemática. É preciso observar, caso a caso, o tempo a ser

⁵⁸¹ No original: “*Esto es imprescindible porque el mediador deberá usar su ‘termómetro’ para ver la ‘temperatura empática de cada parte’ y apreciar si es posible reunirlos, sin agravar el conflicto*”. (DEL VAL, Teresa M. *Mediación en materia penal*. Buenos Aires: Cathedra Jurídica, 2015. P. 117).

⁵⁸² ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014. P. 156.

⁵⁸³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa e mediação penal: afinal, qual a relação entre elas?* Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/justica-restaurativa-e-mediacao-penal-afinal-qual-a-relacao-entre-elas-2/>>. Acesso em 13.nov.2015.

⁵⁸⁴ ALMEIDA, op. cit. P. 157.

⁵⁸⁵ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 78.

utilizado em cada estágio da negociação assistida para que seja alcançada a capacidade transformadora pretendida. Uma vez acordada uma forma de reparação, passa-se à fase de acompanhamento e, por derradeiro, segue-se o encerramento do procedimento. “Alguns programas estão provendo também um encontro final entre vítima e ofensor para fechar o caso depois de cumprido o contrato”⁵⁸⁶, observa Howard Zehr.

O professor da *Eastern Mennonite University* demonstra que, em pesquisa realizada nos Estados Unidos entre os participantes de mediações penais⁵⁸⁷, apenas 11% das vítimas expressaram algum tipo de insatisfação, e 97% delas participariam de procedimentos semelhantes se sofressem nova ofensa no futuro. Para muitas, o maior benefício foi o encontro com o agressor, fato que “abateu os temores, reduziu os estereótipos ou deu a elas a oportunidade de providenciar para que o ofensor recebesse ajuda. Mas as vítimas também notam a importância de contar o que aconteceu e obter respostas”⁵⁸⁸, percebe Zehr. No mesmo estudo, a totalidade de ofensores entrevistados afirmou satisfação com a mediação⁵⁸⁹:

Os ofensores expressaram uma consciência maior em relação às vítimas como pessoas e foi possível constatar uma mudança de atitude quantificável em alguns casos. No entanto, eles acharam a experiência difícil e referiam-se a ela como uma dura punição. Muitas vezes os ofensores avaliam o encontro com a vítima como sendo a melhor e a pior parte do procedimento.

Micaela Susana Nóbrega de Abreu Campanário⁵⁹⁰ leciona que, em Portugal, a mediação criminal existe desde 2008⁵⁹¹ e abrange quatro fases. Em um primeiro

⁵⁸⁶ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Trad. de Tonia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008. P. 153.

⁵⁸⁷ Para informações mais detalhadas sobre a pesquisa, realizada por Robert B. Coates e John Gehm, recomenda-se a consulta ao livro de Zehr (Ibid.).

⁵⁸⁸ Ibid. P. 155.

⁵⁸⁹ Ibid. P. 156.

⁵⁹⁰ CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflitos. Porto Alegre: *Civitas: Revista de Ciências Sociais*, v. 13, n. 1. 2013.

⁵⁹¹ A mediação penal em Portugal foi instituída pela Lei nº 21/2007, cuja consulta faz-se interessante. É verdade que não são poucas as hipóteses de vedações ao procedimento legalmente estabelecidas, notadamente se a pena privativa de liberdade cominada ao delito em abstrato for superior a cinco anos e se envolver crimes contra a “liberdade ou autodeterminação sexual”, corrupção, peculato ou

momento, ocorre a seleção de casos a serem encaminhados ao serviço de mediação pelas entidades responsáveis, notadamente pelo Ministério Público durante a fase de inquérito. A segunda etapa consiste na já mencionada pré-mediação, em que o mediador entra em contato, em separado, com cada um dos envolvidos para “confirmar que ambos reúnem os pressupostos para participar da mediação”⁵⁹². Em caso afirmativo, passa-se ao procedimento da mediação em sentido estrito, que pode ocorrer de forma direta ou indireta, neste caso por intermédio do mediador. É nesta fase que os envolvidos no conflito apresentam suas versões dos fatos, expõem seus sentimentos e buscam acordar quanto à extensão e à forma de reparação dos danos. Por fim, sempre que houver consenso, cabe, obrigatoriamente, ao Ministério Público a fiscalização da legalidade do acordo. Segundo a autora, em 2008, houve resultado exitoso em 53,33% dos processos encaminhados ao sistema de mediação penal português, enquanto em 2009 o indicador aumentou para 54,02%⁵⁹³.

Na esteira de Raffaella Pallamolla, dentre as vantagens apresentadas pela mediação penal, encontram-se: (i) menor custo econômico, comparado ao volume de gastos do funcionamento do cárcere; (ii) possibilidade de tratamento igualitário entre ofensor e ofendido; e (iii) obtenção de resultados positivos, “destacando estudos de campo o alto nível de satisfação por parte da vítima e do autor do delito com a mediação e, em geral, com a administração pública”⁵⁹⁴. Precisa é a conclusão de Pedro Scuro Neto: “visto à luz das evidências, mediação é um procedimento restaurativo muito eficaz”⁵⁹⁵.

Almeja-se que os dados empíricos trazidos a lume neste tópico sirvam de incentivo ao desenvolvimento da mediação penal no Brasil.

tráfico de influência. A Lei nº 21/2007 encontra-se disponível em: <<http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>>. Acesso em 05.nov.2016.

⁵⁹² CAMPANÁRIO, op. cit. P. 124.

⁵⁹³ Ibid. P. 125.

⁵⁹⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008. P. 176.

⁵⁹⁵ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 170.

Outra prática restaurativa que merece destaque é composta pelas conferências familiares. Como o próprio nome permite inferir, incluem-se nesses encontros, ao lado da vítima e do ofensor, familiares ou pessoas que possuam laços afetivos com os envolvidos⁵⁹⁶. “Originários das conferências neozelandesas de 1989, a maioria das conferências [...] funcionam, majoritadamente, no âmbito da justiça juvenil”⁵⁹⁷, leciona Daniel Achutti. Essas reuniões são particularmente eficazes para assegurar que o acordo seja cumprido, uma vez que os amigos e familiares que participaram do procedimento exercem um papel de monitorização do ofensor após o término da restauração.

Dos círculos restaurativos, por sua vez, participam também membros da comunidade afetada pelo delito. Para Pedro Scuro Neto, “não são propriamente procedimentos, mas processos cujos temas principais são o direito à fala, a melhoria dos relacionamentos e o fortalecimento de laços comunitários”⁵⁹⁸. Forma-se um círculo com os participantes, e é fornecido um espaço de voz para cada um deles, visando a que todos consigam expressar suas opiniões e ouvir o que os demais têm a compartilhar. Esse processo, vinculado às “tradições indígenas de tribos do Canadá e dos Estados Unidos”⁵⁹⁹, pode ser configurado de duas maneiras distintas⁶⁰⁰: uma delas, denominada círculos de cura (“*healing circles*”), tem como objetivo a restauração da paz na comunidade; a outra, os círculos de sentença (“*sentencing circles*”), funciona “como uma espécie de comunidade de cojulgamento

⁵⁹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: legislação e experiências espanholas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, abr./mai. 2008. P. 179.

⁵⁹⁷ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 79.

⁵⁹⁸ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 168.

⁵⁹⁹ ACHUTTI, op. cit. P. 79.

⁶⁰⁰ WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Portland: Willan Publishing, 2008. P. 37.

na justiça criminal tradicional, com a presença de um juiz”⁶⁰¹, como ensina Achutti. Em sentido semelhante, sintetiza Nancy Tello⁶⁰²:

Neste processo se pretende desenvolver consensos entre membros da comunidade, e são conhecidos como círculos de paz, de sentença ou de sanção, que amplia o espaço de participação, porque, além de incluir a vítima, o agressor e a comunidade, algumas vezes inclui membros do sistema judicial.

De acordo com o *Manual sobre programas de justiça restaurativa*, da ONU⁶⁰³, as sentenças proferidas nos círculos restaurativos se aplicam apenas aos ofensores que reconhecerem ter agido mal. Essas práticas “são, talvez, o melhor exemplo de justiça participativa em que os membros da comunidade podem responder diretamente aos incidentes delitivos e de desordem social”⁶⁰⁴, estabelece o referido manual. O necessário é perceber que o caminho a ser percorrido até que seja proferida a sentença é mais importante do que a decisão em si.

As câmaras restaurativas, por fim, funcionam a partir da reunião conjunta entre um coordenador e os envolvidos no conflito em que se busca deliberar sobre as consequências do delito perpetrado. Refere Pedro Scuro Neto que tais encontros são “diretos, pareados (vítima + apoio; infrator + apoio), e seu coordenador tem *status* de autoridade”⁶⁰⁵.

Nada impede, desde que respeitados os princípios exaustivamente descritos neste trabalho, que sejam criadas novas experiências restaurativas distintas das

⁶⁰¹ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 79.

⁶⁰² TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008. P. 205.

⁶⁰³ MANUAL *sobre programas de justiça restaurativa da ONU: series de manuales sobre justicia penal*. Nova York: Nações Unidas, 2006. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf>. Acesso em 05.nov. 2016.

⁶⁰⁴ No original: “*son tal vez el mejor ejemplo de justicia participativa en la que los miembros de la comunidad pueden involucrarse directamente en responder a los incidentes delictivos y de desorden social*”. (Ibid. P. 23).

⁶⁰⁵ SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 167.

analisadas neste tópico. Raffaella Pallamolla vislumbra, por exemplo, a existência de manifestações em nível municipal⁶⁰⁶:

Pode-se mencionar, ainda, em nível da justiça municipal, experiências e projetos utilizando princípios de justiça restaurativa, em que comissões de vizinhos se encarregam de solucionar delitos de pequena gravidade, sem vítimas e quando tenha atingido a qualidade de vida da comunidade.

3.7. Advertências necessárias

Seria desonesto encerrar uma exposição sobre justiça restaurativa sem consignar algumas ressalvas a esta prática. Por tudo o que foi exposto, é possível deduzir que esta forma de gestão não violenta de controvérsias criminais não deve ser considerada uma panaceia. Se, de um lado, rejeita-se o sentido de inevitabilidade que corriqueiramente se arroga à pena estatal, de outro, evita-se advogar pela justiça restaurativa enquanto solução para todos os males.

