

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:
PELA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL**

**CURITIBA
2014**

BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:
PELA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito Público.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

BRUNA ARAUJO AMATUZZI BREUS

JUSTIÇA RESTAURATIVA:
PELA CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito Público no Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADORA: _____
Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman Borges

Prof. Dr. Leonardo Sica

Prof.^a Dr.^a Érica de Oliveira Hartmann

Curitiba, 20 de março de 2014

"Quando perdemos a capacidade de nos indignarmos
com as atrocidades praticadas contra outros,
perdemos também o direito de nos considerarmos
seres humanos civilizados".

(Vladimir Herzog)

AGRADECIMENTOS

Na realização desse trabalho, percebi que todo trabalho intelectual, seja ele de maior ou menor medida, é fruto de uma realização coletiva, motivo pelo qual devo agradecer muitas pessoas. Devo agradecer, inicialmente, e de um modo bastante especial, à minha orientadora Professora Doutora Clara Roman Borges que, de modo irretocável, contribuiu para a consolidação desse trabalho, tendo sido sua participação imprescindível, já que foi a pessoa quem me indicou as primeiras leituras sobre Justiça Restaurativa. Além de todas as considerações teóricas e indicações bibliográficas, provenientes de seu profundo conhecimento teórico e de sua vasta vivência prática das ciências criminais, sua serenidade, compreensão e tranqüilidade foram essenciais. Devo agradecer, também, ao Professor Doutor Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que, com a clareza e percepção dos seus pensamentos despertou em mim o apreço pela pesquisa e pela atividade acadêmica. É certamente um exemplo a ser seguido, não só na academia, mas, igualmente, de pessoa de caráter, seriedade e dedicação imensuráveis. Do lado de fora da academia, devo agradecer à minha família, especialmente aos meus pais, Sônia e Luciano, e aos meus irmãos, Carolina e Lucianinho, que durante toda a caminhada foram, e sempre serão, essenciais. À minha avó, Maria Eugênia, mulher de fibra com sabedoria e serenidade singulares, cujas palavras de apoio soaram nos momentos mais conturbados como as tarefas mais fáceis de serem realizadas. No campo da amizade, agradeço também aos meus colegas de escritório, Edward, Alice e Ana Caroline que, diariamente, me incentivaram e contribuíram com discussões e questionamentos. Agradeço, ainda, aos amigos Rodrigo Luís Kanayama e a Priscilla Placha Sá pela amizade, estímulo e companheirismo de sempre. Por fim e mais importante, ao meu marido Thiago que, com toda compreensão, paciência e dedicação me fez prosseguir com obstinação até o final. Sem dúvida, é o administrativista-constitucionalista que mais entende de justiça restaurativa no Brasil! A ele, as palavras não seriam suficientes para demonstrar a minha gratidão. Devo dizer, porém, que sem você nada teria sido possível. Como se vê, foram muitas as pessoas que contribuíram para a realização desse trabalho: a todos vocês, e àqueles que porventura esqueci de citar, o meu muito obrigada.

RESUMO

A partir de estudos criminológicos, a dissertação traz a constatação de que o Estado brasileiro contemporâneo consolidou-se sob uma conformação manifestamente punitiva, pois alçou a pena privativa de liberdade ao patamar de política pública criminal por excelência. Essa conjuntura pode ser explicada pela adoção do paradigma retributivo para o sistema de justiça criminal brasileiro, o qual pretende a retribuição de um mal (o crime) por outro mal semelhante (a pena). Para as ciências criminais críticas, entretanto, a pena privativa de liberdade se apresenta desprovida de racionalidade, porquanto não cumpre – nem nunca cumpriu – as funções para ela inicialmente designadas; ao contrário, a pena pode ser considerada um ato violento, arquitetado previamente, cujas consequências ensejam a imposição de aflições extremas aos incriminados, pois não lhes assegura as condições mais elementares de sobrevivência. A atuação estatal focada em uma perspectiva fortemente punitiva tende a fomentar a ação policial e carcerária violentas, assim como implementar mecanismos autoritários, desumanos e cruéis, além de incorrer numa hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal, pois todas as atenções são voltadas para os acusados de crimes, objetivando-se a punição a qualquer custo. No entanto, as vítimas que, invariavelmente, sofrem um grande abalo em razão do cometimento de crimes e, por isso, necessitam de atenção, são, em regra, excluídas do processo penal, na medida em que nenhuma participação efetiva podem ter na resolução dos casos penais, exceto, ocasionalmente, como, *v.g.*, a assistência de acusação. Assim, para que a vítima possa contribuir para a solução de dada situação problemática, bem como ter uma real participação nesse processo adversarial, práticas complementares ao atual sistema penal parecem ser necessárias. Nesse sentido, o trabalho apresenta o despontar da chamada Justiça Restaurativa, fundada no paradigma restaurativo, que visa à promoção de uma maior aproximação entre vítima, seu ofensor e a comunidade. A partir de tais ponderações, a presente pesquisa tem por objetivo consolidar elementos teóricos e práticos que propiciam um novo olhar sobre o crime, a fim de demonstrar como as práticas restaurativas, especialmente a mediação penal, podem contribuir para a mitigação dos problemas de criminalidade enfrentados atualmente no país, inclusive através da avaliação das experiências e projetos já implementados no Brasil.

Palavras-chave: Pena; Prisão; Sistema de Justiça Criminal Brasileiro; Justiça Restaurativa; Mudança paradigmática.

ABSTRACT

From criminological studies, the dissertation brings the realization that the contemporary Brazilian State was consolidated under a manifestly punitive conformation, since the sentence of imprisonment was elevated to the level of criminal policy by excellence. This situation can be explained by the adoption of retributive paradigm for the Brazilian criminal justice system, which imposes an evil (a penalty) against another evil (the crime). For the critical criminal science, however, the penalty of deprivation of liberty is presented devoid of rationality, due to the fact that it does not perform – and never performs – the functions assigned to it initially; but instead, the penalty may be considered a violent act, previously devised, whose consequences results in extreme distress to the incriminated, because it does not guarantee the most fundamental conditions for survival. The State actions focused in a strongly punitive perspective tends to encourage the violent prisons and police actions, as well as implement authoritarian, inhuman and cruel mechanisms, and to incurring in a legislative hyperinflation in criminal and criminal procedure, because all eyes are focused on the person accused of crimes, in order to punish at any cost. However, victims who invariably suffer a major concussion due to the crimes suffered and, therefore, need attention, are generally excluded from the criminal proceedings, because they cannot contribute to the resolution of criminal cases, except occasionally, such as assistance for the prosecution. Thus, for the victim contribute to the solution of a problem situation, with a real participation in this adversarial process, additional practices in the criminal system seems to be required. In this sense, the dissertation presents the emergence of so-called Restorative Justice, founded in restorative paradigm, which aims to promote a closer relationship between the victim, the offender and the community. From such considerations, this research aims to consolidate theoretical and practical elements that provide a new look at crime in order to demonstrate how restorative practices, especially the criminal mediation, can contribute to mitigate criminality problems that the country is currently dealing with, including through a review of experiences and projects already implemented in Brazil .

Keywords: Penalty; Prison; Brazilian Criminal Justice System; Restorative Justice; Paradigm Turn.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 PANORAMA DO ATUAL SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO	15
2.1 SOBRE A PENA: UMA (DES) RAZOÁVEL QUANTIDADE DE PENA	15
2.2 A NÃO SUPERADA OBVIIDADE DA PENA DE PRISÃO.....	22
2.3 A “CRISE” DO SISTEMA PENAL E A REALIDADE DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA	28
2.4 A MANIFESTA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PUNITIVO.....	34
2.4.1 Da assistência social à atuação policial e carcerária	36
2.4.2 A institucionalização de mecanismos violentos, autoritários e desumanos.....	48
2.4.3 A hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal	52
3 O LUGAR DA VÍTIMA NO ATUAL SISTEMA CRIMINAL	59
3.1 A VÍTIMA E O PROCESSO: A APROPRIAÇÃO DO CONFLITO PELO ESTADO	59
3.2 A ATUAL FORMA DE PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: A ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO.....	65
3.3 A PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	67
3.3.1 As disposições do projeto de novo código de processo penal (PLS nº 156/2009)	67
3.3.2 Uma marca do autoritarismo: a imposição do “instituto” para o acusado	75
3.3.3 A marca economicista da proposta meramente compensatória da vítima	79
3.3 A VÍTIMA NO BALCÃO (OU NA PRATELEIRA) DA JUSTIÇA NEGOCIAL	83
3.3.1 Composição dos Danos Civis.....	87
3.3.2 Transação Penal	91
3.3.3 Delação Premiada.....	96
3.4 A NECESSIDADE DE PRÁTICAS COMPLEMENTARES.....	101
4 POR UMA JUSTIÇA PENAL CONTEMPORÂNEA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL	104
4.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO	104
4.2 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: A INFLUÊNCIA DA VITIMOLOGIA E DAS CORRENTES ABOLICIONISTAS	111
4.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO PARADIGMA PUNITIVO RETRIBUTIVO	122
4.3.1 A mediação como pilar de sustentação do novo paradigma restaurativista ...	137
4.3.1.1 Mais uma aproximação conceitual e as implicações dela decorrentes	137
4.3.1.2 A importância do tripé vítima-ofensor-comunidade para a mediação penal	144
4.3.1.3 Mediação e justiça restaurativa: rumo a superação do paradigma retribucionista.....	158
4.4 AVALIAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS E PROJETOS JÁ IMPLEMENTADOS NO BRASIL	162
4.4.1 Porto Alegre/RS	162
4.4.2 Bandeirante/DF	166
4.4.3 São Caetano do Sul/SP.....	167
4.5 O PROJETO DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL	170
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	181
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	189

1 INTRODUÇÃO

No final do ano de 2013, o Escritório das Nações Unidas para as Drogas e o Crime (UNODC) divulgou alguns dados interessantes que demonstraram o elevado, e até mesmo preocupante, grau de criminalidade no Brasil. Levando em consideração os países que atualizaram os seus dados em relação ao número de homicídios oficialmente computados, o Brasil se encontra, com 27,1 mortes a cada cem mil habitantes, na nona posição entre os países mais violentos do mundo, ficando atrás apenas de Honduras, El Salvador, Jamaica, Belize, Guatemala, Bahamas, Colômbia e África do Sul.¹

Este é apenas um exemplo, dentre muitos divulgados rotineiramente, das estatísticas acerca da criminalidade no Brasil, que o colocam num pedestal nada satisfatório. Os números são realmente expressivos ao se levar em consideração que os dez países menos violentos do planeta têm média inferior a uma morte a cada cem mil habitantes; esses dados, porém, não causam grande espanto frente às atrocidades vivenciadas e acompanhadas diariamente no país.

As atuais informações fornecidas pelo UNODC são suficientes para demonstrar que a redução da violência não é determinada pelo incremento de medidas punitivas pelo Estado, pelo contrário, elas parecem ser diametralmente opostas. Ao que indica, as políticas públicas de conscientização, de desenvolvimento social e de promoção da solidariedade, assim como as que tendem à racionalização de soluções mais adequadas para os conflitos, adotadas pelos países menos violentos, tendem a reduzir mais a violência e os índices de criminalidade em detrimento dos países que apostam em medidas mais repressivas, de cunho punitivo, para deliberar sobre as questões da conflitividade social.

No Brasil, a linguagem utilizada por parte do Estado, de caráter eminentemente punitivista, faz disseminar no corpo social a necessidade de repressão a qualquer custo, além de blindá-lo para a abertura de novas propostas e formas de resolver os conflitos na esfera criminal. Diante disso, qualquer medida mais branda, menos burocrática e de cunha mais humanizador soa, para muitos, como impunidade ou ato revolucionário. Na verdade, não é disso que se trata.

¹ Os dados estão disponíveis na página eletrônica oficial do Escritório das Nações Unidas para as Drogas e o Crime (UNODC). Disponível em: <<http://www.unodc.org/unodc/en/data-and-analysis/homicide.html>>. Acesso em: 29.jan.14.

O que se busca, afinal, é demonstrar que há, na contemporaneidade, outras formas, possivelmente mais adequadas, para a solução dos problemas que envolvem a criminalidade no Brasil.

Por conseguinte, o presente trabalho tem como objetivo analisar, essencialmente, o denominado modelo de justiça restaurativa e suas maneiras de articulação com o sistema de justiça criminal tradicional, tanto do ponto de vista teórico quanto de algumas experiências práticas já realizadas no Brasil.

Pretende-se averiguar de que maneira as práticas restaurativas, especialmente a mediação penal, podem contribuir para amenizar os complexos problemas verificados referentes à criminalidade no Brasil, sobretudo sob o enfoque da necessidade de uma ruptura paradigmática (paradigma retributivo) e da exaltação de um novo paradigma, o restaurativo; paradigma este que pode proporcionar a criação de um novo modelo de justiça criminal, mais próxima de tal Estado que se queira chamar de Democrático, diferentemente do atual cenário.

Para analisar adequadamente o tema, o trabalho foi dividido em três capítulos apartados.

O primeiro volta-se a analisar aspectos gerais do sistema criminal brasileiro, razão pela qual se buscou traçar um panorama com base em quatro pontos fundamentais para a sua elucidação e que podem ser considerados a linha mestra de todo o trabalho: a pena, a prisão, o sistema penal brasileiro e a correspondente crise que vem sendo enfrentada por ele. Por fim, examina a consolidação de um Estado que se possa chamar de punitivo, tal como o brasileiro. Assim, objetivou-se denunciar a realidade da justiça penal brasileira para, em um momento posterior, adentrar ao tema propriamente dito do trabalho. Trata-se, portanto, de análise primeira e absolutamente necessária para a melhor apreensão das propostas que permearão todo o texto.

Além disso, foi preciso ponderar três pontos específicos, mormente quanto à consolidação do Estado punitivo. Em decorrência disso, fixaram-se três circunstâncias que contribuíram (e contribuem ainda hoje) para a identificação de um Estado que se possa chamar de punitivo. A primeira delas diz respeito à manutenção de um Estado que atua, em maior medida, baseado na força policial e na repressão carcerária, semelhante ao sistema estadunidense enunciado por Loïc Wacquant, em que pese se ter consciência das ressalvas que devem ser feitas para

a aplicação da teoria do precitado criminólogo no Brasil. Diante disso, objetivou-se analisar a passagem do chamado Estado-providência para o Estado-penitência.

A segunda circunstância diz com a institucionalização de mecanismos violentos, autoritários e desumanos, especialmente na fase da execução da pena, o que faz transparecer a irracionalidade dos aparelhos repressivos do Estado. Não se trata, mais, de uma forma de poder em consonância com a disciplina, tal como suscitava Michel Foucault. A realidade prisional em *terra brasilis* está absolutamente atrelada à práticas bárbaras, à penalização corporal, com o conseqüente suplício do corpo e penitência da alma, o que viola diretamente os mais básicos dos direitos humanos e fundamentais, inclusive consagrados na Constituição da República de 1988.

Nesse ponto, por derradeiro, a terceira circunstância que contribui para a manutenção do Estado punitivo é a hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal, na medida que cada inovação legislativa parece significar a possibilidade de controlar as massas populacionais indesejadas e indesejáveis, assim como encarcerar cada vez mais, a fim de neutralizar e tirar de circulação aqueles indivíduos seletivamente escolhidos, sem levar em consideração que a edição de novas leis, geralmente mais gravosas, em nada contribui para a contenção da criminalidade.

Para a precisa compreensão da problemática abordada nesse trabalho, o segundo capítulo, ao seu turno, versa sobre a (não) participação da vítima no processo penal brasileiro contemporâneo. Isto é, buscar-se-á, inicialmente, verificar como o Estado se apropriou do conflito havido entre vítima e ofensor e, diante disso, como foi criada uma “superparte”, o Estado. Abordar-se-á, brevemente, posições doutrinárias quanto à (des)necessidade de devolver à vítima o seu direito expropriado e a possibilidade dela participar mais efetivamente do processo em que se discute o caso penal do qual faz parte.

Em seguida, passa-se a analisar a chamada “parte civil”, recentemente suscitada no Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal nº 156/2009, que pretende a reforma global do atual Código de Processo Penal. Nesse ponto, analisar-se-á as disposições do precitado Projeto de Lei, bem como se verificará como a parte civil pode contribuir para a manutenção do autoritarismo e do Estado punitivo brasileiro, por meio da imposição do referido “instituto” para o acusado. Por fim, far-se-á uma breve análise sobre a marca economicista do processo penal

brasileiro, que será reforçada com a aprovação da novel legislação, inclusive das disposições que dizem respeito à parte civil.

Ademais, ainda no segundo capítulo interessa avaliar a chamada justiça negocial, levada a efeito por meio da criação dos Juizados Especiais Criminais, instituídos pela Lei nº 9.099/95. Dentro dessa perspectiva, a vítima foi colocada no balcão (ou nas prateleiras) da justiça negocial e lá permaneceu, esquecida e sem maior importância.

Para demonstrar como isso ocorreu, analisar-se-á algumas das formas de transacionar sobre a pena, seja através da chamada composição dos danos civis ou da transação penal, ambas previstas na Lei nº 9.099/95 ou, ainda, por meio da denominada delação (colaboração) premiada. Vale esclarecer, todavia, que o principal objetivo dessa seção é demonstrar o papel que a vítima (não) assume no processo penal contemporâneo e a relevância que ela tem para a solução dos casos penais, à luz do ordenamento jurídico pátrio vigente; não se trata de exaurir a matéria quanto aos modos de levar a efeito a justiça negocial, tendo em vista que eles servem, tão só, de argumento para se sustentar o papel da vítima.