É preciso agir com cautela para perceber os limites deste mecanismo de abordagem da “conflitualidade social que pretende melhorar o sistema penal, para não banalizar estas práticas e acabar por introduzir, na abertura à informalização, comportamentos essencialmente não restaurativos que desvirtuem a ideia”⁶⁰⁷.

Reconhece-se que, a menos em curto prazo, não se pode, por razões políticas e sociais, abandonar por completo o sistema criminal tradicional e a pena privativa de liberdade. Não se propõe a renúncia ao Estado ou a imediata concretização dos ideais abolicionistas. Nas palavras de Nils Christie, a associação entre a justiça restaurativa e a “abolição da lei penal” configura-se uma “ideia impossível”⁶⁰⁸. O que se busca, por ora, é uma séria política de contenção de danos,

⁶⁰⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008. P. 175.

⁶⁰⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça restaurativa: legislação e experiências espanholas. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, abr./mai. 2008. P. 183.

⁶⁰⁸ Transcreve-se o trecho original: “*Central to this imperialism are claims that mediation can lead to the abolition of penal law. However, this is an impossible idea. Mediation or various forms of restorative justice can relieve the pressure on the criminal courts and sentencing but not abolish these courts*”. (CHRISTIE, Nils. Restorative justice: five dangers ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Ed.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice: effects of social technologies*. Boca Raton: CRC Press, 2009. P. 196).

de forma a retirar, na maior medida possível, o conflito das grades do cárcere e do monopólio estatal da decisão.

Importante consignar que a justiça restaurativa não pode significar uma diminuição protetiva dos indivíduos envolvidos nos procedimentos, como forma de burlar os direitos constitucionalmente previstos. Os modelos consensuais de resolução de conflitos não implicam, *per se*, a violação das garantias individuais. Caso contrário, estar-se-ia defendendo um autoritarismo travestido de consenso. Se flexibilização e informalidade são marcas dos procedimentos restaurativos, não se pode, em nome dessas características, descuidar dos direitos e garantias fundamentais.

Para evitar tal violação, admite-se a figura do advogado nas práticas restaurativas, em sintonia com o disposto no artigo 133 da Constituição Federal⁶⁰⁹. O profissional jurídico pode, a qualquer momento, solicitar a interrupção do procedimento se vislumbrar a transgressão de direitos e garantias dos seus clientes, por exemplo⁶¹⁰. Em nenhuma hipótese, porém, o advogado pode ocupar o papel de protagonista ou interferir no direito de fala dos envolvidos, por representar uma afronta às diretrizes restaurativas.

Registre-se, portanto, que o modelo restaurativo não guarda, seguramente, nenhuma antinomia com o sistema de afirmação e proteção dos direitos humanos. Ao contrário, ambos não podem ser concebidos de forma dissociada, já que buscam, em essência, a tutela do mesmo bem: o respeito à dignidade humana.

Há que se atentar, em verdade, para os riscos de extensão da rede de controle social a partir do mau uso dos mecanismos restaurativos, mormente pela

⁶⁰⁹ Constituição Federal, artigo 133: “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

⁶¹⁰ Embora fuja ao escopo deste trabalho, faz-se interessante consignar a perspectiva crítica de Alisson Morris, que questiona a proteção de direitos e garantias no sistema tradicional: “Da mesma forma, a sugestão de que os sistemas criminais convencionais, em contraste, protegem adequadamente os direitos subjetivos dos infratores é praticamente ridícula. Não é comum, por exemplo, a representação por advogados nas cortes da infância e adolescência dos Estados Unidos (os infratores tendem a abrir mão desse direito) e, na maioria dos casos das cortes criminais de adultos, os crimes são resolvidos por meio de transações penais (*plea-bargaining*). Este não é o lugar, porém, de discutir estas práticas de barganha. É suficiente dizer que seu objetivo principal não é o de proteger os direitos do infrator”. (MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 445).

“prioridade concedida ao sistema penal de decidir sobre quais casos estão aptos para passar por um processo restaurador” e “pela existência de restritos critérios de derivação, o que pode ocasionar somente a derivação de casos de bagatela”, como adverte Pallamolla⁶¹¹. Percebe-se que críticas semelhantes são feitas a outras práticas, como os juizados especiais criminais, as penas alternativas e o monitoramento eletrônico⁶¹².

O problema central refere-se às espécies de delitos aos quais se dirigem as práticas restaurativas. Restringi-las às infrações de menor importância implica, invariavelmente, a ampliação da rede de controle social. Casos que sequer sairiam da esfera privada seriam levados às reuniões restaurativas, mantendo-se o número de conflitos geridos pelo sistema penal tradicional e, por conseguinte, ampliando-se a rede de vigilância.

Frisa-se que o modelo restaurativo que se propõe construir neste trabalho aplica-se a variadas categorias de delitos, mormente aos considerados “mais graves”. Busca-se, com isso, não apenas a redução dos conflitos submetidos ao cárcere, como também a diminuição da vigilância pelo sistema engendrado pelo poder punitivo.

É forçoso ressaltar, no entanto, que é discutível a aplicabilidade do paradigma restaurativo em delitos nos quais não existe uma vítima personificada, como o dano contra o patrimônio público ou o tráfico ilícito de drogas. Isso porque, conforme a concepção tripartite preconizada por Braithwaite⁶¹³, a restauração do

⁶¹¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Possibilidades do trágico na justiça restaurativa. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008. P. 177.

⁶¹² Sobre o risco de a expansão da rede de controle com o uso do monitoramento eletrônico, transcreve-se o ensinamento de Carlos Eduardo Japiassú e Celina Maria Macedo: “Por fim, adverte-se que a utilização do monitoramento eletrônico pode produzir uma expansão sistêmica consistente na ampliação da rede de controle social, fenômeno denominado pela doutrina estrangeira de *net-widening effect*. Desse modo, o programa de monitoramento sujeita um maior número de pessoas ao controle exercido pelo sistema de justiça criminal, representando em alguns casos um recrudescimento das exigências para certos benefícios penais – como a suspensão condicional da pena e a liberdade condicional – ou, ainda, um agravamento das penas impostas – como é o caso da pena restritiva de direitos ou da prisão domiciliar associadas ao uso do bracelete eletrônico”. (JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008. P. 28).

⁶¹³ Tal concepção foi minuciosamente alinhavada no tópico 3.1 deste texto.

ofendido constitui um dos pressupostos fundamentais ao desenvolvimento de um modelo verdadeiramente restaurativo.

Por outro lado, respeitáveis vozes acreditam não apenas ser possível como também eficaz a incidência de práticas restaurativas nessas situações. Um dos destaques dentre os partidários desta concepção, Marcelo Nalesso Salmaso⁶¹⁴ ensina:

Nessas hipóteses – da mesma forma como ocorre nos demais casos envolvendo vítimas –, emerge a necessidade de reflexão, por parte do ofensor, sobre o ato praticado e a conseqüente assunção da responsabilidade quanto à reparação dos danos causados à comunidade e a si próprio. Por outro lado, é possível identificar necessidades e omissões na vida do ofensor que acabaram por o “empurrar” na direção das escolhas erradas, emergindo, daí a corresponsabilidade social, que deve ser assumida para fins de reintegrar o ofensor à sociedade, garantindo-se-lhe suporte para a reconstrução de sua história de vida, tudo de forma a promover reconexões humanas e sociais.

Ademais, na esteira de Morris, imperioso enfatizar que a justiça restaurativa não se confunde com justiça privada ou popular e, por conseguinte, não pode ser igualada ao vigilantismo. “Esta é a razão pela qual nós devemos definir de forma bastante restrita o ‘envolvimento comunitário’ nos processos de justiça restaurativa”⁶¹⁵, afirma o autor. Não se pretende submeter ofensores e ofendidos “a um controle ilegítimo de pessoas não investidas de autoridade pública”⁶¹⁶ nem privatizar o Direito Penal.

É necessário atuar com prudência, ainda, no que concerne à figura do facilitador. Deve ser respeitado o princípio da mínima intervenção, posto que a

⁶¹⁴ SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fábio Bitencourt da (Coord.). *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016, P. 52.

⁶¹⁵ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 453.

⁶¹⁶ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016. P. 26.

interferência do mediador nas decisões dos envolvidos transforma-o, em última análise, em uma espécie de juiz. Neste caso, o que se verifica, em verdade, é a reprodutibilidade do sistema tradicional travestido sob o rótulo de justiça restaurativa. Nils Christie alerta para a possibilidade de configuração de perigo semelhante⁶¹⁷:

Outro perigo reside nos casos em que a mediação é usada para camuflar um propósito oculto de infligir dor. Nesse sentido, a mediação pode seguir o mesmo caminho de diversas ofertas de 'tratamento' ou 'educação' via sistema criminal: como os objetivos delas eram originalmente benevolentes, entendeu-se que não era essencial controlar suas consequências desagradáveis.

Há que se atentar, também, para os riscos provenientes da formação aligeirada de facilitadores, o que torna faticamente impossível o acompanhamento e a avaliação de desempenho dos mesmos. Presume-se, pois, que aumentam as chances de desvirtuamento dos ideais restaurativos com a massificação dos mediadores. Paralelamente a este fator, há o risco de profissionalização da atividade. Nesse sentido, alerta Nils Christie que as práticas restaurativas representam uma atrativa oportunidade de emprego e configuram um “território ainda não ocupado”⁶¹⁸. Para o autor, os leigos e os membros da comunidade restariam afastados dos procedimentos por acreditarem que os profissionais tomariam as melhores decisões e, por conseguinte, suas opiniões não teriam valor⁶¹⁹.

Admite-se, ainda, quanto à voluntariedade necessária ao funcionamento das práticas restaurativas, que a adesão a esses programas, por certo, não é plenamente voluntária. É preciso considerar que o ofensor (quase) sempre estará sujeito a pressões informais, como de sua família e/ou da comunidade. Além disso, há que se avaliar que a provável adesão a um programa restaurativo estará, em parte, condicionada ao temor do indivíduo de ser sujeitado a um processo penal e

⁶¹⁷ No original: “A related danger is where the hidden agenda of mediation is in the delivery of pain – camouflaged as mediation. Mediation might end up analogous to what so often has happened with various offers of ‘treatment’ or ‘education’ in the penal system. Because the goals of those making these offers were benevolent, it was not seen as essential to control the unpleasant aspects of these offers”. (CHRISTIE, Nils. Restorative justice: five dangers ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Ed.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice: effects of social technologies*. Boca Raton: CRC Press, 2009. P. 197).

⁶¹⁸ Ibid. P. 200.

⁶¹⁹ “There are so many experts around. Why interfere when experts know better. They are certified to know better”, ironiza Christie. (Ibid. P. 201).

receber uma pena aflictiva. Assim, “justiça restaurativa completamente voluntária talvez seja um ideal fantasioso. Enquanto a justiça restaurativa operar na sombra do sistema de justiça criminal, a coerção judicial estará presente num segundo plano”⁶²⁰, como afirmam Margarita Zernova e Martin Wright.

Reconhece-se, pois, que, como qualquer outra forma de gestão de conflitos, a justiça restaurativa apresenta alguns elementos passíveis de coerentes ponderações, “Mas os críticos precisam ter uma boa compreensão dos valores essenciais da justiça restaurativa e precisam dirigir seus questionamentos a aplicações que reflitam efetivamente tais valores”⁶²¹, alude Alisson Morris. Faz-se oportuno encerrar esta exposição com a conclusão alinhavada pelo autor:

No mínimo, a justiça restaurativa proporciona uma nova maneira de pensar o crime e a justiça e oferece um caminho para desafiar os sistemas convencionais de justiça a enfrentar seus problemas. No entanto, ela oferece muito mais. Há provas fortes o suficiente para embasar a afirmação de que, de forma geral, a justiça restaurativa oferece mais às vítimas do que os processos da justiça criminal tradicional – elas têm altos graus de satisfação com os acordos reparadores, um reduzido nível de medo e parecem ter uma melhor compreensão sobre o motivo que ensejou o crime e sobre a possibilidade de que ela ocorra novamente. Há também fortes provas de que, em um nível geral, a justiça restaurativa conta mais com os infratores do que os processos criminais da justiça tradicional – eles se sentem envolvidos no processo; têm a oportunidade de dizer o que querem; entendem e concordam com as decisões feitas sobre como lidar com o crime; veem os processos utilizados e seus resultados como justos e estão satisfeitos com eles. Pesquisas também mostram que processos de justiça restaurativa e respectivos resultados podem levar a um número menor de pessoas indo às cortes criminais e também a um número menor de pessoas sendo punidas com custódias residenciais ou penitenciárias. É evidente que isto resulta na redução de custos. Além disso, pesquisas mostraram que os processos de justiça restaurativa e seus resultados têm significativo impacto na reincidência quando comparados com infratores semelhantes lidados somente pelas cortes criminais.

Dessa forma, há muitas razões para nos sentirmos encorajados. Agora é o momento de apresentar um desafio aos críticos da justiça restaurativa: o que os sistemas criminais convencionais atingiram nos últimos dez anos mais ou menos? Duvido que seja tanto assim.

⁶²⁰ ZERNOVA, Margarita; WRIGHT, Martin. Alternative visions of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Ed.). *Handbook of restorative justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007. P. 95.

⁶²¹ MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 15.out.2016. P. 456.

3.8. Justiça restaurativa no Brasil: um longo caminho a ser percorrido na construção de um modelo marginal

Por derradeiro, impende tecer algumas considerações sobre as iniciativas já adotadas com vistas à aplicação do paradigma restaurativo no Brasil.

Na esteira do que foi mencionado no tópico 3.1 deste trabalho, o Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), com o intuito de estabelecer princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal⁶²², editou a Resolução 2002/12⁶²³. Ao concitar os Estados Membros a desenvolverem práticas restaurativas e enfatizar que se trata de uma resposta ao crime que respeita a dignidade e a igualdade entre as pessoas, constrói o entendimento e promove harmonia social⁶²⁴, a referida Resolução consiste, indubitavelmente, em um importante incentivo ao emprego de mecanismos restaurativos no cenário mundial.

Importante ressaltar que o aludido instrumento estabelece que os programas de justiça restaurativa podem ser utilizados em qualquer estágio do sistema criminal, reservado o disposto na legislação nacional⁶²⁵, além de instituir que vítima e ofensor podem “aderir e retirar-se do processo restaurativo a qualquer tempo”⁶²⁶.

⁶²² No original: “*The Economic and Social Council [...] takes note of the basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters annexed to the present resolution*”. Disponível em: <<http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/UN%20Resolutions/ECOSOC%20resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 05.12.2016.

⁶²³ Disponível em: <<http://srsg.violenceagainstchildren.org/sites/default/files/documents/UN%20Resolutions/ECOSOC%20resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em 05.12.2016.

⁶²⁴ Estabelece o preâmbulo da Resolução 2002/12: “*Emphasizing that restorative justice is an evolving response to crime that respects the dignity and equality of each person, builds understanding, and promotes social harmony through the healing of victims, offenders and communities; [...] Aware that this approach provides an opportunity for victims to obtain reparation, feel safer and seek closure; allows offenders to gain insight into the causes and effects of their behaviour and to take responsibility in a meaningful way; and enables communities to understand the underlying causes of crime, to promote community wellbeing and to prevent crime [...]*”.

⁶²⁵ Resolução 2002/12, art. 6º: “*Restorative justice programmes may be used at any stage of the criminal justice system, subject to national law*”.

⁶²⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 92

No que concerne ao funcionamento dos programas de justiça restaurativa, determina a Resolução⁶²⁷:

Art. 12: Os Estados Membros devem estabelecer diretrizes e padrões, com base legal quando necessário, que disciplinem o uso de programas de justiça restaurativa. Tais diretrizes e padrões devem respeitar os princípios básicos estabelecidos no presente instrumento e devem abordar, entre outros aspectos:

- A) As condições de encaminhamento dos casos aos programas de justiça restaurativa;
- B) A gestão dos casos após um processo restaurativo;
- C) A qualificação, formação e avaliação dos facilitadores;
- D) A administração de programas de justiça restaurativa;
- E) Normas de competência e regras de conduta que regem o funcionamento dos programas de justiça restaurativa.

Art. 13: Aplicam-se aos programas de justiça restaurativa e, em especial, aos processos restaurativos salvaguardas procedimentais que visam à garantia um resultado justo, tanto para a vítima quanto para o ofendido.

- A) Sem prejuízo do direito nacional, a vítima e o infrator devem ter o direito à assistência legal, à tradução e/ou interpretação antes e depois do processo restaurativo. Os menores têm, além disso, direito à assistência de um dos pais ou responsável;
- B) Antes de concordar em participar de processos de restauração, as partes devem ser plenamente informadas de seus direitos, da natureza do processo e das possíveis consequências de sua decisão;
- C) Nem a vítima nem o agressor devem ser coagidos, ou induzidos por meios injustos, a participar de processos restauradores ou a aceitar resultados restaurativos.

Em consonância com a recomendação supra, é possível constatar que um sistema restaurativo sem amparo legislativo produziria pouco ou nenhum efeito. Como percebe Daniel Achutti, não haveria sequer o reconhecimento esperado “por parte dos operadores jurídicos, justamente pela ausência de uma lei específica que

⁶²⁷ No original:

“Art. 12: *Member States should consider establishing guidelines and standards, with legislative authority when necessary, that govern the use of restorative justice programmes. Such guidelines and standards should respect the basic principles set forth in the present instrument and should address, inter alia:*

- (a) *The conditions for the referral of cases to restorative justice programmes;*
- (b) *The handling of cases following a restorative process;*
- (c) *The qualifications, training and assessment of facilitators;*
- (d) *The administration of restorative justice programmes;*
- (e) *Standards of competence and rules of conduct governing the operation of restorative justice programmes.*

Art. 13: *Fundamental procedural safeguards guaranteeing fairness to the offender and the victim should be applied to restorative justice programmes and in particular to restorative processes:*

- (a) *Subject to national law, the victim and the offender should have the right to consult with legal counsel concerning the restorative process and, where necessary, to translation and/or interpretation. Minors should, in addition, have the right to the assistance of a parent or guardian;*
- (b) *Before agreeing to participate in restorative processes, the parties should be fully informed of their rights, the nature of the process and the possible consequences of their decision;*
- (c) *Neither the victim nor the offender should be coerced, or induced by unfair means, to participate in restorative processes or to accept restorative outcomes”.*

o regulamente e pela falta de clareza sobre a forma como se relaciona com a justiça criminal”⁶²⁸.

Paralelamente a isto, a ausência de diretrizes normativas, somadas à flexibilização e à informalidade intrínseca aos procedimentos restaurativos, poderiam ensejar a supressão de direitos e garantias individuais, como alertado no tópico anterior deste trabalho. Neste contexto, conclui Raffaella Pallamolla⁶²⁹:

Frente a estes riscos, é imprescindível que sejam inseridos na legislação e também em normas administrativas os limites do processo restaurador que viriam reforçar os valores restaurativos (de mútuo respeito, proibição de resultados degradantes, não-dominação, etc.).

Dessarte, em sentido aparentemente harmônico com a mencionada Resolução 2002/12 da ONU, tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 7006/2006⁶³⁰, que ambiciona instituir a justiça restaurativa no sistema criminal brasileiro. Proposto pela Comissão de Legislação Participativa, o projeto propõe o “uso facultativo e complementar” de procedimentos restaurativos “em casos de crimes e contravenções penais” a partir de alterações em dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei nº 9009/1995.

Analisando o conteúdo da proposta legislativa em questão, percebe-se que não há qualquer especificação em relação a quais crimes ou contravenções a justiça restaurativa poderia ser aplicada. Aqui, discorda-se de Pallamolla⁶³¹ para afirmar que se trata de um ponto positivo do projeto, uma vez que qualquer referência a delitos em espécie tenderia a inclinar as práticas restaurativas para os casos de bagatela. Isso porque, ao delimitar as situações que poderiam ser submetidas à restauração, seria grande o risco de serem encaminhados apenas os casos de menor importância.