Com isso, será possível averiguar algumas das contradições dos juizados especiais criminais e o modo como elas fazem transparecer a manutenção do autoritarismo e do punitivismo que caracterizam o atual sistema criminal brasileiro.

Após as análises suscitadas, buscar-se-á demonstrar, ainda no segundo capítulo, a necessidade de se implementar práticas complementares as já existentes, de modo que elas possam contribuir para a solução dos casos penais de uma forma mais humanizadora, menos cruel e sem eficácia, tal como a maioria dos métodos de solução de conflitos levados a efeito atualmente, tanto do sistema de justiça penal tradicional, quanto dos juizados especiais. Isto é, pretende-se suscitar e lançar luzes sobre novos caminhos capazes de promover a efetivação da cidadania e democratização da justiça.

Por derradeiro, o terceiro capítulo trata do tema propriamente dito, após o exame necessário do contido nos capítulos anteriores, no qual far-se-á, inicialmente, uma aproximação conceitual da chamada justiça restaurativa, levando-se em consideração sua abertura e polissemia e as críticas daí advindas. Após ilustrado(s) o(s) conceito(s) de justiça restaurativa, pretende-se promover breves delineamentos históricos sobre ela, especificadamente sobre a influência da vitimologia e das correntes abolicionistas para a construção teórica das práticas restaurativas.

Em seguida, passa-se à análise da justiça restaurativa como alternativa ao paradigma punitivo retributivo que, ao que tudo indica, parece ser uma das marcas características do atual sistema de justiça penal. Nesse ponto, optou-se pela mediação penal como pilar de sustentação do novel paradigma restaurativista, por se entender que ela é a prática restaurativa que melhor concretiza os valores e ideais restaurativos, sem prejuízo das demais práticas que porventura possam ser colocadas em prática.

Diante disso, pretendeu-se realizar uma aproximação conceitual em relação à chamada mediação penal, assim como uma análise sobre as implicações dela decorrentes, relevando as suas principais características, requisitos e o modo como é colocada em prática.

Buscar-se-á ainda esclarecer como a mediação penal e a justiça restaurativa podem contribuir para a superação do paradigma punitivo retribucionista. Tal empreitada parece só ser possível quando há a efetivação dos princípios restaurativos que, por sua vez, encontram sua efetivação máxima na mediação penal e que, por isso, parece ser a via mais adequada para sustentar o novo paradigma, na medida em que ela é a modalidade de justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo pelas partes.

Em razão disso, optou-se por analisar a importância do tripé vítima-ofensor-comunidade para a mediação penal, na medida em que o processo restaurativo se caracteriza por estar assentado na intersubjetividade, assim como um processo de discussão e integração social; logo, o diálogo estabelecido entre a vítima, o ofensor e a comunidade, com o intermédio do mediador, parece constituir princípio fundamental da justiça restaurativa, do qual todos os demais irão decorrer ou, ao menos, se interrelacionar.

Após a construção de base teórica, passar-se-á, ainda na terceira seção, à análise das experiências e projetos de justiça restaurativa já implementados no Brasil, dentre os quais ganham destaque os desenvolvidos nos municípios de Porto Alegre/RS, Bandeirante/DF e São Caetano do Sul/SP. Tais exemplos são capazes de demonstrar, numericamente, que os projetos já implementados alcançaram os objetivos inicialmente estipulados, em que pese as dificuldades e obstáculos encontrados frente ao sistema de justiça penal tradicional.

Por fim, frente à existência de um projeto de lei em trâmite no Congresso Nacional que pretende institucionalizar a justiça restaurativa no Brasil, optou-se por

analisá-lo e, enfim, tecer alguns comentários críticos sobre a sua viabilidade para efetivar os objetivos fixados por este novo paradigma para solução dos casos penais.

Como acima demonstrado, o trabalho visa à exposição sistemática dos ideários essenciais a propósito da Justiça Restaurativa e do paradigma de justiça criminal que lhe ampara. Na dissertação, não há a pretensão *lege ferenda* de propor processos e procedimentos no que toca às práticas restaurativas, mas se objetiva, isto sim, expor de modo coeso a necessidade de mudança paradigmática que perpassa o sistema de justiça criminal brasileiro.

2 PANORAMA DO ATUAL SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO

“... ainda que o próprio Deus ditasse as leis, ainda que os juízes fossem santos (...), ainda assim o direito – e o direito penal em particular – seria um instrumento de desigualdade. Porque a igualdade formal ou jurídica não anula a desigualdade material que lhe subjaz. O direito penal, em especial, sob a ilusória aparência da igualdade é, por excelência, um veículo de afirmação e reprodução de desigualdades sociais reais, pois a ficção da igualdade rui ante a desigualdade substancial...”²

2.1 SOBRE A PENA: UMA (DES) RAZOÁVEL QUANTIDADE DE PENA

Sabe-se que situações conflitivas ou problemáticas, como as que se manifestam por meio de condutas tipificadas como crimes, são capazes de gerar diferentes reações nas pessoas. Para exemplificar tal assertiva e melhor compreendê-la, Louk Hulsman contou uma parábola que, posteriormente, foi relembada por Maria Lúcia Karam³. Eis a narrativa:

Cinco estudantes moram juntos. Em dado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a quebra, quebrando também alguns pratos. Como irão reagir seus companheiros? Nenhum deles ficará contente, é claro. Mas, cada um, analisando o fato à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente.⁴

Sobre o fato, conta Louk Hulsman que o estudante número 2 ficou furioso e declarou não poder mais conviver com o primeiro, o causador do dano, motivo pelo qual entendeu que seria necessário expulsá-lo da casa. O estudante número 3, por sua vez, entendeu que o estudante número 1 deveria comprar um novo televisor, assim como novos pratos, devendo pagar por aquilo que causou. O estudante número 4, diferentemente dos demais, exaltou-se e disse “ele está seriamente doente; é preciso procurar um médico, fazer com que ele seja examinado por um psiquiatra, etc...”. Por fim, o último estudante, de número 5, murmurou algo bastante distinto dos demais; segundo ele, os estudantes pensavam que se entendiam

² QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos de um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 30.

³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 171-72.

⁴ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penis perdues**: Le système penal en question. Paris: Le Centurion, 1982, p. 114-15.

minimamente, “mas alguma coisa não funcionou bem em nossa comunidade, para que um tal gesto tenha sido possível... Façamos todos juntos um exame de consciência”.⁵

Em meio a essa parábola, em que as pessoas diretamente envolvidas no conflito são capazes de se manifestar e, racionalmente, discutir e manejar aspectos e soluções para o caso, pode-se verificar que há diversas reações possíveis quando se está diante de um crime, mormente em termos de punição, haveria quatro estilos: o punitivo, o compensatório, o terapêutico e o conciliador. Para além da reação punitiva, tal como a do estudante de número 2, surgem outros meios e/ou estilos de controle e outras medidas que possam dar conta do crime e dos seus efeitos, com diferentes naturezas, sejam elas educativas, assistenciais ou, ainda, reparatórias.

Ocorre que, quando há um caso penal e, por consequência, a intervenção do sistema penal com a subsequente criminalização de condutas, sobrevém a transferência da solução do conflito para o âmbito do Estado e, com isso, tende a prevalecer o estilo punitivo, com a decorrente exclusão dos demais estilos (compensatório, terapêutico e conciliador). Prevalece, assim, no mais das vezes (e como regra), o controle por meio da reação punitiva⁶. Logo, pode-se dizer que a pena passa a ser “o instrumento essencial e característico da lei penal, que lhe dá seu caráter diferencial, delimitador do âmbito do Direito Penal”.⁷

Isso porque o Estado tal como concebido pela tese contratualista deve assegurar a convivência harmônica dos cidadãos por meio do exercício de seus poderes, dentre eles o punitivo. Ademais, não se pode negar que a resolução do caso penal através da aplicação da pena é a solução menos trabalhosa, se comparada com a compensatória, terapêutica ou conciliadora.

Diversos são os mecanismos ideológicos utilizados para fundamentar e legitimar tal instrumento: a pena. Eles possuem duas ideias básicas que são

⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penis perdures**: Le système penal en question. Paris: Le Centurion, 1982, p. 114-15.

⁶ A esse respeito, interessante é o exemplo descrito por Eugenio Raúl Zaffaroni: “Imaginemos que um menino quebre uma vidraça na escola com os pés. A direção pode chamar o pai do pequeno energúmeno para que pague a vidraça, pode mandá-lo ao psicopedagogo para ver o que está acontecendo com a criança, também pode sentar-se e conversar com o pequeno para averiguar se alguma coisa lhe faz mal e o irrita. São três formas de modelos não punitivos: reparador, terapêutico e conciliatório. Os três modelos podem ser aplicados porque não se excluem. Em compensação, se o diretor decide que a quebra da vidraça afeta sua autoridade e aplica o modelo punitivo expulsando o menino, nenhum dos outros pode ser aplicado.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 20.)

⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 172-73.

justamente a retribuição e a prevenção, responsáveis por produzir algumas teorias sobre a pena, na tentativa de fundamentá-la e legitimá-la. O estudo dessas teorias da pena, tradicionalmente classificadas como absolutas, relativas e mistas, são os únicos capazes de responder à indagação considerada como uma das mais importantes não só no direito penal mas, também, na teoria política: por que punir?

Tal como denunciou Salo de Carvalho, as manifestações sobre as teorias da pena pressupõem a existência e a necessidade de uma sanção penal, o que acaba por excluir do universo acadêmico respostas negativas; logo, tem-se como ponto de partida a resposta positiva à pergunta punir ou não punir aquele que pratica um crime. A aceitação que se fez referência anteriormente, porém, isola a possibilidade de reflexão sobre alternativas externas ao sistema punitivo, assim como retira de análise as teorias críticas da pena.⁸

Como dito, as teorias são classificadas como absolutas⁹, relativas que, por sua vez, podem ser divididas entre prevenção geral, negativa¹⁰ ou positiva¹¹, e prevenção especial, que também pode ser negativa¹² ou positiva¹³ e, ainda, têm-se as teorias mistas.

⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 20058, p. 125.

⁹ Por todos, v. Claus Roxin, para quem “Se habla aquí de una teoría “absoluta” porque para ella el fin de la pena es Independiente, ‘desvinculado’ de su efecto social (lat. *absolutus* = desvinculado). La concepción de la pena como retribución compensatória realmente ya es conocida desde la antigüedad y permanece viva en la conciencia de los profanos con una cierta naturalidad: la pena debe ser justa y eso presupone que se corresponda en su duración e intensidad con la gravedad del delito, que lo compense. Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión: ojo por ojo, diente por diente.”. (ROXIN, Claus. **Derecho penal: fundamentos**. La estructura de la teoría del delito. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001, p. 82.)

¹⁰ Por todos, v. Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem “La prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo. Con este discurso, la criminalización asumiría una función utilitária, libre de toda consideración ética y, por tanto, su medida debiera ser la necesaria para intimidar a los que puedan sentir la tentación de cometer delitos, aunque la doctrina ha puesto límites más o menos arbitrarios a esta medida.”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 57.)

¹¹ Por todos, v. Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem “la criminalización se fundaría en su efecto positivo sobre los no criminalizados, pero no para disuadirlos mediante la intimidación, sino como valor simbólico productor de consenso y, por ende, *reforzador de su confianza en el sistema social en general (y en el sistema penal en particular)*.”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 60.)

¹² Por todos, v. Jorge de Figueiredo Dias, para quem, “Para uns, a ‘correção’ dos delinquentes seria uma utopia, pelo que a prevenção especial só poderia dirigir-se à sua intimidação individual: a pena visaria, em definitivo, atemorizar o delinquente até um ponto em que ele não repetiria no futuro a prática de crimes. Enquanto para outros a prevenção especial lograria alcançar um efeito de pura defesa social através da separação ou segregação do delinquente, assim procurando atingir-se a neutralização da sua periculosidade social. Bem podendo então falar-se, em qualquer destas hipóteses, de uma prevenção especial negativa ou de neutralização”. (DIAS, Jorge

Enquanto as teorias absolutas surgiram com a finalidade de sustentar a pena como justificação em si mesma, baseada na ideia de retribuição, de castigo, de compensação do mal derivado da infração; as teorias relativas nasceram com o objetivo de conceber a pena como um meio para obtenção de fins ulteriores, a partir de um critério de cunho utilitarista, porém, devidamente alinhado com o objetivo do controle social.

Mais especificadamente, nas teorias relativas da prevenção geral se busca justificar a pena a partir de sua atuação sobre os membros da comunidade jurídica que ainda não são considerados delinquentes, ou seja, visa-se imprimir efeitos dissuasórios, de intimidação e de coação psicológica para que os indivíduos não se tornem futuros criminosos, o que se faz por meio da ameaça da própria pena e da efetiva aplicação sobre aqueles que agirem em desacordo com a lei.

Por outro lado, as teorias relativas de prevenção especial se caracterizam por incidirem diretamente sobre os indivíduos já qualificados como delinquentes e, por meio delas, obstaculizar-se a prática de novos crimes. Nesses casos, pugna-se pela correção ou ressocialização ou, ainda, pela própria intimidação ou segregação do oportuno indivíduo.¹⁴

As teorias mistas, a seu turno, têm como ponto de partida as teorias absolutas; elas procuram, todavia, cobrir as suas falhas com elementos decorrentes das teorias relativas, “apontando a impraticabilidade da retribuição com todas suas

de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 54.)

¹³ Por todos, v. Jorge de Figueiredo Dias, para quem, “Em definitivo, do que deve tratar-se no efeito de prevenção especial é, bem mais modestamente, de – com respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções sobre a vida e o mundo, pela sua posição própria face aos juízos de valor do ordenamento jurídico – criar as condições necessárias para que ele possa, no futuro, continuar a viver a sua vida sem cometer crimes. Neste último sentido se podendo afirmar com justeza que a finalidade preventivo-especial da pena se traduz – e se traduz só – na ‘prevenção da reincidência’. Todas essas doutrinas se irmanam, todavia, no propósito de lograr a *reinserção social*, a *ressocialização* (ou talvez melhor: a *inserção social*, a *socialização*, porque pode tratar-se de alguém que foi desde sempre um dessocializado) do delinquente e merecem, nesta medida, que elas se considerem como doutrinas da prevenção especial positiva ou de socialização.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 55.)

¹⁴ Nesse sentido, v. Kai Ambos, para quem “a teoria da prevenção especial aspira obter um efeito preventivo por meio da influência que se exerce sobre o delinquente em três estágios distintos. Por meio da pena, deve-se proteger a comunidade do delinquente; dissuadir o delinquente de cometer novos delitos; e, durante o processo de execução penal, ressocializar o delinquente em termos tais que permita evitar sua reincidência.” (AMBOS, Kai. **Direito penal**: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos. Trad. Pablo Rodrigo Alfien da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006, p. 30.)

consequências, sem contudo aderir totalmente à prevenção. Traduziria as teorias mistas, a grosso modo, a ideia de prevenção geral, mediante a retribuição justa”¹⁵.

O fato é que todas as teorias constituem, invariavelmente, uma tentativa de fundamentar a pena e “esconder a profunda crise de legitimação, que atravessam o Direito e o sistema penal”, o que acaba por fundamentar, por outro lado, os movimentos de expansão da reação punitiva, “enquanto forma de manutenção e reprodução da realidade social, de coesão e sobrevivência de uma dada organização política, social e econômica”.¹⁶

Apenas a título exemplificativo, tal como fez constar Maria Lúcia Karam, a história demonstra que a função de prevenção geral negativa nunca funcionou e nunca vai funcionar. Pelo contrário, a ameaça proveniente das normas penais não evitou (e nunca vai evitar) a prática de delitos ou a formação de situações problemáticas ou conflituosas; inversamente, ter-se-á uma multiplicação e uma sofisticação de tais situações, tendo em vista que o cometimento de crimes não possui nenhuma relação com o número de pessoas punidas, nem mesmo com a intensidade das penas impostas.¹⁷

Na verdade, a ideia de prevenção geral negativa, assim como a proposta de prevenção geral positiva, é bastante deficiente, pois desloca o indivíduo da sua posição de sujeito (e fim de seu próprio mundo) e o coloca como objeto de abstrações normativas, além de instrumento de funções sociais, como de legitimação do papel estatal.

Paralelamente a isso, vê-se a cada dia o renascimento do retribucionismo, decorrente de diversos fatores. Alguns deles, porém, possuem influência direta para que isso ocorra, tal como as manipulações de sentimento de insegurança e medo, em grande medida impulsionados pela mídia e pelos meios de comunicação¹⁸, além

¹⁵ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 174.

¹⁶ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 175.

¹⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 175.

¹⁸ Sobre o tema, refere Maria Lúcia Karam que “os habitantes do mundo pós-moderno já se acostumaram a apreender o real através da intermediação midiática, já se acostumaram a troca as experiências diretas da realidade pelas experiências do espetáculo da realidade, a trocar até mesmo sua identificação, sua comunicação e muitos de seus afetos por vivências transmitidas e emoções formadas pela televisão, pelas revistas, pelos jornais. As condutas criminalizadas passam a ser, assim, apreendidas através deste espetáculo da realidade, que se torna mais próximo do que a própria realidade, dando àquelas condutas uma dimensão fantasiosa e artificialmente criadora de pânico e histerias, alimentadores da demanda de maior repressão.” (KARAM, Maria Lúcia. *Pela abolição do sistema penal*. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 77-78.)

da identificação da ideia de violência com a noção de criminalidade ser determinante para conduzir e (re)criar reações emocionais de desejo de castigo e punição.