Sobre a tentativa de sobrepujar a resistência institucional ao novo modelo, faz-se imprescindível corroborar a importante sugestão de Pallamolla de “incorporar

⁶²⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 186.

⁶²⁹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 178.

⁶³⁰ A íntegra do Projeto pode ser acessada em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 10.dez.2016.

⁶³¹ PALLAMOLLA, op. cit. P. 179.

na legislação a obrigatoriedade do decisor fundamentar a sua decisão de não envio de um caso para a justiça restaurativa, procurando evitar que o juiz sequer considere a hipótese de envio e não se manifeste a respeito⁶³². Trata-se de uma estratégia que se alinha ao “*backup model*” descrito no tópico 3.5 deste trabalho, no âmbito do qual os aspectos restaurativos seriam preferencialmente utilizados na resolução das contendas e o sistema criminal tradicional teria papel residual. Tal proposta também encontraria respaldo no artigo 93, IX, da Constituição Federal⁶³³, que estabelece a obrigatoriedade de fundamentação das decisões judiciais.

Ademais, nota-se que o Projeto de Lei 7006/2006 delega a “núcleos de justiça restaurativa” a realização das “técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos⁶³⁴. Tais núcleos seriam formados por uma “coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada⁶³⁵. Esses grupos de facilitadores seriam compostos “preferencialmente [por] profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função”, como disposto no artigo 6º, §3º, da proposta legislativa.

A redação do Projeto prevê, ainda, a adição de dois dispositivos ao Código Penal: um que estabeleceria o cumprimento do acordo restaurativo como nova causa de extinção da punibilidade (pretende-se inserir o inciso X ao artigo 107) e outro que acrescentaria às causas interruptivas da prescrição a homologação do acordo restaurativo (seria inserido o inciso VII ao artigo 117).

A seu turno, o Código de Processo Penal passaria a prever as seguintes possibilidades: (i) a proposição de ação penal pelo Ministério Público seria facultativa enquanto estivesse em curso procedimento restaurativo (com a inclusão

⁶³² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). PP. 181-182.

⁶³³ Constituição Federal, art. 93: “Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”.

⁶³⁴ Projeto de Lei 7006/2006, art. 8º.

⁶³⁵ Projeto de Lei 7006/2006, art. 6º.

do §4º no artigo 24⁶³⁶); (ii) a suspensão da ação penal quando recomendável o uso de práticas restaurativas (com a criação do artigo 93-A) e (iii) a sugestão, pela autoridade policial, de encaminhamento das partes à restauração no relatório do inquérito (com a inserção do §4º no artigo 10).

Além disso, para regulamentar a justiça restaurativa, seriam introduzidos os artigos 556 a 562 no Código de Processo Penal e alterado o artigo 62 da lei 9099/95 para determinar que, nos juizados especiais criminais, o processo buscará, “sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas”. Neste contexto, há que se atentar para o fato de que a simples adição da expressão retro “não parece ser suficiente para alterar o caráter dos juizados especiais, sabidamente voltado para a economia processual e celeridade do processo”⁶³⁷. Os juizados, portanto, se apresentam como obstáculos ao correto desenvolvimento das práticas restaurativas, as quais precisam de tempo para amadurecer o diálogo entre os envolvidos no conflito.

A proposta contém uma extensa gama de hipóteses de encaminhamento de casos à justiça restaurativa, seja pela polícia, pelo Ministério Público⁶³⁸ ou pelo magistrado. Não obstante, deve ser veementemente criticada a ausência de menção à possibilidade de solicitação de encaminhamento pelas próprias partes. Tal omissão demonstra-se paradoxal, uma vez que a justiça restaurativa pretende justamente dar voz aos envolvidos. A obrigatoriedade de intervenção de alguma autoridade para que a controvérsia possa ser gerida pela justiça restaurativa viola, de plano, a autonomia e a participação necessárias ao mecanismo que se pretende instituir.

⁶³⁶ O referido dispositivo teria a seguinte redação: “Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo”. Apesar de louvável a possibilidade de encaminhamento do caso à justiça restaurativa ainda na fase de inquérito, é notório que a melhor redação para esse dispositivo seria “Deverá o Ministério Público...”, sob pena de *bis in idem*, isto é, da ocorrência em paralelo dos processos tradicional e restaurativo, somando-se ao acordo restaurativo uma eventual sentença condenatória.

⁶³⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 186.

⁶³⁸ Sobre a participação do órgão ministerial nessa decisão, anotam Gabriel Antinolfi Divan e Keli Ananda Humes que o *Parquet* atuaria como “*opinador apriorístico* e obstáculo inicial à vontade das partes em resolver a questão fora dos muros do processo *standardizado*” (DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez./jan. 2010. P. 57.

Outrossim, ainda que a sugestão de encaminhamento seja feita pela polícia ou pelo Ministério Público, o projeto prevê a necessidade, em ambas as hipóteses, de anuência do juiz. Como percebe Daniel Achutti, a centralização dessa decisão no magistrado torna o procedimento restaurativo “mero apêndice do sistema penal [...], reduzindo substancialmente as chances de redução do poder punitivo”⁶³⁹. Neste aspecto, portanto, também falha gravemente o projeto de lei.

Ainda no que concerne aos aspectos negativos, sobressai-se a redação sugerida para o futuro artigo 556 do Código de Processo Penal, *in verbis*:

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

A primeira parte do mencionado dispositivo remete aos inúmeros problemas que se apresentam no atual artigo 59 do Código Penal⁶⁴⁰, cuja constitucionalidade demonstra-se duvidosa. Trata-se da permanência da análise sobre a pessoa do ofensor realizada pelo positivismo criminológico e, por conseguinte, da conservação da seletividade do sistema punitivo. É manifesto que o agente possuir maus antecedentes não viola qualquer princípio restaurativo, por exemplo.

Em verdade, a manutenção de critérios vagos como parâmetros normativos demonstra a ocorrência da colonização pelo sistema judicial tradicional mesmo antes das práticas restaurativas serem legalmente aprovadas. Não há fundamento que legitime a vinculação de uma justiça dialógica e voluntária a uma racionalidade imposta e antidialógica. Na esteira de Achutti, ao instrumentalizar as condições de possibilidade da proposta restaurativa, abre-se “enorme porta para decisões não amparadas em critérios objetivos ou de fácil verificação, ou até mesmo para decisões arbitrárias de denegação de eventuais pedidos de encaminhamento de casos”⁶⁴¹.

Resta reduzido drasticamente, portanto, o potencial da justiça restaurativa ao delimitar-se, de antemão, o estereótipo de indivíduo que pode ser atingido pelos

⁶³⁹ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 235.

⁶⁴⁰ Ibid. P. 236.

⁶⁴¹ Ibid. P. 236.

mecanismos restaurativos. E mais: se são as partes, elas próprias, que decidem sobre as consequências do crime, por que existiria um juízo prévio fundado no mesmo elemento para autorizar a prática restaurativa?

Ademais, de acordo com o Projeto de Lei 7006/2006, o parágrafo único do artigo 562 do Código de Processo Penal passaria a aduzir que o juiz poderá “deixar de homologar o acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas das partes”. Trata-se de uma veemente afronta à autonomia dos envolvidos. Como foi dito no tópico 3.7 deste trabalho, é inegável que o procedimento restaurativo não pode implicar a diminuição protetiva dos indivíduos. Ele não pode ser vislumbrado, em nenhuma hipótese, como forma de burlar os direitos constitucionalmente previstos - mormente por essa razão, deve ser assegurada a assistência de advogados e defensores. O controle judicial necessita, da mesma maneira, cingir-se a este ponto: qualquer análise sobre o conteúdo do acordo vai de encontro aos princípios restaurativos.

Por tudo o que foi exposto, nota-se que, por mais que a efetivação da justiça restaurativa dependa de um suporte normativo e institucional, o Projeto de Lei 7006/2006 ainda requer muitas alterações para que possa atingir plenamente os propósitos pretendidos. É de fácil percepção que muitos dispositivos estão na contramão dos ideais restaurativos mais básicos e que a autonomia das partes resta praticamente inexistente. Nesta seara, o excesso de controle pelo Judiciário se apresenta como o ponto mais problemático da proposta.

Sobre o projeto 7006/2006, conclui Daniel Achutti⁶⁴²:

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.

Observa Pallamolla “que muitos países optaram por incluir a justiça restaurativa em suas legislações somente após anos de experiências”⁶⁴³. O Brasil pode ser incluído nessa lista: como explicitado anteriormente, a primeira tentativa

⁶⁴² ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 226.

⁶⁴³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 175.

empírica em solo nacional foi verificada em 1998, no denominado “Projeto Jundial”⁶⁴⁴. A seu turno, as publicações teóricas acerca do tema teriam surgido apenas em 2004⁶⁴⁵, enquanto o projeto de lei acima descrito foi apresentado em 2006 – e, até o início de 2017, não foi aprovado.

No que concerne aos experimentos empíricos no Brasil, em 2005, com o apoio do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), foram criados três projetos-piloto nas cidades de São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre/RS e Brasília/DF. Viabilizados por meio da iniciativa “Promovendo práticas restaurativas no sistema de justiça brasileiro”, a qual também proporcionou a realização de seminários e a publicação de diversas obras coletivas⁶⁴⁶, as experiências de São Paulo e do Rio Grande do Sul ocorrem no âmbito dos Juizados da Infância e da Juventude e utilizam como método o círculo restaurativo, enquanto o do Distrito Federal sobreveio nos Juizados Especiais Criminais e se vale da mediação vítima-ofensor.

Em razão das limitações metodológicas e da impossibilidade de verificação *in loco* dos mencionados projetos-piloto, optou-se, com vistas à honestidade acadêmica, por não realizar uma exposição minuciosa sobre eles⁶⁴⁷. Isso não significa, porém, que essas práticas devam ser desconsideradas. Em verdade, reputar-se-ia imperioso, antes da promulgação de medidas legislativas sobre o assunto, que fossem realizados estudos aprofundados sobre os aspectos positivos e negativos dessas iniciativas, que já contam com mais de dez anos de existência. Tais estudos possibilitariam um tratamento mais fundamentado do tema e, eventualmente, evitariam dispositivos legais alheios ao aprendizado obtido com as práticas já experimentadas no país.

⁶⁴⁴ Para maiores informações, vide tópico 3.1 e SCURO NETO, Pedro. O enigma da esfinge – uma década de justiça restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008. P. 164.

⁶⁴⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52). P. 176.

⁶⁴⁶ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 227.

⁶⁴⁷ Diversos autores discorreram sobre os projetos-piloto. Cite-se, para mencionar apenas dois, Daniel Achutti (ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014) e Raffaella Pallamolla (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 [Monografias, 52]).

Em sentido similar, afirma Leonardo Sica⁶⁴⁸ que a flexibilidade do modelo de justiça restaurativa

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.

Por meio da Portaria nº 16/2015, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) fixou, dentre as doze diretrizes de gestão do órgão para o biênio 2015-2016, “contribuir com o desenvolvimento da justiça restaurativa”⁶⁴⁹. Nesta senda, em 12 de agosto de 2015, foi instituído, com a publicação da Portaria nº 74/2015⁶⁵⁰, um Grupo de Trabalho composto por magistrados e integrantes do Conselho para “desenvolver estudos e propor medidas visando contribuir com o desenvolvimento da Justiça Restaurativa”.

Reforçando a importância conferida pela atual gestão do CNJ ao tema, foi fixada, dentre as metas nacionais a serem alcançadas pelo Judiciário brasileiro em 2016, a de número 8, de acordo com a qual os Tribunais de Justiça estaduais devem “implementar projeto com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa implantando ou qualificando pelo menos uma unidade para esse fim até 31/12/2016”⁶⁵¹.

Por sua relevância para este trabalho, colacionam-se as submetas e os resultados alcançados em cada Tribunal, de acordo com dados extraídos do sítio do CNJ e atualizados até 28 de outubro de 2016⁶⁵²:

⁶⁴⁸ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. P. 225

⁶⁴⁹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77276-cnj-lanca-diretrizes-de-gestao-para-bienio-2015-2016>>. Acesso em 24.dez.2016.

⁶⁵⁰ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/portaria/portaria_74_12082015_18082015170434.pdf>. Acesso em 23.dez.2016.

⁶⁵¹ Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/gestao-e-planejamento/metas/metas-2016>>. Acesso em 24.dez.2016.

⁶⁵² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/11/0bdc18cce6e72efcfe23670c815cf57f.pdf>>. Acesso em 24.dez.2016.

META 8 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA PARA 2016	
8.1	O Tribunal instituiu formalmente programa para a realização de procedimento de Justiça Restaurativa?
8.2	O tribunal destinou espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade?
8.3	O Tribunal disponibiliza, direta ou indiretamente, as condições materiais para a realização do procedimento de Justiça Restaurativa?
8.4	O Tribunal disponibiliza recursos humanos para a realização do procedimento de Justiça Restaurativa?
8.5	O Tribunal disponibiliza ações de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento em Justiça Restaurativa, para desenvolver as competências profissionais requeridas no procedimento de Justiça Restaurativa?
8.6	O procedimento de Justiça Restaurativa promove encontros entre as partes (vítima e agressor), de modo a incentivar a reparação do dano e o resgate das relações sociais e afetivas?
8.7	O procedimento de Justiça Restaurativa do Tribunal oferece atendimento para as pessoas indiretamente atingidas (familiares das vítimas, familiares dos ofensores e comunidades, etc.)?

TJAC	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%

TJAM	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	SIM	SIM	71,43%

TJAP	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	DNL ⁶⁵³	DNL	DNL	DNL	DNL	DNL	DNL	0%

TJPA	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	85,71%

⁶⁵³ Por “DNL”, leia-se “dados não lançados”.

TJDFT	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJGO	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	57,14%
TJMS	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJMT	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJES	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	DNL	DNL	DNL	DNL	DNL	DNL	DNL	0%
TJMG	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJRJ	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	NÃO	NÃO	NÃO	SIM	NÃO	NÃO	NÃO	14.29%
TJSP	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	NÃO	SIM	SIM	SIM	NÃO	NÃO	57,14%
TJPR	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJRS	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	100%
TJSC	8.1	8.2	8.3	8.4	8.5	8.6	8.7	% de cumprimento
	NÃO	SIM	SIM	SIM	SIM	SIM	NÃO	71,43%

Nota-se, pois, que, faltando dois meses para o término do prazo estipulado, apenas 52,91% das metas foram atingidas pelos tribunais estaduais de justiça. A região nordeste apresenta-se como a maior deficitária: foram cumpridos apenas 19,05% dos objetivos fixados pelo CNJ. A região sul, a seu turno, destaca-se positivamente, com o alcance de 90,48% das submetas.

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual todas as submetas já foram alcançadas, vinte e duas unidades desenvolvem práticas restaurativas⁶⁵⁴. Dentre as razões que justificam o pioneirismo e o sucesso deste tribunal destaca-se o “Projeto Justiça para o século 21”⁶⁵⁵, instituído em outubro de 2014 nos autos do expediente administrativo nº 0010-14/003022-8 do Conselho da Magistratura⁶⁵⁶. Um dos caminhos escolhidos por este projeto para expandir as iniciativas foi a criação do “Programa de Formação Integral” com o intuito de capacitar servidores para atuarem como facilitadores. Até dezembro de 2016, mais de novecentos funcionários tiveram contato com a justiça restaurativa e cem deles concluíram o curso.

Já o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT), outro a cumprir integralmente a meta 8, possui polos de justiça restaurativa nas cidades de Planaltina e Núcleo Bandeirantes. Em junho de 2016, o servidor Júlio Cesar Rodrigues de Melo, idealizador e instrutor do curso “Procedimento da Metodologia Víctima-Ofensor (MVO)”, ministrado para servidores e voluntários do Judiciário brasileiro, venceu a 6ª edição do prêmio “Conciliar é legal”.

Foram mencionadas, apenas a título exemplificativo, duas iniciativas para demonstrar que o CNJ vem impulsionando a utilização da justiça restaurativa no plano empírico. No aspecto normativo, a situação não é diferente: em 31 de maio de

⁶⁵⁴ Essas informações foram extraídas no sítio do CNJ: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84200-meta-8-do-cnj-incentivou-praticas-de-justica-restaurativa-pelo-pais-em-2016>>. Acesso em 20.dez.2016.

⁶⁵⁵ Detalhes sobre o programa podem ser consultados em: <<http://justica21.web1119.kinghost.net/>>. Acesso em 10.dez.2016.

⁶⁵⁶ Para maiores dados, ver: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/J21_TJRS_cor.pdf>. Acesso em 15.dez.2016.

2016, o Conselho aprovou a Resolução 225/2016⁶⁵⁷ dispendo “sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário”.

Resultado da minuta elaborada pelo Grupo de Trabalho instituído em 2015, acima mencionado, a Resolução representa importante marco metodológico para a difusão e consolidação da justiça restaurativa no cenário nacional. Trata-se da concretização do já explicitado artigo 12 da Resolução 2002/12 da ONU, o qual recomenda aos Estados membros o estabelecimento de diretrizes e padrões que disciplinem o uso de programas restaurativos.

O primeiro artigo contém o conceito de justiça restaurativa. Veja-se:

Art. 1º: A Justiça Restaurativa constitui-se um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa à conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado na seguinte forma:

I – é necessária a participação do ofensor, e, quando houver, da vítima, bem como, das suas famílias e dos demais envolvidos no fato danoso, com a presença dos representantes da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo fato e de um ou mais facilitadores restaurativos;

[...]

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

De acordo com o texto, a aplicação do procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente ao processo tradicional, devendo as consequências serem “consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual e objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas e a comunidade”. Aqui, é preciso atentar à possibilidade de ocorrência de *bis in idem*, devendo a melhor interpretação restringir o significado de “concorrente” para os casos de realização de práticas restaurativas na fase de execução penal.

Além disso, os participantes devem ser informados sobre o processo e as possíveis consequências, “bem como do seu direito de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento”. O consentimento prévio, livre e espontâneo

⁶⁵⁷ Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/resoluo-n225-31-05-2016-presidencia.pdf>. Acesso em 10.dez.2016.

de todas as partes é condição fundamental à prática restaurativa, ficando assegurada a retratação até a homologação do acordo.

A Resolução 225/16 estabelece, ainda, que cabe ao CNJ a promoção de ações de incentivo à justiça restaurativa, bem como o estabelecimento de cooperação dos órgãos competentes e das instituições de ensino para a criação de disciplinas que propiciem o surgimento da cultura de não-violência e para que, “nas Escolas Judiciais e da Magistratura, bem como nas capacitações de servidores e nos cursos de formação inicial e continuada, haja módulo voltado à Justiça Restaurativa”.

Os Tribunais de Justiça, por sua vez, devem criar programas restaurativos, cuja coordenação caberá a um órgão estruturado e organizado para tal fim. Segundo o texto, cada tribunal deve destinar espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, além de designar magistrado responsável pela gerência dos serviços e formar equipe de facilitadores formada por servidores e voluntários, sempre que possível auxiliados por equipes técnicas de apoio interprofissional.

No que concerne ao procedimento, a Resolução corrige a grave falha do Projeto de Lei 7006/2006 ao permitir que as partes solicitem o encaminhamento do caso à justiça restaurativa, *in verbis*:

Art. 7º: Para fins de atendimento restaurativo judicial das situações de que trata o caput do art. 1º desta Resolução, poderão ser encaminhados procedimentos e processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, pelo juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes, dos seus Advogados e dos Setores Técnicos de Psicologia e Serviço Social.

Parágrafo único: A autoridade policial poderá sugerir, no Termo Circunstanciado ou no relatório do Inquérito Policial, o encaminhamento do conflito ao procedimento restaurativo.