Todavia, a irracionalidade da pena retributiva é manifesta, por um lado porque é incapaz de esclarecer as razões pelas quais seria necessário compensar um mal com outro mal semelhante, de outro porque, ao que tudo indica, é mais lógico reparar o dano material (e até mesmo o moral) causado pela infração e, com isso, integrar as pessoas que foram diretamente envolvidas em situações problemáticas e, com isso, fortalecer o senso de comunidade.

Afinal, como é possível fazer da pena retributiva uma pena justa numa sociedade sem justiça distributiva? E ainda, questiona-se: por qual razão os indivíduos desprovidos das necessidades e dos direitos mais básicos estariam obrigados a respeitar as leis? Sem dúvida, quando se fala de pena retributiva se está a falar de uma falácia há tempos já exaustivamente denunciada.

Nesse sentido, Eugenio Raúl Zaffaroni, ao lembrar as objeções às propostas retribucionistas originárias, discorreu sobre a “fuga para o retribucionismo” e demonstrou a igual fragilidade do novo refúgio de tal corrente absolutista. A partir disso, apontou a ilegitimidade da pena e fez constar que a punição não alcança todos os violadores do direito, assim como discorreu sobre a desigualdade da distribuição dos espaços sociais.¹⁹

Em relação às teorias relativas de prevenção especial, de acordo com Maria Lúcia Karam, “sua inviabilidade é evidente, num sistema repressivo, que faz da prisão o seu centro”²⁰. Sobre tais teorias, para Salo de Carvalho, a reunião de abordagens críticas pode ser apresentada em dois planos: o do ponto de vista jurídico normativo e do ponto de vista criminológico. O primeiro, diz respeito aos fundamentos da prevenção especial positiva e à inadequação de seus postulados frente à estrutura do direito penal de garantias que marcam a maioria das Constituições nas democracias ocidentais; o segundo plano, por outro lado, demonstra a incapacidade do modelo correcionalista e os obstáculos encontrados pelas instituições carcerárias em preservar, ainda que minimamente, os direitos humanos dos condenados e, assim, cumprirem a finalidade ressocializadora²¹.

¹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 81-83.

²⁰ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 177.

²¹ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 80.

Nesse passo, também é o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem a execução penal não ressocializa, nem mesmo cumpre suas funções; nas palavras do autor:

Sabemos que la ejecución penal no ressocializa ni cumple ninguna de las funciones “re” que se la han inventado (“re” – socialización, personalización, individualización, educación, inserción, etc.), que todo eso es mentira y que pretender enseñarle a um hombre a vivir en sociedade mediante el encierro es, como disse Carlos Elbert, algo tan absurdo como pretender entrenar a alguien para jugar futebol dentro de un ascensor.²²

Diante disso, ainda fazendo coro com Maria Lúcia Karam, pode-se dizer que as tradicionais teorias absolutas, relativas e mistas são marcadas pelo irracionalismo que demonstra suas pretensões fundamentadoras da pena, tendo em vista que a resposta penal só se concretiza em um número absolutamente restrito dos casos (conhecidos e registrados) em que a lei é violada, o que, sem dúvida, acaba por comprometer as pretensões generalizadoras das teorias.²³

A pena é um ato violento, premeditado e meticulosamente preparado, ao contrário da própria violência que, geralmente, é movida pela impulsão e de modo ocasional. Conforme denuncia Aury Lopes Jr., trata-se da “violência organizada por muitos contra um.”²⁴

Com isso, a pena pode se caracterizar como um instrumento inidôneo para solucionar conflitos, o que a distingue das demais sanções jurídicas, as quais, ao menos abstratamente, aparentam ser uma efetiva forma de resolver conflitos. A sanção que se constitui na pena é, sem dúvida, a mais dura e violenta de todas as intervenções estatais sobre a liberdade individual; ademais, é ela que distingue o direito penal dos demais ramos do direito que, como se sabe, também possuem proibições ou mandatos destinados a controlar os fatos que são considerados indesejáveis ou as situações conflituosas.²⁵

Atualmente se tem pouca dúvida de que, tal como alertou Maria Lúcia Karam, todas as teorias legitimadoras, fundadas nas irrealizáveis ideias de retribuição e prevenção, “servem para esconder o fato de que a pena, na realidade,

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **El sistema penal en los países de América Latina**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 223.

²³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 178.

²⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 64.

²⁵ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 79.

só se explica – e só pode se explicar – em sua função simbólica de manifestação do poder”, assim como na sua finalidade não divulgada de manutenção e reprodução deste mesmo poder.²⁶

Enfim, trata-se de um “sofrimento órfão de racionalidade”, na medida em que busca encontrar algum sentido e não o encontra, pelo simples fato de não tê-lo verdadeiramente; ela serve, tão só, para propalar a manifestação do poder.²⁷

2.2 A NÃO SUPERADA OBVIEDADE DA PENA DE PRISÃO

Através dos ensinamentos de Michel Foucault, tem-se consciência de que a forma *prisão* “se constituiu fora do aparelho judiciário, quando se elaboraram, por todo corpo social, os processos para repartir os indivíduos, fixá-los e distribuí-los espacialmente, classificá-los, tirar deles o máximo de tempo, e o máximo de forças”, além de promover o treinamento dos seus corpos, a codificação do seu comportamento contínuo e a manutenção numa visibilidade sem lacuna. Além disso, objetivava-se formar em torno deles um aparelho completo de observação, registro e notações, a fim de se constituir sobre eles um saber que se acumula e centraliza²⁸.

Assim, de acordo com Clara Roman Borges, é possível afirmar que o surgimento da prisão apenas traduziu a exigência de uma aparelhagem disciplinar que se expandiu por todo corpo social a partir do século XVII, com a finalidade de tornar os corpos dóceis e úteis ao emergente capitalismo industrial. Todavia, apenas no final do século XVIII e início do século XIX que houve previsão legal da prisão como penalidade de detenção, momento em que tal poder disciplinar se apropriou da instituição judiciária²⁹.

Segundo a autora, levando em consideração que a disciplina do corpo era algo tão comum, “a prisão como castigo previsto em lei para as condutas mais

²⁶ KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 82.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989, p. 210.

²⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramalhe. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 207.

²⁹ BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 175-76.

graves assumiu um caráter de obviedade”³⁰. Para Michel Foucault, desde o início do século XIX todos pareciam convencidos de que a prisão era a única alternativa para o sistema punitivo, quase que como uma imposição à humanidade pelo movimento da história; segundo ele,

E se, um pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa quando não inútil. E, entretanto, não vemos o que pôr em seu lugar. Ela é detestável solução, de que não se pode abrir mão.³¹

Para ele, a banalização da prisão encontra duplo fundamento: a um, de ordem jurídico-econômica e, a dois, de ordem técnico-disciplinar. Conforme lembra Clara Roman Borges, o primeiro remete ao fato de que a prisão é idealizada como um castigo igualitário, ao passo que priva o cidadão da liberdade, que pode ser considerado o único bem comum a todos, diferentemente do que ocorre, por exemplo, com a multa, que varia de acordo com o patrimônio de cada um. Sob essa perspectiva, a pena de prisão acaba por estabelecer uma espécie de economia do poder punitivo, exercido na exata medida da reparação do dano decorrente da prática do delito. Segundo a autora, tal pensamento pode ser aplicado atualmente, na medida em que “a prisão continua a ser aceita como forma de reparar à violação ao pacto, mas agora não mais daquele criador do Estado, mas daquele que transferiu ao Mercado o controle e a proteção dos indivíduos, ou melhor, dos consumidores”.³²

O segundo fundamento, por outro lado, tem como escopo o entendimento de que a prisão é o único meio de transformar o comportamento dos criminosos, já que reproduz, de forma mais acentuada, os mecanismos de treinamento, confinamento e docilização que se encontram espalhados por todo corpo social. Ao analisar os textos foucaultianos, para Clara Roman Borges, a única distinção encontrada entre a normalização imposta pela prisão e aquela produzida pelos mecanismos da própria sociedade é quantitativa, tendo em vista que a disciplina das prisões parece ser,

³⁰ BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 176.

³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994, p. 208.

³² BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 176-77.

sempre, “incessante, despótica e visa à correção sem lacunas do indivíduo anormal”³³.

Para além disso, em sua obra *Vigiar e Punir*, Michel Foucault fez uma afirmação, indicadora de uma inquietação que, ainda hoje, persiste quando se busca problematizar a prisão e os encarceramentos. Segundo ele, “há um século e meio que a prisão vem sendo dada como seu próprio remédio; a reativação das técnicas penitenciárias como a única maneira de reparar seu fracasso permanente; a realização do projeto corretivo como único método para superar a impossibilidade de torná-lo realidade”.³⁴

A partir dessa inquietação inicialmente firmada por Michel Foucault, questionamentos diversos sobre como a prisão persiste até hoje são rotineiros, levando-se em consideração, especialmente, o fato de ser possível o seu fim. Todavia, mesmo sendo alvo de críticas de intelectuais dos mais diversos ramos, tais como advogados, sociólogos, políticos, jornalistas, psicólogos, dentre outros, a prisão permanece sendo uma “máquina de moer carnes”, absolutamente desumanizadora e irracional. Enfim, mesmo se sabendo que ela é desumana, não recupera o ofensor, que é uma “faculdade do crime”, que está superlotada, a questão que fica é: por qual razão ela permanece intacta e se faz, cada vez mais, uso dela para impor dor e sofrimento aos indivíduos?

Para refletir sobre a questão, é preciso, porém, entender os fundamentos pelos quais a prisão se mantém impávida até hoje. Mais do que isso, é preciso seguir a sugestão de Louk Hulsman³⁵ para se compreender o sofrimento órfão de racionalidade que atinge dimensões extremas e que se concretiza num sistema punitivo, que tem a prisão como a sua instituição primordial.

Desde Foucault, a prisão não devia ser considerada meramente como um prédio ou uma instituição destinada a castigar e corrigir aqueles que são considerados desviantes. Mais do que isso, a prisão devia ser encarada como uma questão de política que tem como finalidade eliminar e tirar de circulação o “lixo da sociedade”; para isso, porém, é necessário que ela opere uma lógica de reinserção “desses sujeitos edificadas como anormais por meio da construção do delinquente

³³ BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 178.

³⁴ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 223.

³⁵ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penis perdures**: Le système penal en question. Paris: Le Centurion, 1982, p. 63-66.

para operacionalização do regime dos ilegalismos que retroalimenta a prisão e o exercício legal de punir e corrigir”³⁶.

De acordo com Massimo Pavarini, em entrevista concedida ao Periódico Folha de São Paulo, “o cárcere parecia um invento bom no final de 1.700, quando foi criado, mas hoje não demonstra mais êxito positivo”, isto é, a possibilidade de o Estado justificar a pena privativa de liberdade. Para ele, sempre há quem defenda que o direito penal tem quatro finalidades: “serve para educar, produzir medo, neutralizar os mais perigosos e tem uma função simbólica, no sentido de falar para as pessoas honestas o que é o bem, o que é o mal e castigar o mal”. Ocorre que, segundo Massimo Pavarini, diversas pesquisas foram realizadas com o intuito de investigar tais finalidades e, todas elas, dizem que não existem provas de que a prisão efetivamente seja capaz de reabilitar, no Brasil e em todos os lugares do mundo.³⁷

Para o precitado criminólogo, as prisões já não mais produzem medo suficientemente para limitar a criminalidade e o direito penal fracassou em todas as suas finalidades. Na mesma oportunidade, afirmou que o Estado neoliberal não pensa mais em ressocializar o preso; ao contrário, “o cárcere tem o papel de neutralizar seletivamente quem comete crimes” o que, sem dúvida, pode significar o fim do Estado de Direito.³⁸

Logo, não se pode sustentar, ainda hoje, que a prisão é capaz de reabilitar os ditos criminosos. Tal como sustentou Massimo Pavarini, “a prisão não funciona nos EUA, na Europa, nem na América Latina. Nada funciona se você pensa que a prisão pode reabilitar”. Para ele, o papel mais importante do cárcere é o de neutralizar seletivamente aqueles que cometem crimes. Tão só.³⁹

Nesse sentido também se manifestou Eugenio Raúl Zaffaroni, para quem a ressocialização, mediante “tratamento” nas “instituições totais” (tais como as prisões e os manicômios) enseja inevitável deterioração psíquica, às vezes irreversível; em

³⁶ AUGUSTO, Acácio. Para além da prisão-prédio: as periferias como campo de concentração a céu aberto. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 176.

³⁷ PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

³⁸ PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

³⁹ PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

outro nível, isso é capaz de evidenciar que o “tratamento” parece ser um produto de justificação ideológica.⁴⁰

O mecanismo mais conhecido dentre as técnicas corretivas da detenção penal é, sem dúvida, o isolamento do indivíduo que consiste no seu afastamento físico do corpo social e, também, no seu afastamento moral e psicológico. Devido à gravidade de tal medida, observa-se um rompimento quase que total com o mundo exterior e, como consequência, com os motivos que levaram o indivíduo à prática de determinado fato tido como criminoso. O fato é que, e disso não se duvida, o indivíduo em situações tão precárias não consegue refletir, genuinamente, sobre o que fez. Por vezes, até encontra justificativas por ter cometido o crime. Logo, não se pode concordar com aqueles que sustentam que a prisão tem o fito de transformar o comportamento humano. Ela não transforma. Ela neutraliza, de modo seletivo, os indivíduos.

Ademais, pactua-se da posição de que se iludem aqueles que acreditam que mais prisões promovem mais segurança e ensejam uma diminuição na criminalidade⁴¹. Tal como denunciou Massimo Pavarini, “mais cárceres significam mais presos”, pois a existência de mais cárceres significa a implementação de mais castigos e um incremento numérico da população presa. Por isso, muitos países promovem moratórias, isto é, tomam a decisão de não construir mais presídios⁴².

Assim, ainda que desponham alternativas ao cárcere e ao progressivo encarceramento em massa (e das massas), não se pode negar que a prisão permanece sendo considerada o meio mais eficaz à neutralização dos indivíduos seletivamente escolhidos, especialmente aqueles que causem distorções na ordem imposta pelo Mercado.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

⁴¹ Nesse sentido é o entendimento de Lola Aniyar de Castro para quem “sabe-se, efetivamente, que a construção de novas prisões, proposta recorrente e excessiva, feita sempre que as populações internas transbordam, não reduz a superlotação. Ao contrário: mais espaço disponível tem como resultado mais confinamento.” (CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 91-92.)

⁴² PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

É por isso que se pode dizer que “se as prisões do século XVIII e XIX foram projetadas como fábricas de disciplina”, tal como nos alertou Michel Foucault em *Vigiar e Punir*, hoje, as prisões, “são planejadas como fábricas de exclusão”.⁴³

Além disso, de acordo com Vera Malaguti Batista, a prisão deve ser vista como uma instituição fora-da-lei: “devendo dar remédio à insegurança e à precariedade, ela não faz senão concentrá-las e intensificá-las, mas na medida em que as torna invisíveis, nada mais lhe é exigido”⁴⁴.

No Brasil, assim como na maioria dos países da América Latina, as condições mais básicas de sobrevivência nas prisões são inexistentes, sem se esquecer do permanente descumprimento das constituições, das leis, convenções e regras internacionais, assim como da evidente irregularidade institucional. O sistema penitenciário como um todo pode ser considerado um barril de pólvora prestes a explodir, na medida em que os presos não parecem estar dispostos mais a resistir calados às humilhações e violações diariamente perpetradas.⁴⁵

É por isso que, há quem sustente que as rebeliões são atualmente o último grande direito dos encarcerados, o único plano publicitário permitido ao fosso social. A única atividade propiciada pelas prisões para a sobrevivência dos encarcerados é a formalização de grupos de poder, a escolha de lideranças e a construção de “clones societários no meio do efeito tumoral da reclusão que impede a reprodução exata da sociedade exterior”.⁴⁶

O sonho mais sonhado nas prisões (talvez por que seja o único) é o da liberdade, o de começar a contagem regressiva para o momento de sair, o de deixar para trás o cheiro fétido dos pátios e das celas, o de deixar de dormir no chão (quando se dorme) ou de ter que fazer revezamento da dormir por algumas horas, o de ter que negociar pequenos prazeres, de algo para melhor para comer ou para fumar.⁴⁷

⁴³ BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 8.

⁴⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 15.

⁴⁵ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 89.

⁴⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 89.

⁴⁷ A esse respeito, Leonardo Sica fez constar que “a prisão é instituição total que, por definição, destrói aqueles que lhe são confinados. Mais ou menos suja, mais ou menos lotada, a

Isso tudo levou a que hoje se fale abertamente sobre o “fracasso da prisão”, assim como da franca crise da “ideologia do tratamento”⁴⁸, mesmo nos países que realmente se quis realizá-la,⁴⁹ na medida em que para além de atingir somente o preso, a prisão produz efeitos que se espraiam por toda a sociedade: ela “orfana filhos de pais vivos; enviúva a esposa do marido combalido; prejudica o credor do preso tornado insolvente”, além de desadaptar o encarcerado à sociedade, suscitar graves conflitos de índole sexual e onerar o Estado, cada vez mais.⁵⁰

2.3 A “CRISE” DO SISTEMA PENAL E A REALIDADE DA JUSTIÇA PENAL BRASILEIRA

“Podemos pensar o sistema penal como ambiente propício para massacres, no qual, inexoravelmente, aparecem as larvas, mas a analogia seria falsa. As larvas não são entes estranhos ao sistema penal, mas sim parte integrante dele. São como esses germes que existem no organismo, mas que não incomodam até que se desenvolvam de forma desequilibrada. Pois bem: a vingança está no sistema penal, é a essência do poder punitivo, não é, de modo algum, alheia a ele. A questão é contê-la e obstruir-lhe a provisão de nutrientes que lhe permitem se desenvolver e chegar a romper os limites de contenção que o poder jurídico lhe vai impondo.”⁵¹

prisão sempre será um depósito de indesejados e ignorados, indústria do crime” e, em decorrência disso, propõe que é preciso prender menos, até mesmo para “ousar pensar num outro mundo melhor, cujo esboço inicial seria a moratória da pena de prisão. Durante um ano, ficaria proibido o ingresso de qualquer pessoa numa prisão” e “talvez assim a sociedade percebesse que a prisão é inútil para os fins a que se propõe e útil em aspectos exatamente opostos: recrudesce a violência, aprofunda as desigualdades sociais, institucionaliza a barbárie e, um dia, afundará a civilização.” (SICA, Leonardo. A solução é prender menos. **Folha de São Paulo**, Editoria Caderno Tendências/Debates, São Paulo, 18.jan.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/01/1399363-leonardo-sica-a-solucao-e-prender-menos.shtml>>. Acesso em: 20.jan.14.)