Outrossim, estipula o texto que as sessões restaurativas sejam realizadas “com a participação dos envolvidos de forma voluntária, das famílias, juntamente com a Rede de Garantia de Direito local e com a participação da comunidade para que, a partir da solução obtida, possa ser evitada a recidiva do fato danoso”. Ademais, prevê o artigo 9º que as técnicas autocompositivas buscarão incluir, além do ofensor e do ofendido, todos aqueles que, em relação ao fato danoso, direta ou indiretamente sejam responsáveis por ele, sofram alguma consequência ou possam, de alguma forma, apoiar os envolvidos.

No caso de obtenção de acordo, a Resolução determina que, “após ouvido o Ministério Público, será homologado pelo magistrado responsável, preenchidos os requisitos legais”. Enfatize-se que não há menção à possibilidade de negativa de homologação em razão de qualquer característica pessoal do agente, ao contrário do que ocorre na proposta legislativa.

Por todo o exposto, acredita-se que o Conselho Nacional de Justiça adotou atitudes louváveis com o objetivo de normatizar e difundir a cultura restaurativa no Brasil. No entanto, tais iniciativas não surtirão qualquer efeito se aprovado o texto contido no Projeto de Lei 7006/2006, uma vez que o procedimento restaurativo restaria sob o controle do Judiciário e teria como base o mesmo padrão de gestão de controvérsias existente no sistema penal tradicional. Como conclui Daniel Achutti, trata-se de “reflexo direto do ranço inquisitorial que atravessa a tradição jurídico-penal brasileira, que não consegue desvincular as atividades de administração de conflitos – ainda que tidas como inovadoras – do controle e da supervisão de um juiz”⁶⁵⁸. Espera-se que o Congresso Nacional se inspire na boa redação da Resolução 225/16 e altere significativamente o texto apresentado pela proposta legislativa. Só assim será possível reduzir a violenta atuação do sistema penal brasileiro e conferir autonomia aos envolvidos nos conflitos.

⁶⁵⁸ ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 241.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contradição entre o discurso jurídico-penal e a operacionalidade real do sistema de justiça criminal é patente. Procurou-se demonstrar que a atuação violenta, seletiva e arbitrária das agências penais é intrínseca ao exercício do poder punitivo. Dessa forma, nota-se que qualquer construção teórica que pretende legitimar a irracionalidade punitiva é falaciosa. O modelo de justiça tradicional fundado no confisco do conflito e no cárcere resta repleto de promessas não cumpridas. Teoria e empiria, pois, apresentam-se como faces opostas da mesma moeda.

As críticas formuladas pela criminologia radical, pelo abolicionismo penal e pela vitimologia fornecem consistentes substratos teóricos para reforçar essa assertiva. Dentre elas, destacam-se: (i) a interferência das classes dominantes sobre a configuração e o funcionamento do sistema penal; (ii) a constatação de que justiça econômica e justiça criminal são aspectos do mesmo fenômeno; (iii) a necessidade de desnaturalização do delito; (iv) a definição de pena privativa de liberdade como inflição consciente de dor; (v) a censura à centralização estatal da administração dos conflitos e ao afastamento da vítima e do ofensor da decisão das situações problemáticas.

Explicitou-se que o sistema de justiça criminal tradicional e a pena privativa de liberdade nada mais são do que alternativas elegidas em determinados momentos históricos com vistas à gestão de delitos. Não há que se cogitar, portanto, a existência de modelos apriorísticos ou inevitáveis de resolução de conflitos. Trata-se de construções humanas e, em última análise, de escolhas.

A partir dessa perspectiva, nada obsta ao desenvolvimento de uma nova forma de administração de contendas, direcionada à superação das falhas verificadas no modelo hegemônico. Os aportes teóricos anteriormente alinhavados são essenciais para que este novo paradigma não seja apropriado e instrumentalizado pelo sistema tradicional, de forma a evitar que se torne um mecanismo de expansão do poder punitivo. É neste contexto que se apresenta a justiça restaurativa, cuja principal característica reside na participação direta e voluntária de ofendidos, ofensores e membros da comunidade atingidos pela prática

do delito para que, a partir da comunicação respeitosa, se obtenha a decisão mais satisfatória aos interessados.

Por consistir em prática que tem como características intrínsecas a diversidade e a fluidez, não há um consenso sobre sua definição. Até porque, percebe-se que na natureza plástica reside, em grande medida, o sucesso dos mecanismos restaurativos. Em verdade, a justiça restaurativa funciona como uma bússola que aponta na direção do diálogo e do exame das necessidades dos participantes com vistas ao reestabelecimento a relação rompida.

Dessarte, o paradigma restaurativo rechaça a ideia de justiça enquanto decisão judicial imposta, como se verifica no modelo verticalizado vigente, para preconizar que ela seja fornecida, em cada caso concreto, de forma horizontal. Valorizam-se, assim, as carências singulares dos integrantes da relação tipicamente definida como crime, em detrimento do tratamento abstrato e generalizante de situações tão diversas entre si.

Nesta senda, o delito passa a ser visto como violação das relações entre infrator, vítima e comunidade, e não como uma ofensa ao Estado. A deliberação entre os interessados tem como objetivo a assunção de responsabilidades e de cura de traumas em vez da cominação de culpa e da punição. Busca-se a alteração do foco epistemológico para que, com novas lentes, seja possível vislumbrar uma nova forma de pensar a questão criminal.

Para alcançar tal desígnio, restou explicitado que a linguagem a ser utilizada durante os encontros restaurativos é essencial. As técnicas apresentadas pela intitulada “comunicação não violenta” fazem-se primordiais ao alcance de um diálogo afetivo. A utilização das palavras de forma positiva acarreta a geração de empatia e de conexão entre os envolvidos, culminando em maiores chances de êxito do procedimento. É preciso que os sujeitos se expressem assertivamente e que escutem ativamente o outro. Isso porque determinadas expressões e métodos de comunicação podem induzir à mágoa e à dor, dificultando a pacificação e a harmonia da relação. O emprego de uma linguagem compassiva, portanto, é imperioso para o sucesso da restauração.

Mencionou-se, também, que outro componente que deve se fazer presente durante os encontros restaurativos é produção da “vergonha reintegrativa”. Trata-se da inflição de uma emoção que possibilita o reconhecimento, por parte do próprio sujeito, que agiu erroneamente. Tal modalidade de vergonha possibilita a

manutenção dos laços de respeito e afeto após os participantes expressarem a desaprovação com a conduta perpetrada. Esse método de censura, ao vedar a estigmatização, pode configurar a principal ferramenta de redução de violências em sociedade. Isso porque a satisfação gerada após a restauração do ofensor, aliada ao sentimento de contrição e à anterior reprovação social, exerce o papel de conectar as partes e gerar empatia.

Foi alinhavada, ainda, uma teoria conceitual acerca da justiça restaurativa. O primeiro *standard*, intitulado “janela da disciplina social”, estabelece que a abordagem restaurativa tem como essência a resolução de problemas de forma colaborativa e desaprova as transgressões, ao mesmo tempo em que afirma o valor intrínseco do ofensor. Composta por um alto grau de apoio e de controle, a palavra utilizada pela janela para sintetizar esse paradigma é “com”: assume-se um compromisso “com” o transgressor mediante o engajamento coletivo para a resolução das controvérsias.

A segunda etapa da teoria baseia-se no “papel das partes interessadas”, que consiste na análise entre o dano provocado pelo delito e as necessidades específicas de todos aqueles que, de alguma forma, foram afetados pela conduta criminosa. Assim, desenham-se os caminhos para restaurar as relações.

Por fim, de acordo com a “tipologia das práticas restaurativas”, terceiro integrante da teoria conceitual, o nível de envolvimento dos ofensores, das vítimas e das comunidades determina o grau em que o procedimento poderá ser chamado de restaurativo. Quanto maior a participação ativa de todos, maior será o alcance restaurativo da prática.

Outrossim, foram edificadas as bases para a construção teórica e empírica de um modelo restaurativo. Não foi pretensão deste trabalho, como alertado diversas vezes, sugerir o rompimento com o direito estatal nem o afastamento total do Estado na gestão das condutas delituosas. Advogou-se por um modelo baseado em uma regulação responsiva, a qual pressupõe a convivência mútua entre os sistemas restaurativo e tradicional, devendo o segundo operar de forma residual, apenas nos casos em que não for possível agir restaurativamente. Trata-se do “*backup model*”, que, embora privilegie os aspectos reparadores, admite que em situações-limite será necessária a utilização do sistema tradicional.

Para tanto, o percurso a ser trilhado passa pela “pirâmide regulatória”, cuja base contém uma abordagem baseada no diálogo totalmente restaurador. Em caso

de fracasso, deve-se ascender a cada nível subsequente, o qual representa uma medida pouco a pouco mais punitiva. Apenas no topo da pirâmide encontra-se a justiça verticalizada, sem qualquer componente restaurativo.

Notou-se, portanto, que o modelo de justiça restaurativa sustentado nesse trabalho possui como premissa o fato de que, em todas as modalidades delituosas, há espaço para tentar compreender o ocorrido a partir da escuta respeitosa e da comunicação compassiva. O sistema punitivo só deve ser usado, pois, de forma residual.

Ademais, logrou-se comprovar, a partir de pesquisas empíricas realizadas no Reino Unido e na Austrália, que a justiça restaurativa não é um ideal romântico ou uma utopia (assim entendida como algo irrealizável). Em comparação com a justiça tradicional, o paradigma proposto neste trabalho reduziu substancialmente a reincidência e o desejo de violência das vítimas em relação aos agressores, além de trazer mais satisfação aos envolvidos na situação problemática.

Não obstante, seria inverossímil encerrar a pesquisa sem deixar de consignar algumas ressalvas à justiça restaurativa, que não deve ser encarada como panaceia capaz de resolver todos os problemas afetos à questão criminal. Alertou-se que é preciso agir com cautela para perceber os limites deste mecanismo. Dentre eles, foram destacados os riscos (i) de extensão da rede de controle penal, (ii) de violação de garantias individuais e (iii) de desvirtuamento dos facilitadores.

Por derradeiro, a discussão restou direcionada ao cenário brasileiro. Foram abordadas as iniciativas normativas e os projetos-piloto já implementados no país com vistas à elaboração de um modelo de justiça restaurativa.

O Projeto de Lei 7006/2006 apresenta diversos dispositivos que caminham na contramão dos ideais restaurativos, mormente no que concerne à excessiva vinculação judicial das práticas e à impossibilidade de eleição do procedimento restaurativo pelos próprios interessados.

Além disso, ao delimitar, de antemão, o estereótipo de indivíduo que pode ser atingido pelos mecanismos restaurativos, a proposta reduz drasticamente o potencial dessa nova forma de justiça. A manutenção de critérios vagos como parâmetros normativos demonstra a ocorrência da colonização pelo sistema judicial tradicional mesmo antes das práticas restaurativas serem legalmente aprovadas. Não há fundamento que legitime a vinculação de uma justiça dialógica e voluntária a uma racionalidade imposta e antidialógica.

Desta feita, o quadro normativo esboçado pelo projeto legislativo se enquadra nos mesmos moldes da justiça criminal tradicional. Uma vez aprovado sem alterações, os interesses das partes restariam, mais uma vez, subjulgados aos interesses do Estado.

Foi visto também que o Conselho Nacional de Justiça vem atuando no sentido de impulsionar a utilização da justiça restaurativa. Fixou-se dentre os objetivos nacionais a serem alcançadas pelo Judiciário a meta de número 8, de acordo com a qual todos Tribunais de Justiça estaduais devem implantar pelo menos uma unidade com equipe capacitada para oferecer práticas de Justiça Restaurativa até o fim de 2016, objetivo que possui inquestionável importância nesse contexto.

Em sentido semelhante, a aprovação da Resolução 225/2016 dispendo “sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário” representou importante marco metodológico para a difusão e consolidação da justiça restaurativa no cenário nacional. Ao contrário do Projeto de Lei 7006/2006, esta resolução parece conglomerar os principais aspectos teóricos restaurativos e proporciona uma real esperança para reduzir a violenta atuação do sistema penal brasileiro, conferindo autonomia aos envolvidos nos conflitos.

Conclui-se, pois, que, se bem estruturada, a justiça restaurativa se apresenta como uma efetiva possibilidade de democratização do gerenciamento de situações problemáticas e de superação da afluência intrínseca às agências do sistema penal tradicional.

REFERÊNCIAS

ABREU, João Capistrano Honório de. *Um visitador do Santo Ofício à cidade de Salvador e ao recôncavo da Bahia de todos os Santos (1591-1592)*. Rio de Janeiro: Jornal do Comércio, 1922.

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. *Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

_____. *Mulher, violência doméstica e justiça restaurativa: sobre a necessidade de superação da violência domesticada no Direito Penal*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 52. out./nov. 2008.

_____. *Justiça restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga*. *Civitas*, v. 13, n. 1, 2013.

_____; RODRIGUES, Roberto da Rocha. *Tempo, memória e direito no século XXI: o delírio da busca da verdade no processo penal*. *Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias*, 4, jan-dez/2005.

AHMED, Eliza. Padrões de administração da vergonha e da condição de intimidação. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça Restaurativa*. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2005, v. 1. Acesso em 15.out.2016

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas em mediação: aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2014.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012. (Pensamento Criminológico; 19).

_____. *A ilusão de segurança jurídica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Direito Penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. *Minimalismos abolicionismos e efficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. *Sequência*, Florianópolis, v. 52, p. 163-182, 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2008 (Pensamento Criminológico; 15).

ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução de José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

AUGUSTO, Cristiane Brandão. *Nova Justiça Penal: com ou sem Juízo?* Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2004.

AZEVEDO, João Lúcio de. *História dos Christãos Novos Portugueses*. Lisboa: Livraria Classica Editora, 1921.

BAKHTIN, Mikhail. *A cultura popular na Idade Média e no Renascimento: o contexto de François Rabelais*. Tradução de Yara Frateschi Vieira. São Paulo: Hucitec, 1987.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal – introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013 (Pensamento Criminológico; 1).

BARRETO, Tobias. *Fundamentos do Direito de Punir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia: Freitas Bastos, 2000.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Edipro de bolso, 2015.

BECKER, Howard S. *Segredos e truques da pesquisa*. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

_____. *Segredos e truques da escrita*. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.

BENTHAM, Jeremy. O Panóptico ou a casa de inspeção. In: TADEU, Tomaz. (Org.). *O Panóptico: Jeremy Bentam*. Belo Horizonte: Autêntica, 2008.

BITTENCOURT, César Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

BLOCH, Marc. *Apologia da história ou o ofício de historiador*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOURDIEU, Pierre. *O Poder Simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand, 1989.

BRAITHWAITE, John; STRANG, Heather. *Restorative justice and family violence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

_____. *Crime, shame and reintegration*. Cambridge: Cambridge University Press, 1989.

_____. Restorative justice and a better future. *Dalhousie review*, v. 76, n. 1, 1996. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDk4>. Acesso em 06.ago.2016.

_____. *Restorative justice and responsive regulation*. Nova York: Oxford press, 2002.

_____. Setting standards for restorative justice. *British journal of criminology*, v. 42, 2002. Disponível em: <http://johnbraithwaite.com/wp-content/uploads/2016/03/Setting_Standards_2002.pdf>. Acesso em 22.out.2016.

BRITO, Alexis Couto de. As finalidades da pena em Günther Jakobs. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal Orientado para a Vítima de Crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CAMINHA, Pero Vaz de. *Carta ao Rei Dom Manuel*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2001.

CAMPANÁRIO, Micaela Susana Nóbrega de Abreu. Mediação penal: inserção de meios alternativos de resolução de conflitos. Porto Alegre: *Civitas*, v. 13, 2013.

CARLUCCI, Aída Kemelmajer de. *Justicia restaurativa: posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad*. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni, 20

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. Tradução de Ortega y Guerrero. Temis: Bogotá, 1979.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o Direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *A política criminal de drogas no Brasil (estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010

_____. *Como (não) se faz um trabalho de conclusão: provocações úteis para orientadores e estudantes de Direito*. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. Criminologia Crítica: dimensões, significados e perspectivas atuais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 104, p. 279-303, 2013.

_____. Criminologia e transdisciplinaridade. *Revista do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 56, 2005

_____. *O Papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo (o exemplo privilegiado da aplicação da pena)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Pena e garantias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.

_____. *Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTILHO, Luís da Câmara. *Superstição no Brasil*. Rio Grande do Norte: Global Editora, 1984.

CASTRO, Fernando Borba de. *Justiça restaurativa: um olhar para além da repressão*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

CASTRO, Josefina. O processo de mediação em processo penal: elementos de reflexão. *Revista do Ministério Público*, a. 27, n. 105, jan./mar. 2006.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*. V. 17, n. 1, 1977.

_____. Images of man in modern penal law. *Contemporary crises*. V. 10, n. 1. Amsterdam: Elsevier, 1986.

_____. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 1981.

_____. *Uma razoável quantidade de crimes*. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. Restorative justice: five dangers ahead. In: KNEPPER, Paul; DOAK, Jonathan; SHAPLAND, Joanna (Ed.). *Urban crime prevention, surveillance and restorative justice: effects of social technologies*. Boca Raton: CRC Press, 2009. PP. 195-203.

DEL VAL, Teresa M. *Mediación em materia penal*. Buenos Aires: Cathedra Juridica, 2015.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Temas básicos da doutrina penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 2001.

DIETER, Maurício Stegemann. *A função simbólica da pena no Brasil: Breve crítica à função de prevenção geral positiva da pena criminal em Jakobs*. In: I Encontro de Direito e Cultura Latino-Americanos: Diversidade, Identidade e Emancipação, v. 43, Curitiba. *Revista da Faculdade de Direito (UFPR)*. Curitiba: Editora da UFPR, 2005.

DIVAN, Gabriel Antinolfi; HUMES, Keli Ananda. Assimilação de preceitos restaurativos pela dogmática jurídica e o medo do novo: estagnação ou retrocesso? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 59, dez./jan. 2010.

- DUARTE, Marcia Michele Garcia. *Argumentação participativa - o encontro com a virtuosidade humana: motivos para o êxito da justiça restaurativa no combate e prevenção da violência doméstica*. Curitiba: CRV, 2016.
- DUCLERC, Elmir. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- ELIACHEFF, Caroline; LARIVIÈRE, Daniel Soulez. *O tempo das vítimas*. Tradução de Lucia Valadares. São Paulo: Editora FAP-Unifesp, 2012.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: RT, 2002.
- _____. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Editorial Trotta, 1999.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Rio de Janeiro: Nau, 2005.
- _____. *Microfísica do poder*. Rio de Janeiro: Paz e terra, 2015.
- _____. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- _____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. 42 ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. O problema da pena. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, n. 161, PP. 56-62, set/out 1995. P. 60. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/eng/arq_pdf/heleno_artigos/arquivo43.pdf>. Acesso em 19.set.2016.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Crítica da pena e justiça restaurativa: a censura para além da punição*. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. *A substituição da prisão - alternativas penais: legitimidade e adequação*. Salvador: JusPODIVM, 2008.
- GUEIROS, Artur de Brito; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Curso de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. As históricas ingerências do capital na conformação dos sistemas punitivos. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012.
- HASSERMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Porto Alegre: Fabris, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da Filosofia do Direito*. Lisboa: Guimarães, 1990.

HESPANHA, Antônio Manuel. *A cultura jurídica europeia: síntese de um milênio*. Coimbra: Almedina, 2012.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNGRIA, Nelson; FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Comentários ao Código Penal*. Volume III. Rio de Janeiro: Forense, 1976.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano; MACEDO, Celina Maria. O Brasil e o monitoramento eletrônico. In: BRASIL. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Monitoramento eletrônico: uma alternativa à prisão? Experiências internacionais e perspectivas no Brasil*. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 35, dez./jan. 2006.

KANT, Immanuel. *Princípios metafísicos da ciência da natureza*. Rio de Janeiro: Editora 70, 1990.