⁴⁸ O fracasso da pena de prisão, todavia, não é atual. De acordo com Massimo Pavarini e André Giamberardino, pode-se dizer que a prisão é “uma modalidade moderna de punir que nasceu em crise, considerando que já no início do século XIX a crítica penalista sugeria ‘alternativas’ ao cárcere; sem adentrar na questão da origem da falência penitenciária, é possível apontar como o movimento de reforma penal, na metade do século XX, colocou-se intencionalmente a favor de um processo de ‘fuga’ da pena privativa de liberdade.” (PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 126-27.)

⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 68.

⁵⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 439.

⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelara. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 461.

Para que se possa falar sobre a “crise” do sistema penal brasileiro é necessário estabelecer, ainda que sucintamente, uma aproximação conceitual do termo “sistema penal”. Para tanto, faz-se uso do ensinamento de Eugenio Raúl Zaffaroni para quem a ideia de “sistema penal” remete ao controle social punitivo institucionalizado que, usualmente, é compreendido desde a verificação da prática de um delito até o momento que se impõe e executa a pena, tendo como pressuposto, para isso, uma atividade normativa criadora de uma lei capaz de institucionalizar o procedimento, a atuação dos servidores e a definição dos casos e condições necessárias para essa atuação. Essa é a visão adotada pelo precitado autor para conceituar sistema penal, da qual se compartilha; trata-se de um conceito em sentido limitado, englobador da atividade do legislador, assim como dos demais atores do sistema penal, tal como o público, a polícia, os juízes, os promotores e os demais servidores que trabalham na execução penal.⁵²

Levando em consideração essa aproximação conceitual, pode-se referir que há segmentos básicos nos sistemas penais que, atualmente, são o policial, o judicial e o executivo. Tratam-se, na realidade, de grupos humanos convergentes na execução da atividade institucionalizada do sistema e que não atuam estritamente por etapas, na medida em que um segmento pode atuar ou interferir nos demais. Ou seja, tal como esclareceu Eugenio Raúl Zaffaroni, o “judicial pode controlar a execução, o executivo ter a seu cargo a custódia do preso durante o processo, o policial ocupar-se das transferências de presos condenados ou de informar acerca da conduta do liberado condicional”.⁵³

Para além disso, ao se analisar os discursos com que cada um dos segmentos convergentes do sistema penal busca explicar e justificar sua participação, percebe-se que não há uma única ideologia do sistema penal; pelo contrário, ele é marcado por uma pluralidade de ideologias que acabam por acarretar uma multiplicidade de discursos. De acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, o discurso jurídico ou judicial, por exemplo, é geralmente garantidor, cujas bases estão fincadas na retribuição e na ressocialização do agente. Em outro nível, o discurso policial parece ser sempre aparentemente moralizante, enquanto que o penitenciário é, no mais das vezes, terapêutico ou de tratamento. Por outro lado, o discurso

⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 63-64.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 64-65.

judicial se caracteriza por desenvolver a sua própria cultura: “pragmática, legalista, regulamentadora, de mera análise da letra da lei, com clara tendência à burocratização”.⁵⁴

Em decorrência disso, parece bastante clara a separação de funções e a possibilidade de se verificar contradições de discursos e atitudes. Isso não impede, assim, os atritos que porventura possam ocorrer, bem como a imputação mútua de falhas que parece ser permanente, de modo a transparecer a ideia de que o sistema deixa de operar em condições satisfatórias devido às falhas dos outros compartimentos.

Ocorre que, na criminologia de nossos dias, “tornou-se comum a descrição da operacionalidade real dos sistemas penais em termos que nada têm a ver com a forma pela qual os discursos jurídico-penais supõem que eles atuem”, a dizer, estamos diante de uma “realidade” que não existe, além de que o conjunto de órgãos que deveria levar a termo tal programação atua de forma diversa por completo.⁵⁵

É por isso que, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni “a dor e a morte que nossos sistemas penais semeiam estão tão perdidas” de modo que o discurso jurídico-penal não consegue (nem pode) ocultar o seu desbaratamento fazendo uso do seu antigo arsenal de racionalizações reiterativas. Segundo ele, achamo-nos, verdadeiramente, diante de um discurso passível de ser desarmado ao mais leve toque com a realidade.⁵⁶

Pode-se dizer, inclusive, que este discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente falso. É preciso ter em mente, porém, que ele não é falso em razão da má fé de alguns ou de simples conveniência de outros; ele é falso, em boa parte, pela “incapacidade de ser substituído por outro discurso em razão da necessidade de se defenderem os direitos de algumas pessoas”. Mais do que isso, o discurso jurídico-penal é falso e sempre foi e sempre se soube disso; hoje, todavia, não se pode mais sustentar o caráter transitório dessa situação e permanecer

⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 66.

⁵⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

⁵⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

apresentando-o como resultado de simples defeitos conjunturais de nossos sistemas penais.⁵⁷

Eis a razão pela qual o precitado autor afirma que atualmente se tem consciência de que a realidade operacional dos sistemas penais jamais se adequará a planificação do discurso jurídico-penal, na medida em que todos os sistemas possuem características estruturais próprias de exercício de poder que, por fazerem parte da sua essência, não podem ser eliminadas. É o que ocorre, por exemplo, com “a seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias”, típicas características de ordem estrutural do exercício do poder de quaisquer sistemas.⁵⁸

Pode-se dizer, ainda, em concordância com o pensamento de Aury Lopes Jr., que o sistema penal é autofágico, isto é, ele se alimenta de si mesmo. Isso significa dizer que, em um primeiro momento ele exclui o indivíduo por meio de uma seleção programada para, posteriormente, excluí-lo novamente, fazendo com que ele ingresse no sistema penal. Após cumprida a pena, solta-o, em piores condições do que quando entrou. Assim, resta solto, porém estigmatizado, de modo que se faz necessário voltar “às malhas do sistema, para mantê-lo vivo, pois o sistema penal precisa deste alimento para existir”. Trata-se, portanto, de um ciclo vicioso que não encontra fim; pior do que isso, ele só serve para promover a exclusão social e a manutenção da impunidade dos não-excluídos, mas não menos delinquentes.⁵⁹

O fato é que o sistema penal brasileiro, em um significativo número de casos, especialmente nos patrimoniais (que são a maioria dos crimes cometidos no Brasil) promove, verdadeiramente, condições para a criação de uma carreira criminal. Dentre as pessoas originárias das camadas mais humildes da sociedade, por

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 14.

⁵⁸ Eis as palavras do autor: “Hoje, temos consciência de que a realidade operacional de nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se a planificação do discurso jurídico-penal, e de todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais. A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.)

⁵⁹ LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 105.

exemplo, o sistema tem o condão de selecionar aqueles que, após serem condenados pela primeira vez, surgem como bons candidatos a uma segunda criminalização, encaminhando-os ao rol dos desviados e posterior destruição dos indivíduos.⁶⁰

É por isso que, para Vera Malaguti Batista, “os sistemas penais seriam máquinas de ação seletiva, produtoras de estereótipos para as consequências da estratificação social e do poder de criminalização”.⁶¹

Sob outra perspectiva, Maria Lucia Karam afirma que o sistema penal não passa de uma fantasia. Mais do que isso, aponta que a venda do sistema penal, tal como é feita pelo Estado, se amolda perfeitamente à publicidade enganosa e abusiva prevista na Seção III, do Capítulo V, do Título I, do Código de Defesa do Consumidor. Para ela,

Esta criminalização da publicidade enganosa ou abusiva encerra um irônico paradoxo: na verdade, a mais eficaz e perversa venda de um produto, através da omissão de dados essenciais e da divulgação de informações, inteira ou parcialmente falsas, capazes de induzir em erro a respeito da natureza, características, qualidade, origens, propriedades, etc., ou de incitar à violência e explorar o medo, é, exatamente, a “venda” do sistema penal.⁶²

Neste sentido, pode-se concluir que o sistema penal é anunciado como um “produto” destinado a fornecer segurança e tranquilidade à população, por meio da punição dos indivíduos autores de condutas tidas como criminosas; paralelamente a isso, faz-se uma propaganda no sentido de que violência é sinônimo de crime, mediante a utilização de alguns fatos que comovem a sociedade, tais como estupros, sequestros e roubos, sem se atentar (propositalmente) para o fato de que tais crimes, considerados mais gravosos e de grande repercussão, não significam, em termos numéricos, a maioria dos crimes praticados no Brasil.⁶³

Sob esse manto, é possível se afirmar que a publicidade do sistema penal, tal como é realizada, embute na população a falsa ideia de que ele é capaz de reduzir a violência à criminalidade convencional, explora o medo e gera pânico e alarme social, suficientes para demandar mais repressão, mais atuação policial,

⁶⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 69.

⁶¹ BATISTA, Vera Malaguti. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org). **Verso e reverso do controle penal**: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 190.

⁶² KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 195-96.

⁶³ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 196-98.

penas mais rigorosas, tudo isso alimentado pelas chamadas campanhas de lei e ordem.⁶⁴

Sobre o movimento da lei e ordem, Aury Lopes Jr. sustenta que ele, em nome da liberdade, “acaba aprisionando; em nome da ordem pública, sacrifica o individual e estabelece o autoritarismo; em nome da justiça, pratica a exclusão e a intolerância, as mais graves das injustiças.”⁶⁵ Para além disso, as campanhas de lei e ordem manipulam emoções a fim de se produzir e generalizar indignação moral em desfavor daqueles que são identificados como criminosos, de modo a atemorizar a população.

A despeito disso, tal como aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o movimento demanda uma estrutura material que, absolutamente, é inexistente no Brasil, tendo em vista que, segundo o precitado autor, “ninguém é ingênuo a ponto de não perceber que caminhamos na direção de um Estado Mínimo e, para ela, faz-se imprescindível um Estado Interventor, pleno de condições, mormente econômicas”. A repressão pura e simples, a qualquer preço, mostra-se inoperante e ineficaz e, como consequência, é produtora de dissabores, sofrimento e corrupção, geralmente patrocinada pelas camadas mais favorecidas da sociedade.⁶⁶

Essa fábrica da realidade, assim denominados por Eugenio Raúl Zaffaroni os aparelhos de propaganda do sistema, possui um grande aliado: os meios massivos de informação, especialmente os televisivos que contribuem para que, determinados acontecimentos, sejam transformados e vistos como grandes espetáculos. Ninguém duvida que os meios midiáticos alimentam-se de atitudes homogêneas pré-existentes, “para reforçá-las e ativá-las, oferecendo um elemento

⁶⁴ A esse respeito, também é o entendimento de Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira: “A isto se deve agregar a publicidade ou propaganda do sistema penal, que apresenta a chamada opinião pública como protetora ou custódia, neste ou em outro mundo, levada a cabo por diferentes agências (desde as pregações nas igrejas, bandos nas praças, convocações de religiosos de povos, etc., até a sofisticada publicidade contemporânea, passando pelo teatro)”. (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 8.)

⁶⁵ LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista In: **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 107.

⁶⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 480.

de agregação e de consenso, que facilitará a produção de uma falsa imagem da realidade, bem como sua aceitação e introjeção”⁶⁷.

A par disso, é preciso ter em mente que o sistema penal possui uma grande e principal função: selecionar de maneira invariavelmente arbitrária pessoas originárias de setores sociais mais humildes, criminalizando-as, com a finalidade de indicar aos demais os exatos limites do espaço social. Em suma, criminaliza-se os seletivamente marginalizados para conter os demais. Por outro lado, há casos em que também se faz necessário criminalizar pessoas dos setores hegemônicos para que estes sejam mantidos e reafirmados, de modo inibir a prática de condutas consideradas prejudiciais à hegemonia do próprio grupo ou de pessoas dominantes neste grupo. Pode-se dizer, então, que o sistema penal cumpre uma função substancialmente simbólica, seja perante os marginalizados ou os próprios setores considerados hegemônicos; “a sustentação da estrutura do poder social por meio da via punitiva é fundamentalmente simbólica”.⁶⁸

A realidade da justiça penal brasileira parece estar atualmente bastante evidenciada: a “fome de confinar” parece agigantar-se, cada vez mais, e luta-se com afinco para abarrotar as prisões, não deixando esvaziá-las. Pode-se dizer que se trata de uma Hidra de mil cabeças, diversa daquela apresentada no Segundo Trabalho de Hércules; aqui, quando se corta uma cabeça não aparecem duas, mas cem.

2.4 A MANIFESTA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PUNITIVO

“Na virada do ano de 1997 para 1998, quando o mundo se preparava para celebrar – ou lamentar – mais uma troca de calendário e menos uma etapa no caminho para o século XXI, a imprensa brasileira estampou, com destaque e cores, uma fotografia impressionante. Seu foco se centrava na figura de um policial militar armado, com o pé sobre a cabeça de indivíduo algemado, de braços sobre um meio-fio, amontoado a outro em igual posição, com a cabeça ocultada pelo primeiro. Em segundo plano, um monturo de destroços e ferros retorcidos compunha, com carrocerias – ou carcaças – de automóveis, barreira a separar da ação principal o grupo de observadores ao fundo:

⁶⁷ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993, p. 199-200.

⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: parte geral**. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 70-71.

*transeuntes ou habitantes locais pouco interessados. Quase todos de braços cruzados, alguns sequer olhavam para os protagonistas do evento. Apenas uma mulher, de criança ao colo, parecia assistir com alguma atenção à cena retratada.*⁶⁹

Ao se observar a atuação das nossas instituições de controle, particularmente a justiça penal, percebe-se facilmente que o Estado brasileiro tem investido, cada vez mais, em ações repressivas e severas e, diante desse cenário, é possível identificar nítidos contornos de um Estado que se pode chamar de “punitivo”, perfeitamente ajustado ao atual panorama econômico e social levado a efeito pelo recente modelo capitalista de desenvolvimento. De acordo com Debora Regina Pastana, é necessário identificar posturas que possam ser consideradas ordinariamente punitivas e que, por isso, tendem a caracterizar o Estado policial e a decorrente criminalização da miséria.⁷⁰

A pergunta que fica é: o que, afinal, torna uma política criminal unicamente punitiva? Mais especificadamente, o que poderia, hoje, justificar a descrição de uma trajetória da sociedade como sendo “punitiva”? Nesse ponto, a proposta de David Garland parece ser a mais adequada, segundo o qual

A resposta é mais complexa do que parece. A “punitividade”, de fato, em parte é um juízo comparativo acerca da “severidade” das penas com relação às medidas penais precedentes, em parte depende dos objetivos e das justificativas das medidas penais, assim como também da maneira pela qual a medida é apresentada ao público. As novas medidas que aumentam o nível das penas, reduzem os tratamentos penitenciários, ou impõe condições mais restritivas aos delinquentes colocados em liberdade condicional ou vigiada [...] podem ser consideradas “punitivas”, pois aumentam com relação a um ponto de referência anterior.⁷¹

Pode-se dizer, assim, que a maioria das medidas penais recentes, “engajadas em um modo de ação que expressa a necessidade constante de punição severa”, assim como traduzem o sentimento público de insegurança e intranquilidade. Paralelamente a isso, insistem nos objetivos punitivos ou denunciadores, não deixando de atestar o seu caráter inequivocamente “punitivo”.⁷²

⁶⁹ ALVES, J. A. Lindgren. A desumanização do humano. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 4, número 7 e 8. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 47.

⁷⁰ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 21.

⁷¹ GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, n. 13, p. 60, nov. 1999.

⁷² PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária**. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 21.

Para Loïc Wacquant, o Estado punitivo se materializa na medida em que diminui suas prerrogativas na frente econômica e social e, inversamente a isso, aumenta suas missões em matéria de segurança, “subitamente relegada à mera dimensão criminal”⁷³. Além disso, o perpétuo espetáculo da luta contra a violência urbana reafirma, simbolicamente, a autoridade do Estado, “justamente no momento em que se manifesta sua importância na frente de batalha econômica e social”⁷⁴.

A expansão do poder punitivo parece ser uma tendência registrada globalmente desde as últimas décadas do século XX, “alimentando-se das totalitárias propostas de troca da liberdade por segurança”, assim como das ideias que colocam a ordem acima de qualquer coisa, especialmente acima da dignidade e da vida dos seres humanos. Além disso, a expansão se alimenta dos perversos, inúmeros e autodestrutivos desejos de vingança, das (nocivas) ilusões acerca da pena, de modo a submeter, cada vez mais, os indivíduos à privação de liberdade, principalmente os marginalizados, pobres e desprovidos de poder, isto é, os seletivamente selecionados, tal como ocorre no âmbito do sistema penal.⁷⁵

Por essa razão é necessário aprofundar a discussão, de modo a explicitar uma face fundamental do Estado punitivo brasileiro, cuja justiça penal se caracteriza por ser tipicamente autoritária, ainda que possua um discurso oficial de ser democrática mas que, infelizmente, se ajusta às transformações econômicas e sociais que marcam o atual momento político do Brasil.

2.4.1 Da assistência social à atuação policial e carcerária

Ao estudar o sistema de justiça criminal norte-americano, Loïc Wacquant constatou que o sistema penal pode ser considerado uma espécie de território sagrado na nova ordem socioeconômica global e, com isso, acabou por iluminar a

⁷³ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 7.

⁷⁴ WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária. **Le Monde Diplomatique Brasil**, Instituto Paulo Freire. Edição mensal de setembro de 2004. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>>. Acesso em: 25.nov.13.

⁷⁵ DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 405.

compreensão desta sacralização.⁷⁶ Na obra intitulada “Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos” ele demonstrou a passagem da rede de segurança do que chamou de Estado Caritativo para um Estado de política estatal de criminalização das conseqüências da miséria do Estado.

Para além de analisar os custos sociais e humanos decorrentes do sistema de insegurança social que os Estados Unidos ofereceu de “modelo” para todo o mundo, Loïc Wacquant entende que é necessário realizar uma análise crítica acerca do complemento sócio-lógico do superdesenvolvimento das instituições que, de alguma maneira, enfraquecem as carências de proteção social e, concomitantemente, implantam uma rede policial e penal “de malha cada vez mais cerrada e resistente”, na medida em que “à *atrofia deliberada do Estado social corresponde a hipertrofia distópica do Estado Penal*: a miséria e a extinção de um têm como contrapartida direta e necessária a grandeza e a prosperidade insolente do outro”.⁷⁷

Não obstante o Brasil não possuir as mesmas características norte-americanas, nem mesmo estar inserido em um contexto com as mesmas circunstâncias sociais e de política criminal, pode-se dizer que o país se espelhou no modelo estado-unidense a fim de sacralizar o seu próprio estado punitivo, em que pese não se poder afirmar que no Brasil houve uma transição de um Estado que se possa chamar de caritativo, ou social, para um Estado de política estatal de criminalização, haja vista que, no Brasil, o Estado Social previsto na Constituição da República de 1988 não saiu do papel. Verdadeiramente, o Brasil deixou de implementar práticas sociais, nem mesmo programas vulneráveis e fragmentários; pelo contrário, sempre se caracterizou por oferecer condições precárias de sobrevivência para os seus cidadãos. Enfim, no Brasil, sempre houve um déficit de programas e políticas sociais que buscassem fortalecer os laços sociais e dar efetividade à Constituição da República.

Feitas essas ressalvas, é importante avaliar a posição da Loïc Wacquant e o panorama por ele apresentado em relação aos Estados Unidos, a fim de verificar

⁷⁶ BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 7.

⁷⁷ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 80.

como o Brasil se apropriou (ou tentou se apropriar) de determinadas categorias para consolidar, aqui, um estado verdadeiramente punitivo.⁷⁸

Segundo Loïc Wacquant, ocorreu nas últimas três décadas, nos Estados Unidos, uma progressiva substituição do chamado Estado-providência por um Estado penal e policial, caracterizado pelo fato da criminalização da marginalidade e da denominada “contenção punitiva” fazer as vezes de uma política social.⁷⁹ O criminólogo fez, inclusive, um alerta no sentido de que mais do que um Estado-providência seria mais justo falar de um Estado-caritativo, ao passo que “os programas voltados para as populações vulneráveis foram desde sempre limitados, fragmentários e isolados do resto das atividades estatais”. Diante disso, entende que o princípio norteador da ação pública americana é o da compaixão, tendo em vista que busca, no máximo, aliviar a miséria mais gritante, ao invés de fortalecer os laços sociais (nesse caso, estar-se-ia a falar do princípio da solidariedade).⁸⁰

Por outro lado, o Estado penal que substituiu o então (semi) Estado Social se caracteriza por ser incompleto, incoerente e por vezes até mesmo incompetente, na medida em que não possui o condão de preencher as expectativas irrealistas que a ele deram origem, tampouco “as funções sociais que, tacitamente, ele tem a missão de paliar”⁸¹.

Em decorrência disso, cinco tendências foram consideradas por Loïc Wacquant a fim de caracterizar a evolução penal nos Estados Unidos e a transição do chamado Estado-providência para o Estado-penitência, desde a chamada “virada social e racial”, marcada na década de sessenta, em resposta aos avanços democráticos suscitados pelo “levante negro”, assim como pelos movimentos populares de protesto, ocorridos na década de setenta.⁸²

A primeira das tendências diz com “a expansão vertical do sistema ou a hiperinflação carcerária”, não antes experimentada em nenhuma sociedade que se

⁷⁸ A esse respeito, v. também ARGÜELO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: Invertendo o Discurso da ordem. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-44.

⁷⁹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 19-20.

⁸⁰ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 20.

⁸¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 20.

⁸² WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 80.

diz (ou dizia) democrática⁸³. De acordo com Loïc Wacquant, tal crescimento se deu – tomando por base a experiência e os dados colhidos no estado da Califórnia – em razão do progressivo encarceramento de pequenos delinquentes e, principalmente, dos toxicômanos. Ou seja, em sua grande maioria, não se está a falar em criminosos perigosos e violentos, pelo contrário, em geral são condenados por envolvimento com drogas, furtos, roubos e atentados à ordem pública. Além disso, segundo o autor, a maioria esmagadora dos condenados são provenientes de famílias cuja renda é inferior à metade do denominado “limite de pobreza”.⁸⁴

A segunda contribuição que marca a evolução penal naquele país diz respeito à “extensão horizontal da rede penal”, que deve levar em consideração, por exemplo, pessoas condenadas à prisão com *sursis* (*probation*) e colocadas em liberdade condicional (*parole*); além das chamadas penas intermediárias (tais como a prisão domiciliar) e do controle que se faz por meio dos bancos de dados criminais, controle este muitas vezes realizado à distância, cujos dados são responsáveis por colocar os ditos criminosos, e até mesmo os suspeitos de crimes, na mira do aparelho policial e penal, assim como as respectivas famílias, amigos, vizinhos e a comunidade em que vivem.⁸⁵

De acordo com Loïc Wacquant, a extensão horizontal da rede penal contribuiu para abandonar o ideal da reabilitação; além disso, deu azo para uma “nova penologia”, cujo objetivo não é prevenir o crime nem mesmo tratar os delinquentes para que eles retornem à sociedade após o cumprimento da pena, o que se busca, segundo o autor, é “isolar grupos considerados perigosos e neutralizar seus membros mais disruptivos mediante uma série padronizada de comportamentos e uma gestão aleatória de riscos”⁸⁶.

Além disso, a terceira marca da evolução penal norte-americana diz com “o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas”,

⁸³ Sobre esse fulgurante crescimento das populações aprisionadas, Loïc Wacquant demonstra através de números a grande expansão: enquanto em 1975 se tinha uma população carcerária de cerca de 380 mil pessoas, dez anos mais tarde, em 1985, a população chegara a 740 mil presos; já em 1995, o número de aprisionadas chegou em 1,5 milhão e em 1998 chegou na casa dos dois milhões de encarcerados. In: WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 81.

⁸⁴ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 83.

⁸⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 84-5.

⁸⁶ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 86.

isto é, notáveis gastos penitenciários, tanto a título de funcionamento das instituições penitenciárias quanto de construção delas. Ocorre que, “o peso financeiro do encarceramento em massa como política de ‘luta contra a pobreza’” se mostrou muito elevado, até mesmo exorbitante, em decorrência do aumento contínuo e do envelhecimento acelerado da população carcerária.

Por isso, a fim de reduzir tais gastos na transição do Estado social para o Estado penal, sugeriu-se a aplicação de quatro técnicas pelas autoridades, são elas: (i) diminuição do nível de vida e de serviços no sistema penitenciário, ou seja, limitou-se e até mesmo se suprimiu aquilo que era considerado “privilégio” para os encarcerados, tais como atividades de ensino, esportes e atividades voltadas à reinserção na sociedade dos condenados; (ii) inovação tecnológica para melhorar a produtividade e eficiência da vigilância; (iii) transferência de parte dos custos da carceragem para os presos e suas famílias, tais como refeições e demais serviços do estabelecimento (lavanderia, telefonia, eletricidade, dentre outros); (iv) reintrodução do trabalho desqualificado *em massa* no seio das prisões e (v) privatização do encarceramento.⁸⁷

Naquele país outro fator que contribuiu para a evolução penal foi o “ressurgimento e prosperidade da indústria privada carcerária”, por meio de empresas especializadas em gerir penitenciárias já existentes, além de empresas que se prestam a fornecer uma gama completa de bens e atividades necessárias à detenção. Sobre essa circunstância, Loïc Wacquant constatou que “a indústria da carceragem é um empreendimento próspero e de futuro radioso, e com ela todos aqueles que partilham do grande encarceramento dos pobres nos Estados Unidos”.⁸⁸ Por derradeiro, a quinta contribuição diz respeito à “política de ‘ação afirmativa carcerária’”⁸⁹, isto é, ao invés de promover políticas públicas para inserir os negros na sociedade, o que o Estado fez foi “virar as costas” para as políticas afirmativas sociais e buscou incluí-los por meio do cárcere, com uma criminalização cada vez mais crescente e um aprisionamento galopante. Enfim, pode-se dizer que

⁸⁷ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 86-90.

⁸⁸ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 90-3.

⁸⁹ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 93-5.

a exclusão promovida pelos Estados Unidos se deu por meio de uma verdadeira inclusão carcerária.⁹⁰

Pode-se dizer, então, que houve um amplo e constante declínio do Estado caritativo nos Estados Unidos que, paulatinamente, foi dando lugar para o avanço do Estado penal, na medida em que a rede de segurança daquele se desfez e deu espaço para o crescimento da malha do Estado disciplinar que acabou por substituir espaços sociais importantes.⁹¹ Em decorrência disso, como consequência de uma nova penologia, respaldada, principalmente, no enorme aumento da população carcerária, na eliminação dos programas de trabalho e de educação no interior das penitenciárias e na multiplicação dos mecanismos de vigilância, instalou-se um novo objetivo: gerenciamento de custos e controle de populações criminosas; em não sendo possível, tais pessoas devem ser estocadas “em separado para remediar a incúria dos serviços sociais que não se mostram nem desejosos nem capazes de tomá-los sob sua responsabilidade”⁹².

É por isso que, para Loïc Wacquant, “a ascensão do Estado penal americano responde assim não à ascensão da criminalidade” que, lembre-se, permaneceu constante durante o período, “mas ao deslocamento social provocado pelo desengajamento do Estado caritativo”⁹³.

O fato é que, conforme constatou Vera Malaguti Batista, tal como ocorreu nos Estados Unidos, no Brasil, levando-se em conta as particularidades do país que, claro, não são as mesmas presentes nos Estados Unidos, também se criou uma espécie de consenso moral capaz de legitimar e revigorar práticas penais cada vez mais bárbaras⁹⁴. Pode-se, inclusive, afirmar que no Brasil há uma institucionalização

⁹⁰ Sobre o assunto, Massimo Pavarini afirma que “o setor carcerário nos EUA é quase tão forte quanto as fábricas de armas. Muitas prisões são privadas. É um bom negócio. O paradoxo dos EUA é que em 75, quando Reagan começa a buscar a Presidência, os EUA tinham 100 presos por 100 mil habitantes. Após 30 anos, a taxa multiplicou-se por oito. Os EUA não tinham uma tradição de prender muito. Prendiam menos do que a Inglaterra. (...) Os EUA têm cerca de 15% dos presos em cárceres privados. É uma ótima solução para a empresa que dirige a prisão. Ela sempre vai querer ter um montão de presos, é claro, para ganhar mais dinheiro, e isso nem sempre é a melhor política. É um negócio perverso”. (PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.)

⁹¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 27.

⁹² WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 32.

⁹³ WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 32-3.

⁹⁴ BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 14.

do Estado-penitência, do conhecido Estado penal. Porém, não se pode afirmar que houve uma transição a partir de um Estado que se possa chamar de providência, já que, ao que tudo indica, nunca houve no Brasil um Estado que fornecesse aos cidadãos condições dignas nos estabelecimentos penitenciários, nem mesmo políticas sociais fora deles. Aqui, as condições sempre pareceram muito frágeis, até mesmo indignas e cruéis.⁹⁵

Tomando por base as contribuições indicadas por Loïc Wacquant quanto à evolução penal nos Estados Unidos, pode-se afirmar que, no Brasil, duas delas podem ser verificadas na consolidação de um estado penitência e punitivo, o que pode significar a apropriação do modelo norte-americano, ou parte dele. Trata-se, inicialmente, da expansão vertical do sistema e da hiperinflação carcerária e, por segundo, da extensão horizontal da rede penal.

Quanto à primeira contribuição, que diz respeito à hiperinflação carcerária, os dados e estimativas fornecidas pelo Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen – sobre a população carcerária no Brasil, por exemplo, demonstram a expansão vertical do sistema penal e da hiperinflação carcerária: no ano de 2000, haviam 232.755 presos; em 2005, 361.402 presos; em 2010, 496.251 presos e em dezembro de 2012, 548.003 encarcerados no país⁹⁶. Os números não são tão representativos e expressivos quanto àqueles apresentados por Loïc Wacquant, é verdade. Lá a expansão parece maior por que os dados cotejados foram coletados em um maior espaço de tempo, aproximadamente duas décadas depois. Porém, infelizmente o InfoPen apenas disponibiliza em sua base de dados *online* informações coletadas a partir do ano de 2000. Isso não significa, contudo, que se não pode constatar a hiperinflação no sistema carcerário que se implementou nos últimos anos; pelo contrário, os números são alarmantes e têm refletido

⁹⁵ Nesse sentido é o entendimento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, para quem “nunca houve um Estado Social de Bem-estar entre nós; e pensar em proteção às vítimas implicaria, de uma banda, assumir o desleixo estatal e, por outra, levar a sério a possibilidade de despender dinheiro público em tal mister, quando a disputa pelas migalhas (do que restava do produzido e do desviado) sempre foi tarefa de mestres, não raro transformados em gênios lobistas. O melhor, mesmo, sempre foi jogar a sujeira para baixo do tapete, fazendo finta de que nada estava a passar. Em suma, dissimular; fazer de conta que não existia uma *Cidade de Deus*.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.)

⁹⁶ Todas as informações foram retiradas da base de dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 29.out.13.

diariamente na vida de muitas pessoas que sofrem as consequências de um sistema de justiça penal cruel e com condições desumanas.

Além disso, tal como nos Estados Unidos, o perfil dos encarcerados no Brasil não conduz à representação de pessoas extremamente perigosas e violentas. Os indicadores consolidados em dezembro de 2012, por exemplo, revelam que a grande maioria dos crimes cometidos naquele ano foram contra o patrimônio (267.975), sendo que destes os números mais relevantes dizem respeito aos crimes de furto simples (38.027), furto qualificado (39.846), roubo simples (50.247) e roubo qualificado (97.82); os crimes relacionados à legislação específica de entorpecentes são os que seguem aos crimes patrimoniais (138.198), enquanto que os crimes cometidos contra pessoas estão em uma escala menor (64.736). Outras informações compõe o perfil dos encarcerados brasileiros: a grande maioria está na faixa etária dos 18 aos 29 anos (266.237), são solteiros, quanto à escolaridade possuem, em sua grande maioria, o ensino fundamental incompleto e tem a cor de pele considerada parda (212.409), além de serem considerados pobres.⁹⁷

Quanto à essa primeira contribuição, tal como se sucedeu nos Estados Unidos, no Brasil houve um aumento bastante grande da população carcerária que se deu por diversas razões, algumas até mesmo distintas daquelas apresentadas naquele país.

A segunda contribuição da evolução do estado penal apresentada por Loïc Wacquant e que pode ser verificada no Brasil também, diz respeito à extensão horizontal da rede penal". Aqui, tal extensão se deu por diversas formas, dentre as quais ganham destaque a burocratização dos serviços públicos com o fito de estabelecer maior controle sobre a população, por meio do progressivo cadastramento de pessoas e consequente formação de uma base de dados. Além disso, as penas alternativas, tais como as restritivas de direito⁹⁸, e as medidas

⁹⁷ Todas as informações foram retiradas da base de dados do Sistema Integrado de Informações Penitenciárias – InfoPen. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 29.out.13.

⁹⁸ Art. 43. As penas restritivas de direitos são:

- I – prestação pecuniária;
- II – perda de bens e valores;
- III – (vetado)
- IV – prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas;
- V – interdição temporária de direitos;
- VI – limitação de fim de semana.

cautelares diversas, levadas a efeito após a promulgação da Lei nº 12.403/2011⁹⁹, constituem um vero e próprio meio de extensão da rede penal.