KARAM, Maria Lúcia. *De crimes, penas e fantasias*. Niterói: Luam, 1991.

KEMELMAJER, Aída. *En búsqueda de la tercera vía. La llamada "justicia restaurativa", "reparativa", "reintegrativa" o "restitutiva"*. Disponível em: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1723/15.pdf>>. Acesso em 19.out.2016.

KÖHLER, Michael. O conceito de pena. Tradução de Oliveiros Guanais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 22, Número 110. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48., fev./mar. 2008.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, Jacobus. *Malleus Maleficarum (El martillo de los brujos)*. Tradução de Floreal Maza. Buenos Aires: Ediciones Orión, 1956.

KRIESMAN, N. H. *Preceptiva penitenciária*. Pamplona: Analecta, 1917.

LARRAURI, Elena. Una defensa de la herencia de la criminología crítica: a propósito del artículo de Marcelo Aebi 'crítica de la criminología crítica: una lectura escéptica de Baratta'. In: *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, n. 17, 2006.

LEAL, Cesar Barros. A justiça restaurativa: uma visão global e sua aplicação nas prisões. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Magister, v. 38, out./nov. 2010.

LISZT, Von. *La idea de fin en el derecho penal*. Universidad Nacional Autónoma de Mexico: Mexico, 1994.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Tradução de Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUZ, Ilana Martins. Da sanção ao preceito: o contributo da justiça restaurativa para a modificação da racionalidade penal moderna. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 70. out./nov. 2011.

MARX, Karl. *O capital – livro I: o processo de produção do capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo, 2013.

MATOS, Lucas Vianna. Desnaturalizando o cárcere: a pena de prisão como construção histórico-social. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, n. 5, vol. 66, p. 121-137, ago-dez 2015.

MCCOLD, Paul; WACHTEL, Ted. *In pursuit of paradigma: a theory os restorative justice*. Trabalho apresentado no XIII Congresso Mundial de Criminologia. Disponível em: < http://www.iirp.edu/iirpWebsites/web/uploads/article_pdfs/paradigm.pdf>. Acesso em 16.out.2016.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 22.ago.2016.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcere e fábrica – as origens do sistema penitenciário (séculos XVI – XIX)*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2006 (Pensamento Criminológico; 11).

MONTENEGRO, Marília. *Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MORRIS, Alison. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf> Acesso em 15.out.2016.

MORRIS, Hebert. Persons and punishment. BAIRD, Robert; ROSENBAUM, Stuart (Orgs.). *Philosophy of punishment*. Nova York: Prometheus Books, 1988.

MORUS, Thomas. *A utopia*. Rio de Janeiro: Nova Frontera, 2011.

NEUMAN, Elias. *Evolución de la pena privativa de libertad y regímenes penitenciários*. Buenos Aires: Pannedille, 1971.

NEVES, José Roberto de Castro. *A invenção do Direito – as lições de Ésquilo, Sófocles, Eurípedes e Aristóteles*. Rio de Janeiro: Edições de Janeiro, 2015.

NEWELL, TIM. *Restorative practice in prisons: circles and conferencing in the custodial setting*. Disponível em: <http://www.iirp.edu/article_detail.php?article_id=NDQ1>. Acesso em 13.out.2016.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da Moral*. Tradução de P.C. Souza, São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

NORDENSTAHL, Ulf Christian Eiras. *Mediação penal: de la práctica a la teoría*. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009 (Monografias, 52).

_____. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: afinal, qual a relação entre elas?* Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/justica-restaurativa-e-mediacao-penal-afinal-qual-a-relacao-entre-elas-2/>>. Acesso em 13.nov.2015.

_____. *Justiça restaurativa: legislação e experiências espanholas*. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 51, abr./mai. 2008.

_____. *Possibilidades do trágico na justiça restaurativa*. *Revista de estudos criminais*. Porto Alegre: Notadez, n. 30, jul./set. 2008.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. *Verve* (PUCSP), São Paulo, v. 9, p. 83-114, 2006.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. O Judiciário como Impulsionador dos Direitos Fundamentais: Entre Fraquezas e Possibilidades. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 29, p. 127-157, 2016.

PETTIT, Philip. *Republicanism: a theory of freedom and government*. Oxford, Oxford University Press, 1997

PINHO, Humberto Dalla B de. *Teoria Geral da Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2008.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes (Org). *Justiça restaurativa: coletânea de artigos*. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/dh/livro_sedh_justica_restaurativa.pdf>. Acesso em 10.out.2016.

_____. Justiça restaurativa: um novo caminho? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47., dez./jan. 2008.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos estudos Cebrap*. São Paulo: Cebrap, n. 68, 2004.

PIRES, Guilherme Moreira. *Cárcere enquanto Fábrica (de tortura)*. Disponível em <<http://emporiododireito.com.br/carcere-enquanto-fabrica-de-tortura-por-guilherme-moreira-pires/>>. Acesso em 15.jul.2016.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. *Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06 – análise crítica e sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

PRUDENTE, Neemias Moretti. Justiça restaurativa em debate. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 47, dez./jan. 2008.

RAÑA, Andrea Fabiana. *La mediación y el derecho penal*. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2001.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Atlas, 2013.

RIBEIRO, Darcy. *O processo civilizatório*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

RODRIGUES, Nina Raymundo. *Os africanos no Brasil*. Rio de Janeiro: Centro Edeistein de Pesquisas Sociais, 2010.

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. *Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSA, Alexandre Morais da. Justiça restaurativa e ato infracional: práticas e possibilidades. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 9, n. 50, jun./jul. 2008.

ROSA, Gabriela Porto. *A construção da verdade no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. Tradução de Mário Vilela. São Paulo: Agora, 2006.

ROSENBLATT, Fernanda Fonseca. Lançando um olhar empírico sobre a justiça restaurativa: alguns desafios a partir da experiência inglesa. *Revista brasileira de sociologia do direito*. Porto Alegre, ABraSD, v. 1, n. 2, pp. 72-82, jul/dez 2014.

_____. Em Busca das Respostas Perdidas: Uma perspectiva crítica sobre a justiça restaurativa. In: Gisele Mendes de Carvalho; Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato; Felix Araujo Neto. (Org.). *Criminologias e Política Criminal II*. 1 ed. João Pessoa: CONPEDI, 2014, pp. 443-467.

_____. Um olhar crítico sobre o papel da comunidade nos processos restaurativos. *Sistema penal e violência*. Porto Alegre: PUCRS, v. 6, 2014.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Lisboa: Vega, 1986.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, Instituto Carioca de Criminologia, 2004 (Pensamento Criminológico; 3).

SÁ, Alvino Augusto de. Justiça restaurativa: uma abordagem à luz da criminologia crítica no âmbito da execução da pena privativa de liberdade. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, v. 16, fev./mar. 2007

SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fábio Bitencourt da (Coord.). *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Brasília: CNJ, 2016

SANTANA, Selma Pereira de. A vitimodogmática: uma faceta da justiça restaurativa? *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 11, n. 62, jun./jul. 2010.

SANTOS, Gérson Pereira dos. *Do passado ao futuro em Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3ª ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008.

SCURO NETO, Pedro. O Enigma da Esfinge – Uma Década de Justiça Restaurativa no Brasil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 8, n. 48, fev./mar. 2008.

_____. *Manual de Sociologia geral e jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. Modelo de justiça para o século XXI. *Revista da Escola da Magistratura Regional Federal da 2ª Região*. Rio de Janeiro: EMARF – TRF 2ª Região, v. 6, 2003.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SHERMAN, Lawrence; STRANG, Heather. *Restorative justice: the evidence*. Londres: The Smith Institute, 2007.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: Slakmon, Catherine; Machado, Maíra Rocha; Bottini, Pierpaolo Cruz. (Org.). *Novas direções na governança da Justiça e da Segurança*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, v. 1, p. 455-490.

_____. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Antônio José da Costa e. *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil Comentado*. Volume II. Brasília: Senado Federal, 2004.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. Economia política da pena: desemprego e encarceramento no Brasil. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. Balcão de direitos, retórica e mediação: notas sobre a possibilidade de uma metodologia própria. In: RIBEIRO, Paulo Jorge; SROZENBERG, Pedro (org.). *Imagens e linguagens: Resolução de conflitos em favelas do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Mauad, 2001.

SPIERENBURG, Pieter. The Body and the State. In *Oxford History of the prison: The practice of punishment in western society*. Oxford: Oxford University Press, 1998. PP. 41-70.

SUECKER, Betina Heike Krause. *Pena como retribuição e retaliação – o castigo no cárcere*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução de Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

TANGERINO, Davi de Paiva Costa. *Culpabilidade*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

TAVARES, Juarez. Os objetos simbólicos da proibição: o que se desvenda a partir da presunção de evidência. In: *Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade*. Ano 17, números 19/20. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

_____. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TELLO, Nancy Flemming. A justiça restaurativa – um programa integral de atenção e prevenção do delito. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*. Porto Alegre: Síntese, v. 10, n. 52, out./nov. 2008.

VAN NESS, Daniel W. *The shape of things to come: a framework for thinking about a restorative justice system*. Disponível em: <<http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>>. Acesso em 14.ago.2016.

VAY, Giancarlo Silkunas; SILVA, Tédney Moreira da. *A Escola Correcionalista e o Direito Protetor dos Criminosos*. Disponível em <http://www.ibccrim.org.br/revista_liberdades_artigo/142-ARTIGO>. Acesso em 14.out.15.

VOVELLE, Michel. *Ideologias e Mentalidades*. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Editora Brasiliense, 1991.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. 2 ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.

WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Portland: Willan Publishing, 2008.

WEBER, Max. *A ética protestante e o espírito do capitalismo*. 2ª ed. São Paulo: Pioneira, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro - I*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

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

_____. *O inimigo no direito penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

_____. *Justiça restaurativa*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZERNOVA, M.; WRIGHT, M. Alternative visions of restorative justice. In: JOHNSTONE, G.; VAN NESS, D. W. (Ed.). *Handbook of Restorative Justice*. Cullompton, UK; Portland, USA: Willan Publishing, 2007.