Nesse sentido se manifestaram Sacha Darke e Maria Lucia Karam, segundo os quais a expansão do poder punitivo contribui para a diversificação de seu exercício, que se estende para além dos muros das prisões. Isso significa dizer que a execução ampliada da nova disciplina social se vale das denominadas penas alternativas, bem como do monitoramento eletrônico e câmeras de vídeo, tudo isso com o fito de espraiar o controle e a vigilância por toda sociedade. Vale registrar, porém, que essa expansão horizontal da rede penal não teve o condão de afetar a posição ocupada pelas penas privativas de liberdade, que continuam no centro do sistema penal, da mesma forma que a prisão permanece sendo quase que um sinônimo da pena. É por isso que os autores afirmam que “nas tendências criminalizadoras hoje dominantes a prisão não só subsiste, como maiores se fazem sua incidência e seu rigor”.¹⁰⁰

Ademais, faz-se necessário verificar, ainda, aquilo que Gilles Deleuze chamou de “sociedade de controle” que, na lógica inclusiva da prisão, ganha novos contornos ao convocar outras pessoas que não são nem encarcerados, nem policiais, nem ofensores, a participar do seu funcionamento. Essa lógica que orbita em torno das prisões, garante sua continuidade e operacionaliza novas modalidades de cárcere, haja vista que há uma flexibilização de suas práticas austeras, a fim de perpetuar e aumentar sua ascendência sobre as pessoas.¹⁰¹

Para além das penas tradicionais do sistema de justiça penal, tais extensões possibilitam um maior controle sobre a vida das pessoas, durante um maior lapso de tempo, em outros espaços senão os carcerários.

Por certo, pode-se observar que, tal como nos Estados Unidos, no Brasil o que se busca, invariavelmente, é isolar determinados grupos de pessoas e, com isso, neutralizá-los, levando a efeito a consolidação progressiva de um estado punitivo, que possibilitará a utilização de mecanismos violentos, autoritários e desumanos para o controle efetivo sobre as massas populacionais indesejadas.

⁹⁹ Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12403.htm>. Acesso em: 04.nov.13.

¹⁰⁰ DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 405.

¹⁰¹ DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1999. In: **Vozes e olhares: uma geração nas cidades em conflito**. São Paulo: Fundação Telefônica, 2008.

Não se pode dizer, todavia, que as mesmas considerações feitas por Loïc Wacquant acerca da evolução penal norte-americana se aplicam, todas, no Brasil, tal como o crescimento excessivo do setor penitenciário no seio das administrações públicas, os fatores de privatização carcerária, nem mesmo a política de “ação afirmativa carcerária”.

Ao analisar o tema sob outra perspectiva, especificadamente diante da situação brasileira sobre a qual recai as suas considerações, Salo de Carvalho constatou que a perspectiva disciplinar, legitimada pelo discurso ressocializador, ingressou na esfera jurídico penal com a derrocada do Estado liberal e sua progressiva transmutação em Estado Social¹⁰². Tal como asseverou Zygmunt Bauman, “o estado de bem-estar foi, originalmente, concebido como um instrumento manejado pelo estado a fim de reabilitar os temporariamente inaptos e estimular os que estavam aptos a se empenharem mais, protegendo-os do medo de perder a aptidão no meio do processo”¹⁰³.

Nestes termos, o estado de bem-estar não era concebido como uma caridade, tampouco como “o fornecimento de donativos individuais”, mas, sim, como um direito do próprio cidadão, uma forma de “seguro coletivo”. O nascimento das noções de segurança e prevenção (suja ideia remete à uma determinada atitude coletiva, racional e voluntária destinada a reduzir a probabilidade de ocorrência e gravidade de um risco) responsáveis por balizar as formas jurídicas do século XX se deu justamente na iminência e consolidação do Estado social.¹⁰⁴

Nesse passo, o direito penal também foi influenciado pelas novas obrigações demandadas pela sociedade civil e política e, com isso, ao ser convocado para operar políticas preventivas, acabou por ampliar o seu espectro de incidência, tal como o processo penal. Através dos modelos ideológicos de Defesa Social acabou por solidificar uma política criminal que pode ser chamada de profilática, na medida em que passou a identificar e administrar a periculosidade individual, sob o viés de medidas sanitárias e educacionais¹⁰⁵. É por isso que Zygmunt Bauman assevera que “multiplicam-se as políticas sociais susceptíveis de conter o crime antes de

¹⁰² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215.

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998, p. 51.

¹⁰⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 215-16.

¹⁰⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216.

acontecer: as questões da habitação, dos bairros difíceis, da droga, do abandono escolar são objeto de uma enorme atenção”¹⁰⁶.

Porém, segundo constata Salo de Carvalho, na eminência da crise do Estado providência, onde se instaurou a razão mercadológica em detrimento das garantias sociais, o discurso oficial acerca da segurança pública, no qual se insere o carcerário, é mais uma vez alterado¹⁰⁷. Ao que tudo indica, as possibilidades de arcar com os compromissos do Estado providência seriam praticamente irrealizáveis. É por essa razão que Jacinto Nelson de Miranda Coutinho fez constar que na visão dos corifeus do discurso neoliberal o Estado de bem-estar se tornara um “mastodonte”, incapaz de cumprir as suas próprias promessas, de segurança e prevenção¹⁰⁸.

Diante disso, a saída encontrada para a anunciada crise foi a minimização do Estado, a flexibilização dos direitos (coletivos e individuais), assim como a privatização das empresas públicas prestadoras de serviços, a fim de se reduzir o déficit fiscal. Como consequência, nos países periféricos, tal como o Brasil, em que o Estado social figurou como mero simulacro, a implementação de políticas públicas necessárias à organização da vida cotidiana se mostrou inviabilizada.¹⁰⁹ Visualizando o tema sob esse viés, Salo de Carvalho acabou por constatar que:

Assim, pode-se constatar que a conjuntura estruturada sob a égide da liberdade de mercado tem produzido um modelo “neo-absolutista” com “tentativas autoritárias”. O efeito deste processo, situado aparentemente na esfera da economia, é a descartabilidade do valor ‘pessoa humana’ e o retorno a um estado pré-civilizatório no qual impera a lei do mais forte.¹¹⁰

Em decorrência disso, abrocham novas formas de exclusão pela perda do *status* de cidadão por determinadas pessoas, seja em decorrência das restrições econômicas ou por qualquer características que as pessoa diferenciar das demais, tais como raça, nacionalidade e religião. Fazendo referência à Ralf Dahrendorf, assevera que, por mais terrível que isso possa parecer, determinadas pessoas simplesmente não servem, uma vez que a economia pode crescer sem a sua

¹⁰⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998, p. 381.

¹⁰⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216.

¹⁰⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do pensamento economicista do direito criminal de hoje**. In: RBCCrim (32). São Paulo: RT, 2000. Ano 8, out/dez, p. 300.

¹⁰⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 216-17.

¹¹⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 217.

contribuição, de modo que tais pessoas ao invés de constituírem um benefício para a sociedade e as demais pessoas, na verdade significam tão só um custo.¹¹¹

Logo, ao se descartar a pessoa como valor, uma vez que é vista como supérflua à nova ordem e a nova ideologia, constrói-se uma necessidade de “maximização dos aparatos de controle penal/carcerário”. Ocorre, então, a transferência de um Estado providência para um Estado penitência, eminentemente marcado por um Estado social mínimo e por um Estado penal máximo, justamente porque se reserva um lugar para aqueles que perderam o *status* de pessoa e são encarados como inconvenientes. Para aqueles que foram destituídos de cidadania, portanto, resta “a marginalização social potencializada pelo incremento da máquina de controle penal, sobretudo carcerária”.¹¹²

Percebe-se, então, que as instituições jurídicas do Estado necessitam preservar a ordem e a segurança e, para tanto, assumem papéis eminentemente punitivos e repressivos. Cria-se, assim, novos tipos penais com o objetivo de controlar as populações indesejadas, o que se faz por meio da criminalização exacerbada de diversas atividades em múltiplos setores da vida social. Além disso, busca-se enfraquecer os princípios da legalidade e da tipicidade através da criação de regras marcadas por conceitos imprecisos, além de restringir e encurtar a fase de investigação criminal e instrução processual, sem se falar do ônus da prova que tem se exigido, de alguma forma, do acusado.

No mesmo sentido é a conclusão de Zygmunt Bauman, para quem “a incriminação parece estar emergindo como o principal substituto da sociedade de consumo para o rápido desaparecimento dos dispositivos do estado de bem-estar”¹¹³.

Assim sendo, caminha-se para a conclusão de que atualmente a neutralização dos inconvenientes foi a saída (e a resposta) encontrada pelo estado para o desvio punível, o que se faz sob uma perspectiva econômica, na gestão da miséria e da exclusão social.

¹¹¹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

¹¹² CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 218.

¹¹³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998, p. 78.

2.4.2 A institucionalização de mecanismos violentos, autoritários e desumanos

Atualmente, a irracionalidade dos aparelhos repressivos do Estado na América Latina, inclusive no Brasil, fruto das novas relações político-econômicas, faz transparecer séria dúvida em relação ao processo civilizatório do país e da região. De acordo com Salo de Carvalho¹¹⁴, “na execução da pena, constantes e insolúveis problemas revelam fatos cuja simples observação faz transparecer os mais fortes traços da barbárie”, tal como o irracionalismo, a inexistência de garantias e a tolerância às práticas penais genocidas¹¹⁵.

Diante de tal panorama, tende-se a concordar que o discurso disciplinar está em baixa sintonia com o dia a dia das instituições carcerárias, haja vista que, ao que tudo indica, a realidade prisional brasileira não revela uma forma de poder em consonância com a disciplina.

Sobre o tema, em esclarecedor ensaio, Cristina Rauter é enfática ao afirmar que, ao se lançar um olhar sobre as prisões brasileiras, não se pode atribuir a elas a denominação de “espaços disciplinares”. Para ela, basta fazer uma visita às delegacias do país que, em sua maioria esmagadora, verificar-se-á o cumprimento de penas por parte dos presos de modo irregular, na medida em que são encarcerados aos montes, de modo que os corpos ficam promiscuamente misturados, “sem qualquer atividade, sem qualquer classificação, sem número, permanecendo ali por meses ou até anos”. Em relação às penitenciárias, afirma que, com frequência inusitada, o diretor não sabe qual é o efetivo carcerário, nem mesmo quantos e quais presos têm direito a benefícios, o que acaba por configurar uma estrutura quase nada parecida com aquela denominada panóptica, tal como idealizada por Jeremy Bentham¹¹⁶.

Isso não significa, porém, que os espaços permanecem vazios na medida em que não há disciplina, isto é, um verdadeiro poder disciplinar. Na verdade, como

¹¹⁴ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 220.

¹¹⁵ Sobre o assunto Eugenio Raúl Zaffaroni fez constar que: “A operacionalidade real dos sistemas penais latino-americanos: o genocídio em ato. Não se deve pensar que apenas a projeção futura de nossos sistemas penais no âmbito de um genocídio tecnocolonialista marca a necessidade e a urgência de uma respostas marginal à deslegitimação do sistema penal, pois já agora a atuação de nossos sistemas penais caracteriza um genocídio em andamento.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 123.

¹¹⁶ RAUTER, Cristina. **Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo**. In: Discursos sediosos. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998, p. 72.

mencionou Salo de Carvalho, tem-se um campo social não homogêneo, “organizado em mosaico, onde norma e repressão se agenciam de modo bizarro, produzindo no entanto dispositivos de elevada eficácia no sentido de seus efeitos de controle social”, o que culmina na impossibilidade de qualquer forma de resistência por parte daqueles que cumprem suas penas em face da violência do poder público.¹¹⁷

Tal entendimento é também delineado na metáfora proposta por Marcos Rolim: na medida em que os presídios podem ser equiparados ao labirinto da mitologia grega, no qual o Rei Minos recebia, a cada ano, seu tributo de sangue, é possível afirmar que o Estado cumpre a função da “terrível criatura – metade homem, metade touro”. Num primeiro momento, o Estado é responsável por assegurar que os presos experimentem o cárcere como privação absoluta em uma situação bastante desumana, ao passo que são amontoados “como restos em corredores úmidos e fedorentos”. Após essa fase inicial, onde se misturam todos os presos independentemente do tipo de crime que cometeram, expondo-os a todo tipo de violência (física ou sexual), o Estado fica encarregado de submetê-los a um modelo de disciplina que busca controle interno, como se corpos dóceis fossem. Desse modo, parece indubitável que há um verdadeiro incentivo para procedimentos de delação com conseqüente tratamento privilegiado aos internos que parecem ser úteis¹¹⁸. Registre-se: úteis são aqueles que possibilitam e contribuem para a dominação da massa carcerária, com a institucionalização de mecanismos autoritários, violentos e desumanos.

A constatação que se faz é no sentido de que, nas periferias, o discurso da disciplina está absolutamente vinculado às práticas bárbaras. Por isso, Salo de Carvalho concluiu que “coexistem nos mesmos locais de manifestação do poder duas faces perversas de modelo hipoteticamente incompatíveis, potencializando sua crueldade: o suplício do corpo e a penitência da alma”¹¹⁹. Logo, a conclusão a que se chega é no sentido de que o sistema de controle penitenciário no Brasil é voltado à penalização corporal, em que pese se pensar normativamente em termos de pedagogia disciplinar, o que acaba por violar direitos fundamentais justamente quando se consolida um estado punitivo.

¹¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 221.

¹¹⁸ ROLIM, Marcos. **O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne**. In: Teses para uma esquerda humanista e outros textos. Porto Alegre: Sulina, 1999, p. 44-45.

¹¹⁹ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 222.

Não por outro motivo que ao falar sobre a dimensão do encarceramento no Brasil e sobre a expansão do poder punitivo, Sacha Darke e Maria Lucia Karam fizeram constar que danos e dores são inerentes à privação da liberdade, na medida em que há

a limitação do espaço, a impossibilidade de ir a outros lugares, de buscar e estar com quem se deseja; o isolamento, a separação, a distância do meio familiar e social; a perda de contato com experiências normais da vida; a falta de ar, de sol, de luz; a promiscuidade dos alojamentos; a precariedade das condições sanitárias; a falta de higiene; a alimentação muitas vezes deteriorada; a convivência forçada; a disciplina e a submissão; a vigilância permanente; os regulamentos que devem ser obedecidos sem explicações nem possibilidades de questionamento; o sistema de regalias que transforma direitos em recompensas por comportamentos tido como bons. Tudo isso, naturalmente, se agrava pelo superpovoamento e pela extrema deterioração física de quase todas as prisões brasileiras.¹²⁰

Em que pese ser assim, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, não é possível se atribuir um tratamento diferenciado àqueles que são rotulados como inimigos¹²¹ da sociedade e, em decorrência disso, se vê negada a sua condição de pessoa. Tal como denunciou Eugenio Raúl Zaffaroni, “quando se propõe estabelecer a distinção entre cidadãos (pessoas) e inimigos (não-pessoas), faz-se referência a seres humanos que são privados de certos direitos individuais”, razão pela qual deixaram de ser considerados pessoas, o que só comprova a barbárie que é praticada em detrimento daqueles que são considerados “inimigos”¹²².

Ao passo que dado ser humano é encarado meramente como alguém que possa ser considerado perigoso e que por isso necessita de contenção, dele é retirado ou negado o seu caráter de pessoa, ainda que determinados direitos ainda lhe sejam reconhecidos, tal como a possibilidade de se fazer um testamento, contrair matrimônio ou reconhecer filhos. Todavia, conforme lembra Eugenio Raúl Zaffaroni, a quantidade de direitos de que alguém é privado não é determinante para anular a sua condição de pessoa, mas, sim, a própria razão em que essa privação de direitos

¹²⁰ DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 407.

¹²¹ A esse respeito, para Maria Lúcia Karam “o ‘inimigo’ é aquele que assume o perfil do estranho à comunidade, a quem, por sua apontada ‘periculosidade’, não são reconhecidos os mesmos direitos dos pertencentes à comunidade e que, assim, desprovido de dignidade e de direitos, perde sua qualidade de pessoa, tornando-se uma ‘não-pessoa’”. (KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 11.)

¹²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

se baseia, ou seja, “quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso”¹²³.

Muitas vezes, especialmente em face das condições degradantes e desumanas em que os ofensores são encarcerados no Brasil, a privação de liberdade pode ser muito desproporcional à entidade do injusto cometido pelo ofensor e de sua culpabilidade e, diante disso, o sofrimento que se lhe impõe deve ser enxergado apenas como uma pena de detenção do indivíduo para se criar mero impedimento físico. Logo, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, “trata-se de uma espécie de enjaulamento de um ente perigoso”¹²⁴.

Parece existir, porém, uma explicação para a situação tão precária das prisões. Ao ser questionado a razão pela qual um Estado tão rico como o Estado de São Paulo possui presídios tão ruins, Massimo Pavarini explicou que há uma regra econômica que diz que a prisão, não só no Brasil mas em qualquer lugar do mundo, “deve ter uma qualidade de sobrevivência inferior à pior qualidade de vida em liberdade”. Tendo, no Brasil, favelas em situações tão precárias e desumanas, as prisões têm de oferecer uma diferenciação social entre o “pobre bom e o pobre delinquente”. Logo, se o Estado oferecesse um presídio em que a qualidade de vida, em termos materiais, fosse melhor do que aqueles que vivem “em liberdade”, ter-se-ia uma situação intolerável¹²⁵. Assim, conclui que “o presídio ruim tem função simbólica”¹²⁶.

É certo, porém, que esse não é o tratamento que se dá a alguém a quem se reconhece autonomia moral da qual, fazendo uso dela, cometeu um crime e que, em decorrência dela, foi responsável por causar danos aos direitos alheios, mas, sim, o que se destina a um animal ou a uma coisa perigosa. Pode-se até se admitir que, quando um indivíduo comete um crime, o Estado esteja autorizado a privá-lo de sua cidadania; jamais, porém, está autorizado a privá-lo da sua própria condição de

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

¹²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18.

¹²⁵ Nesse sentido também é a lição de Juarez Cirino dos Santos para quem “a prisão, aparelho de punição por privação da liberdade nas sociedades capitalistas, se baseia no princípio de menor elegibilidade: as condições de vida na prisão devem ser piores do que as da classe trabalhadora mais inferior.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. **Privatizações de presídios**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 20.jan.14.) Ver também: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 144.

¹²⁶ PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

pessoa que, conforme denunciou Eugenio Raúl Zaffaroni, é também portador de direitos que assistem a um ser humano pelo simples fato de sê-lo¹²⁷.

O fato, porém, é que a humanização das prisões e a não utilização de mecanismos violentos e autoritários implica vontade política e, também, vontade de investir. Todavia, ao que indica, os governos não parecem estar dispostos em admitir tratar bem os pobres reclusos e encarcerados quando não são capazes nem mesmo de tratar bem aos seus pobres em liberdade. Àqueles resta o rótulo de “mortos na democracia”, na medida em que não se faz necessário um regime ditatorial para se acumularem cadáveres ilegais já que, invariavelmente, lhes foi aplicado, subterraneamente, o direito penal do inimigo; assim, para eles, não há garantias, porque estão à margem da Constituição da República.¹²⁸

2.4.3 A hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal

O controle social formal manifestado no poder do Estado de punir tem como base um sistema cujo fundamento se materializa por meio da seleção de determinadas condutas conflituosas ou socialmente negativas que, por meio da intervenção da lei penal ou processual penal, passam a ser consideradas e qualificadas como crimes. Ou seja, crimes são aquelas condutas que, por meio da implementação legislativa, são assim consideradas. É por isso que, segundo Maria Lucia Karam, “fala-se genericamente em crime como se tal expressão pudesse traduzir um conceito natural, que partisse de um denominador comum, presente em todo tempo ou em todo lugar”.¹²⁹

Nessa perspectiva, tem-se consciência de que crime é, portanto, um produto de processos culturais, sociais e mentais, na medida em que “os atos não são, eles se tornam; os seus significados são criados à medida que ocorrem”. Para Nils Christie, por exemplo, para todos os atos – inclusive os indesejados e indesejáveis –

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 18-19.

¹²⁸ CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010, p. 94.

¹²⁹ KARAM, Maria Lucia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 73.

existem múltiplas alternativas para sua compreensão; por alguns, pode ser entendido como maldade, perversidade ou desvio de condutas, por outros, é visto como fanfarrice juvenil, heroísmo político ou, simplesmente, como crime.¹³⁰

Não existe um conceito natural que possa definir genericamente os crimes, haja vista que crime é uma construção legislativa levada a efeito por meio da edição e posterior publicação de uma lei; que valora determinada conduta social como criminosa, a partir de então passível de punição¹³¹. Em suma: crimes são meras criações da lei penal.¹³²

Tanto é assim que uma conduta considerada crime hoje pode não ser amanhã (é o que acontece naquelas hipóteses chamadas pelos penalistas de *abolitio criminis*). Nesse sentido, Maria Lucia Karam cita um exemplo bastante elucidativo:

pense-se, por exemplo, nas relações homossexuais, que, ainda em meados do século XX, eram criminalizadas em diversos países europeus, enquanto, hoje, ao contrário, advoga-se a criminalização de condutas de quem pratique discriminação motivada pela rejeição a tal orientação sexual.¹³³

Acerca dessa relatividade do conceito substancial de crime, necessário para se verificar a consolidação de um Estado que se possa chamar de punitivo por meio da hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal, preciso é o entendimento de Louk Hulsman para quem não existem denominadores comuns

¹³⁰ CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 372. Para o criminólogo, “Os ‘mesmos’ atos podem assim ser definidos por vários sistemas paralelos como o judicial, o psiquiátrico, o pedagógico ou o teológico. E como dito acima: como resultado de profundas mudanças em nossos sistemas sociais, cada vez mais atos indesejáveis são interpretados como crimes. Todo o sistema penal assume assim uma posição dominante.” No mesmo sentido, v. CHRISTIE, Nils. **Una sensata cantidad de delito**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 5-21.

¹³¹ A esse respeito, v. Maria Lúcia Karam, para quem “somos levados a falar em crime como se esta expressão traduzisse um conceito natural que partisse de um denominador comum e estivesse presente em todos os tempos e em todos os lugares. Mas, na realidade, crimes não passam de meras criações da lei penal, não existindo um conceito natural que possa genericamente definir.” (KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 15.)

¹³² Sobre o tema, manifestou-se Mireille Delmas-Marty, para quem “incriminar é definir um crime, no sentido amplo de infração penal. Portanto, ao mesmo tempo nomear e dividir. Nomear uma situação, um comportamento por vezes não nomeado até então. Dividir o espaço social em lícito e ilícito, e, mais precisamente, restringir o espaço de liberdade através de uma nova interdição (ou uma nova obrigação no caso de um direito de ação). Quando uma sociedade decide, assim, separar o que é infração penal do que não é, quando decide nomear o mal, e portanto, dizer o bem, ela entra em território altamente simbólicos que modela e transforma ao mesmo tempo. Nesse sentido, toda nova incriminação fatalmente provoca respostas: de integração, de resistência, de revolta ou de invenções de novas transgressões. É o mistério da incriminação.” (DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**: do código penal aos direitos humanos. Barueri: Manole, 2005, p. 12-13.)

¹³³ KARAM, Maria Lucia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 73.

entre os fatos sociais considerados crimes, nem mesmo motivações coincidentes entre eles, pelo contrário

A única coisa que tais situações têm em comum é uma ligação completamente artificial, ou seja, a competência formal do sistema de justiça criminal para examiná-las. O fato de elas serem definidas como 'crimes' resultada de uma decisão humana modificável (...). Um belo dia, o poder público pára de caçar bruxas e aí não existem mais bruxas. (...). É a lei que diz onde está o crime; é a lei que cria o 'criminoso'.¹³⁴

Com isso, a “criação” do criminoso suscitada por Louk Hulsman decorre de uma seleção de situações conflituosas ou de fatos considerados socialmente negativos que, ao passarem a ser objetos da lei penal, serão chamados de crimes; trata-se, assim, de uma decisão política, pura e simplesmente, de manifestação do poder do Estado.

Para Maria Lúcia Karam, o que impõe tal decisão política é a instrumentalização do exercício do próprio poder do Estado em sua expressão punitiva, diferentemente do que é divulgado, ou seja, no sentido de se legislar para proteger os indivíduos e a sociedade. O que se almeja com isso é, portanto, propiciar uma disciplina social capaz de manter e reproduzir a organização e o equilíbrio global de uma formação social historicamente estabelecida. Criminaliza-se para obter o controle das massas.¹³⁵

Levando em consideração a forma como os crimes passam a fazer parte do ordenamento jurídico, especialmente do nosso país, pode-se dizer que o cidadão brasileiro não pode se queixar de que vive num país carente de leis. Desde a promulgação da Constituição da República de 1988, houve uma avalanche legislativa em matéria penal e processual penal, invariavelmente mais gravosa para os que podem ser considerados ofensores. Desde então, não é difícil constatar o intenso e permanente processo de criminalização de condutas, sem levar em consideração os limites e os requisitos materiais mínimos necessários para a criação de um tipo penal, em que pese a fragmentariedade do direito penal¹³⁶, assim como o princípio da intervenção mínima¹³⁷.

¹³⁴ HULSMAN, Louk. **Penas perdidas**. Niterói: Luam, 1993, p. 63-64.

¹³⁵ KARAM, Maria Lucia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 75.

¹³⁶ Sobre isso, precisa é a intervenção de Selma Pereira de Santana para quem “o Direito Penal somente pode intervir onde se verifiquem lesões insuportáveis das condições comunitárias essenciais de livre desenvolvimento e a realização da personalidade de cada homem. Isso significa que o Direito Penal não está legitimado a intervir em condutas que não violem o bem jurídico claramente individualizável, por mais imorais, a-sociais ou politicamente indesejáveis que sejam.”

Inversamente ao recomendado, a ideia do direito penal como *ultima ratio*, pode-se dizer que a hiperinflação legislativa é uma marca característica do “moderno” direito penal e de um Estado punitivista que vê a cada edição legislativa uma nova oportunidade para criminalizar determinada conduta e, como consequência disso, ver aumentada a possibilidade de se controlar as massas e se encarcerar cada vez mais, a fim de neutralizar e tirar de circulação determinados indivíduos, seletivamente escolhidos.

No mais das vezes, parece mais simples e mais fácil reformar a lei, ou criar mais algumas, para aumentar as penas e criminalizar mais; o fato é que as pessoas foram levadas a acreditar que a Lei serve para transformar a sociedade, ledo engano. Atualmente, criam-se leis cada vez mais gravosas para “dar uma resposta” aos cidadãos frente à criminalidade cada vez mais assustadora, sabendo-se de que elas em nada a conterão.

Como marca de um Estado verdadeiramente punitivista, por vezes ganha a cena um direito penal emergencial, onde se criam normas específicas para servir de resposta a algum acontecimento tido como relevante na sociedade, tal como a Lei dos Crimes Hediondos (homicídio qualificado) e a Lei Maria da Penha. Paralelamente a isso, a fim de se dar uma resposta à sociedade, criam-se normas mais duras ou modificam-se normas já existentes para aumentar penas e criar novas qualificadoras, com base em um critério nem sempre justificado, capazes de tornarem as inovadoras propostas inócuas e sem efeito para colocar freios à prática de novos delitos.

Outro exemplo bastante recente e significativo no Brasil quanto à necessidade do Estado punitivo em criminalizar condutas cada vez mais, legislando em matéria penal e processual penal, diz respeito à edição e promulgação da Lei nº 12.663/2012 que dispõe sobre as medidas relativas à Copa das Confederações FIFA 2013, à Copa do Mundo Fifa 2014 e à Jornada Mundial da Juventude 2013, todas realizadas (ou a serem realizadas) no Brasil. O Capítulo VIII que trata das disposições penais, diz respeito basicamente à utilização indevida de símbolos oficiais. Trata-se, na realidade, de criminalização de condutas para tutelar interesses meramente privados, especialmente aqueles derivados das classes hegemônicas.

(SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12.)

¹³⁷ A esse respeito, v. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 84-90.

A precitada Lei está longe de proteger o interesse público; na realidade, ela visa dar guarida a contratos e compromissos particulares, de interesse meramente privado. Para além disso, com a criação de novos tipos penais tem-se uma maior restrição da liberdade de expressão e a criatividade brasileira, tal como de charginhas e da imprensa em geral que correm o risco de serem processados na medida em que fizerem uso dos símbolos oficiais da Copa do Mundo 2014, por exemplo.¹³⁸

Com isso, o que sobressai por meio da implementação da inédita legislação é a configuração de condutas, de novel conotação comercial, como práticas delitivas; pode-se dizer, diante disso, que a criação da referida legislação tem como finalidade tutelar bens jurídicos e econômicos de uma entidade internacional que não possui, em absoluto, uma relação contratual e territorial permanente com o Estado brasileiro.

Assim como constatou Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, atualmente temos um volume tão grande de leis, cada vez mais gravosas, que “ninguém – absolutamente ninguém – escapa do cometimento de algum crime”, o que acaba por tornar, todos, potencialmente criminosos.¹³⁹ Isso ocorre na medida em que os indivíduos passam a confiar “na força fria da lei como instrumento de mudança do mundo”, de modo que, com a invenção de tantas leis, elas se tornam, invariavelmente, inoperantes¹⁴⁰.

É por isso que se sustenta atualmente que a inflação de normas penais e processuais penais é uma tendência bastante evidente, que invade campos da vida sociais não antes regulados por sanções penais. Nesse sentido, Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo sustenta que

¹³⁸ A esse respeito, os apontamentos de Clara Roman são precisos: “Por óbvio, esses tipos penais terão incidência sobre os trabalhadores informais, os pequenos comerciantes, que costumam sobreviver da venda de produtos com marcas visivelmente falsificadas, importadas de países onde tal prática não constitui crime. Não se pode deixar de observar que esta exclusividade da FIFA para comercializar produtos com seus símbolos oficiais no perímetro do redor dos locais de jogos deixará muitos trabalhadores privados de seu sustento durante os referidos megaeventos futebolísticos.” (BORGES, Clara Roman. A criminalização do trabalhador informal brasileiro na Copa de 2014. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 11, p. 100, setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=67205>>. Acesso em: 14.jan.14.)

¹³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁴⁰ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009, p. 53.

O remédio penal é utilizado pelas instâncias de poder político como resposta para quase todos os tipos de conflitos e problemas sociais. A resposta penal se converte em resposta simbólica oferecida pelo Estado em face de demandas de segurança e penalização da sociedade, expressas pela mídia, sem relação direta com a verificação de sua eficácia instrumental como meio de prevenção ao delito. O direito penal se converte em recurso público de gestão de condutas utilizado contigencialmente e não em instrumento subsidiário de proteção de interesses ou bens jurídicos.¹⁴¹

Em estudo dedicado à análise da produção legislativa no Brasil no âmbito criminal, considerando-se o período que se inicia no ano de 2003 até meados do ano de 2006, Laura Fraude constatou que “dentre as 646 propostas de lei apresentadas no Congresso Nacional durante a Quinquagésima Segunda Legislatura, apenas 20 foram no sentido de relaxar algum tipo penal ou o trato da questão criminal”. Por outro lado, 626 projetos se destinavam a agravar penas, regimes e restrições, enquanto que apenas dois se relacionavam com a delinquência de colarinho branco.¹⁴²

O fato é que a edição de novas leis¹⁴³, que criminalizam novas condutas ou agravam as penas das já existentes, por vezes – e em muitos casos –, não tem o condão de conter a criminalidade que, ressalte-se, não pode ser confundida com a violência em geral. Um exemplo bastante recente, diz com a avaliação do impacto da Lei Maria da Penha.

A respeito disso, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – Ipea – divulgou recentemente uma nova estimativa sobre as mortes de mulheres em razão

¹⁴¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Criminalidade e Justiça penal na América Latina. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan-jun, 2005.

¹⁴² FRAUDE, Laura. **O que o Congresso Nacional Brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1450/1/Tese_Laura%20Fraude.pdf>. Acesso em: 10.jan.14.

¹⁴³ A esse respeito, Salo de Carvalho descreveu um rol de fatores, no âmbito do Poder Legislativo, que contribuíram para o aumento dos índices de encarceramento: “(a) criação de novos tipos penais a partir do rol de bens jurídicos expostos na Constituição (campo penal); (b) ampliação da quantidade de pena privativa de liberdade em inúmeros e distintos delitos (campo penal); (c) sumarização do procedimento penal, com o alargamento das hipóteses de prisão cautelar (prisão preventiva e temporária) e diminuição das possibilidades de fiança (campo processual penal); (d) criação de modalidade de execução penal antecipada, prescindindo o trânsito em julgado da sentença condenatória (campo processual e da execução penal); (e) enrijecimento da qualidade do cumprimento da pena, com a ampliação dos prazos para progressão e livramento condicional (campo da execução penal); (f) limitação das possibilidades de extinção da punibilidade com a exasperação dos critérios para indulto, graça, anistia e comutação (campo da execução penal); e (g) ampliação dos poderes da administração carcerária para definir o comportamento do apenado, cujos reflexos atingem os incidentes de execução penal (v.g. Lei 10.792/03) (campo penitenciário).” (CARVALHO, Salo de. **O papel dos atores do sistema penal na era do punitivismo** (o exemplo privilegiado da aplicação da pena). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 35-36.)

de violência doméstica com base em dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade, do Ministério da Saúde. Constatou-se que, após a promulgação da referida Lei no ano de 2006, não houve redução das taxas anuais de mortalidade em comparação com os períodos anteriores e posteriores da vigência da Lei.¹⁴⁴

Verificou-se que “as taxas de mortalidade por 100 mil mulheres foram 5,28 no período 2001-2006 (antes) e 5,22 em 2007-2011 (depois). Observou-se sutil decréscimo da taxa no ano 2007, imediatamente após a vigência da Lei”, e, “nos últimos anos, o retorno desses valores aos patamares registrados no início do período.”¹⁴⁵

Logo, sustentar que a criação de novas leis (para se criminalizar mais) ou a modificação das já existentes (para torná-las mais gravosas) em nada contribui para a diminuição da criminalidade. Na realidade, a hiperinflação legislativa em matéria penal e processual penal só reafirma a consolidação do Estado brasileiro como sendo um estado eminentemente punitivo, assim como tem servido para acentuar as distorções e a seletividade do sistema, de modo que não se pode concordar com aqueles que sustentam que “tempos duros exigem leis duras”; não é disso que se trata.

¹⁴⁴ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, **Violência contra mulher: femicídios no Brasil.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 8.dez.13.

¹⁴⁵ Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, **Violência contra mulher: femicídios no Brasil.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_feminicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 8.dez.13.

3 O LUGAR DA VÍTIMA NO ATUAL SISTEMA CRIMINAL

3.1 A VÍTIMA E O PROCESSO: A APROPRIAÇÃO DO CONFLITO PELO ESTADO

É sempre bastante difícil tratar do papel que as vítimas exercem no sistema de segurança pública, principalmente “quando em questão está o cotejo com os atos de violência e seus agressores”, sobretudo na medida em que o Estado deva ser, necessariamente, chamado à causa, tal como um terceiro interessado. Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, falar do Estado, em tal âmbito, traz algumas implicações, tal como a revisão do seu papel de garante dos Direitos Humanos, do seu lugar no estado moderno, da sua crise diante da ausência de teoria a sustentá-lo e, ainda, do seu papel de fomentador da violência o que, sem dúvida, acaba por agravar o rol das vítimas.¹⁴⁶

Levando em consideração as implicações da inserção do Estado nas questões criminais como um todo, pode-se dizer que a estrutura que expropria o conflito da vítima, criadora de uma “superparte” foi, paulatinamente, sendo inserida nas teorias do direito penal e do processo penal. Inicialmente, quanto ao direito penal, o primeiro avanço consistiu na compreensão de que o criminoso comete crimes na medida em que desrespeita uma norma jurídica. Diante disso, fundados na teoria do delito, os estudos penais levam em consideração os três elementos constitutivos do crime: fato típico, ilícito e culpável. Assim, não realiza qualquer análise do crime sob o enfoque da vítima.¹⁴⁷

Nesse sentido, fazendo referência às teorias próprias do crime no direito penal, manifestou-se Ana Sofia de Oliveira, para quem “o embate entre a teoria causal da ação e o finalismo caracterizou também as discussões acadêmicas nas primeiras décadas deste século, e a vítima não encontrou espaço nesta discussão.”¹⁴⁸

¹⁴⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 475-76.

¹⁴⁷ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16-17.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 37.

Assim como ocorre nas teorias do direito penal em que há a expropriação do conflito, o processo penal se caracteriza por fincar as suas bases justificadoras também na expropriação do conflito, “na compreensão do Estado como superparte que deve solucionar o conflito a partir da definição legal do ilícito”.¹⁴⁹

É com a vigência do princípio da oficialidade que a vítima começou, no campo jurídico e especialmente no campo processual penal, “o périplo do abandono”, por vezes quase completo, diante da Segurança Pública. Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, o princípio da oficialidade produziu um corte epistêmico não desprezível, no sentido de representar a consagração do público sobre o privado, isto é, para se determinar a quem caberia impulsionar e promover a investigação das infrações penais e, posteriormente, submetê-la, ou não, à apreciação jurisdicional por meio do exercício da ação. Trata-se, pois, da imposição da jurisdição estatal, em *ultima ratio*, sobre a vingança privada.¹⁵⁰ Nesse sentido, precisa é a lição do precitado autor, segundo o qual

Era sintomático que, chamando para si, com exclusividade, a jurisdição (o *dicere ius* ou o *iuris dictio*), e submetendo a sanção penal ao crivo da sua pena (com as consequências daí decorrentes, dentre elas a investigação e a ação penal oficial), abrisse o Estado as portas para que a vítima, antes senhora da ação e da punição – e não raro do perdão – fosse, paulatinamente, alijada do processo ou, pelo menos, ¹⁵¹ganhasse uma importância tão pequena que representasse um quase nada.

Para Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira, tudo começou a mudar quando, um belo dia, os senhores começaram a confiscar as vítimas; mais do que isso, passou-se a selecionar conflitos e, quando ocorriam e eram escolhidos, os apartava das vítimas, afirmando que a *vítima sou eu*. Nesse passo, afirma que o poder político passou a ser também o poder punitivo, apto a decidir os conflitos, em contar em nada com as vítimas, hoje desaparecida do cenário penal.¹⁵²

¹⁴⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 17.

¹⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 477.

¹⁵¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 477.

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 251.

De acordo com Salo de Carvalho, a principal conquista da modernidade foi a redução do poder de resolução do caso penal, além da aplicação da pena e da consequente execução da sanção em uma única figura: o Estado. Sob essa perspectiva, isso revela o fato de que não cabe mais ao homem resolver o conflito individualmente (autotutela) mas, sim, confere esse poder a um terceiro imparcial que atua como substituto processual.¹⁵³

Sobre o assunto, precisa é a lição de Juan Montero Aroca, para quem “puede decirse que el Estado produjo una cierta ‘expropiación’ de los derechos subjetivos penales, de modo que éstos no existen en manos de los particulares”¹⁵⁴. Em consonância com tal entendimento, na compreensão de García-Pablos de Molina, a neutralização da vítima pode ser verificada, pois, nas próprias origens do processo penal moderno, de modo que tal mecanismo de mediação e solução foi capaz de institucionalizar os conflitos e, com isso, despersonalizar a rivalidade entre as partes. Para além disso, o precitado autor sustenta que

Em virtude de o delito ter sido definido como o enfrentamento simbólico do infrator com a lei, como lesão ou perigo de lesão de um bem jurídico ideal, anônima e despersonalizadamente, a vítima se enfraqueceu, tornou fungível, irrelevante.¹⁵⁵

Com isso, revela-se o ostracismo que a vítima passou (e continua passando) no processo penal, na medida em que o Estado, enquanto Poder Judiciário, apropriou-se do conflito penal, ainda que ele tenha como protagonistas o ofensor e a vítima¹⁵⁶. Logo, pode-se dizer que o ilícito é considerado a violação da lei e, como

¹⁵³ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 146-47.

¹⁵⁴ AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal**: uma explicación basada en la razón. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 22.

¹⁵⁵ MOLINA, Antônio García-Pablos. **Criminología**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992, p. 22.

¹⁵⁶ A esse respeito, inclusive, importante é a lição de Clara Roman Borges acerca da negação da subsidiariedade e substitutividade no processo penal, mormente em relação aos ensinamentos de Thomas Hobbes. Para a precitada autora, “não se pode dizer que a jurisdição foi outorgada pelos cidadãos ao Estado, ou como dizia Thomas Hobbes ‘presume-se que o direito de punir que pertence ao Estado – ou seja, àquele ou àqueles que o representam – não tem seu fundamento em qualquer concessão ou dádiva dos súditos’. Portanto, ao contrário do que defendia Giuseppe Chiovenda e de acordo com a tese contratualista hobbesiana, o Estado no exercício de seu poder jurisdicional não substitui os cidadãos ao afirmar perante as partes uma obrigação de dar ou de fazer ou até uma punição prevista em lei, mas atua a soberania que lhe é inerente. Em verdade, ao criarem o Estado, os homens deixaram de castigar aqueles que lhe infligiam um mal e fizeram surgir para o ente encarregado de sua proteção um poder de resolver conflitos e punir. Tal fenômeno pode ser vislumbrado ainda com mais clareza na esfera do processo penal, em que nitidamente se observa

consequência, do Estado, tanto é que os tipos penais sempre têm um sujeito passivo constante: o Estado. Nesse sentido, manifestou-se Antônio Scarance Fernandes, para quem

Tornando-se público o Direito Penal, reservou o Estado para si o direito de punir, vedado a vingança privada; por isso grande parte da doutrina ressaltou ser ele sujeito passivo constante de todo crime. [...] Especificadamente nos estudos de processo penal, tem importância porque, ao se ressaltar que o Estado é sujeito passivo de todo crime, estaria sendo justificada a sua legitimação para a persecução penal na grande maioria dos crimes, nos casos de persecução penal privada, explicaria a necessidade de manifestação do Ministério Público na relação jurídica processual.¹⁵⁷

Até mesmo os doutrinadores que estudaram a natureza do processo e defendiam ser o processo uma relação jurídica entre o Estado (juiz), autor e réu, trouxeram a lume a expropriação do conflito como base justificadora. A ideia de processo como relação jurídica consiste, basicamente, em o Estado possuir o monopólio da jurisdição, representado pelo juiz, que se liga ao autor e ao réu em uma relação jurídica de direito processual.

Tal como fez constar Flaviane de Magalhães Barros, “esta teoria apóia-se no conceito civilístico de relação jurídica, não podendo ser dissociada do conceito de direito subjetivo compreendido como poder de alguém exigir de outrem a realização de uma conduta.”¹⁵⁸

Noutro giro, os processualistas penais, em sua grande maioria, são contrários ao prognóstico político-criminal abolicionista, isto é, não concordam com a posição de que é necessário devolver à vítima o seu direito expropriado. Para eles, não obstante os modelos de justiça criminal consensual serem cada vez mais comuns, à tendência de tornar a vítima sujeito do processo, não é possível concordar com a ideia de uma privatização processual, típica da estrutura acusatória germânica do medievo¹⁵⁹.

jamais ter ocorrido tal substituição, pois não se tem notícia de que as penas no sentido hodiernamente delineado foram algum dia aplicadas pelos homens, infere-se que esta foi desde sempre uma tarefa estatal.” (BORGES, Clara Roman. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 82-3.)

¹⁵⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 46.

¹⁵⁸ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 18.

¹⁵⁹ PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: **Discursos sediciosos** (9/10). Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 2000, p. 355.

Há quem sustente, por exemplo, que o Estado deve realizar a expropriação do “direito” da vítima, de modo que ela não tenha qualquer interesse penal¹⁶⁰. Para Afrânio Silva Jardim “a aplicação de uma determinada sanção penal não está voltada para a satisfação retributiva da vítima”, ainda que se reconheça (ou se possa reconhecer) a possibilidade de sua vontade natural de ver punido o seu agressor. Logo, na visão do precitado autor, não pairam dúvidas sobre a afirmação de que a pena não possui a função de reparar o dano, não tendo, assim, caráter reparatório¹⁶¹.

Em *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, Hannah Arendt reafirmou a ideia, ao lembrar o episódio do julgamento de Eichmann, na Alemanha nazista, por conta das ações relacionadas ao extermínio de judeus:

Os processos criminais, uma vez que são obrigatórios, e devem ser iniciados mesmo que a vítima prefira perdoar e esquecer, repousam em leis cuja “essência (...) é que o crime não é cometido só contra a vítima, mas primordialmente contra a sociedade cuja lei é violada. O malfeitor é levado à justiça porque seu ato perturbou e expôs a grave risco a comunidade como um todo, e não porque, como nos processos civis, indivíduos foram prejudicados e têm direito à compensação. A compensação efetivada nos casos criminais é de natureza inteiramente diferente: é o corpo político em si que exige “compensação”, e é a ordem pública que foi tirada de prumo e tem de ser restaurada, por assim dizer. Em outras palavras, é a lei, não a vítima, que deve prevalecer.¹⁶²

Em decorrência deste pensamento, verifica-se que os focos das atenções voltaram-se sobre os réus que, com a modernidade, foram alçados à condição de cidadãos, como era indispensável, e, por este motivo, tornaram-se objetos de proteção.

Para Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, essa era (e é) a missão primeira do Estado que, em face da legalidade, garantia (ou deveria garantir) a igualdade; no entanto, isso não passou de um ledó engano¹⁶³. Sobre o tema, Salo de Carvalho fez uma ressalva no sentido de que o processo penal, tal como é proposto hoje,

¹⁶⁰ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 148.

¹⁶¹ JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 13.

¹⁶² ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999, p. 283.

¹⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 477.

revestido de uma instrumentalidade garantista, serve e se direciona à defesa do acusado contra os poderes públicos e/ou privados, e não a vítima.¹⁶⁴ Além disso, para ele, seria possível afirmar que trazer a vítima ao processo

é deflagar processo de revitimização, potencializando novamente os efeitos da lesão sofrido anteriormente, pois se o escopo do processo é a reconstrução de um fato pretérito não mais passível de experimentação para solucionar o caso penal, ao proporcionar tal experiência à vítima, estaríamos fazendo com que ela revivesse aquele momento de dor e angústia.¹⁶⁵

Para além disso, há quem sustente que a proposta de resgate da vítima significa uma privatização (comercialização) do processo penal, passando por uma proposta romântica do ser humano como capaz de diálogo em momento de crise; “de uma visão ingênua do homem e de suas perversões”¹⁶⁶. Logo, resgatar o papel da vítima, hoje, parece ser bastante complexo e difícil, na medida em que, para tanto, seria necessário renegar o papel do Estado o que soa (ou pode soar), no mais das vezes, “como ato reacionário, de todo indigesto e indesejado por quem pensa sempre na democracia”.¹⁶⁷

Mas não é só: tal como alertaram Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira, “no dia em que o poder punitivo restituir vítima com seriedade, passará a ser qualquer outro modelo de solução de conflitos, mas deixará de ser poder punitivo”, na medida em que perderá um dos elementos do seu caráter estrutural que é justamente o confisco da vítima.¹⁶⁸ Pode-se dizer, assim, que a participação da vítima não faz qualquer sentido no processo penal tal como concebido pelos ordenamentos jurídicos modernos.

¹⁶⁴ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 150.

¹⁶⁵ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 150.

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 151.

¹⁶⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁶⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010, p. 251.

3.2 A ATUAL FORMA DE PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NO PROCESSO PENAL: A ASSISTÊNCIA DE ACUSAÇÃO

O artigo 268, do Código de Processo Penal, prevê que em todos os termos da ação pública, o ofendido, seu representante legal ou na falta de qualquer um desses, as pessoas mencionadas no artigo 31¹⁶⁹ do diploma processual, poderá intervir como assistente do Ministério Público, desde que o órgão acusador concorde com a assistência, conforme estabelece o artigo 272, do Código de Processo Penal.

Tais legitimados poderão, no âmbito do processo, propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, além de participar dos debates orais no Tribunal do Júri e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio nas hipóteses dos artigos 584, §1º e 598, ambos do Código de Processo Penal.

Vale ressaltar que, quando o ofendido, ou os legitimados intervêm como assistente indo a juízo, não o fazem para a defesa de um direito próprio, mas, sim, para auxiliar a acusação pública¹⁷⁰, realizada exclusivamente pelo Ministério Público. Em razão disso, há quem sustente que o assistente da acusação é uma parte secundária, acessória e contingencial, tendo em vista que o processo independe dela para existir e se desenvolver.¹⁷¹

Cabe a ele, ainda, o ônus de comparecer aos atos da instrução e julgamento para os quais for intimado; descumprindo o ônus, o processo prosseguirá independentemente de intimação do assistente, tal como prevê o § 2º, do artigo 271, do Código de Processo Penal. Ademais, caberá ao assistente de acusação apresentar alegações finais, após o Ministério Público já ter apresentado; podendo, inclusive, recorrer quando o órgão acusador não o fizer.

Tal como é regulamentado, o assistente de acusação não demanda qualquer pretensão civil no processo penal, presta-se, apenas, a contribuir ativamente para a responsabilização do autor do fato, ainda que, haja entendimento no sentido de que no juízo criminal a assistência se explica também do ponto de vista da recomposição patrimonial do delito, na medida em que a sentença penal condenatória constitui

¹⁶⁹ “Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.”

¹⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997, p. 235.

¹⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 766.

título executivo judicial, nos termos do artigo 475-N, II, do Código de Processo Penal.¹⁷²

Assim, há quem sustente que “o que legitima a assistência da acusação é a circunstância concreta e legal de poder o ofendido sustentar, em nome próprio, demanda contra o réu, pela mesma causa de pedir”. Isto é, como assistente do Ministério Público, tende-se a evitar que a decisão criminal possa suprimir direito patrimonial da vítima, sem que houvesse a sua participação processual.¹⁷³ Assim, bastaria que a vítima, após eventual condenação, promovesse a execução do título judicial na esfera cível, buscando o pagamento do valor fixado na sentença penal a título de indenização. Sob esse ponto de vista, o que motiva a intervenção da vítima como assistente da acusação é o interesse econômico.

A esse respeito, entende-se que o processo penal, tal como é concebido pelo ordenamento jurídico brasileiro, não proporciona uma devida restituição à vítima, em que pese se entender que os prejuízos sofridos por ela devem ser inteiramente satisfeitos na esfera cível, sob pena de um desvirtuamento completo do sistema jurídico penal, quando se presta a satisfazer algo alheio à sua função.¹⁷⁴

Por outro lado, a vítima ou os legitimados podem ser motivados, também, pelo sentimento de vingança. O argumento de que o assistente visa “fazer” justiça ou “contribuir para” a justiça parece ser bastante frágil, pois o conceito de justiça conduz, invariavelmente, à condenação do acusado. Logo, falar em “sentença justa”, em tais casos, “é recorrer a um conceito vago, que oculta, no fundo, uma visão unilateral e vingativa”, na medida em que a sentença só se torna justa quando é condenatória.¹⁷⁵

Quanto a esse sentimento, tem-se pouca dúvida de que ele gera uma contaminação no processo e em nada contribui para a manutenção de um processo penal equilibrado e ético, o que dificulta a devida administração da justiça.

Diante disso, tem-se presente que a participação da vítima não faz sentido no processo penal tal como concebido pelos ordenamentos jurídicos modernos, razão pela qual se fazem tantas críticas à assistência da acusação, em que pese se ter consciência de que a vítima não pode ficar, ainda mais, desamparada. Diante disso,

¹⁷² OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 520.

¹⁷³ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 522.

¹⁷⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 770.

¹⁷⁵ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 767-68.

entende-se que novos caminhos precisam ser traçados para que a vítima faça parte da resolução das situações problemáticas da qual foi parte e, com isso, não busque apenas uma indenização pelos danos sofridos ou a satisfação do seu desejo de vingança.

3.3 A PARTE CIVIL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

3.3.1 As disposições do projeto de novo código de processo penal (PLS nº 156/2009)

Não é novidade para ninguém que o Brasil necessita de um novo Código de Processo Penal, vez que estamos (ou podemos estar) diante de uma incompatibilidade manifesta. O Decreto-Lei nº 3.689 de 1941, segundo boa parte da doutrina¹⁷⁶, não está e nunca estará em consonância com a Constituição da República de 1988, pois se está diante de um princípio inquisitivo a unificar o sistema e, portanto, há uma incompatibilidade estrutural.

Não obstante, há quem sustente diversamente, no sentido de se procurar uma solução para os atuais problemas do sistema de justiça criminal tradicional para além das tendências e discussões acerca dos sistemas processuais no momento de aplicação do direito penal, isto é, encontrar novos caminhos a serem trilhados através de novos olhares sobre o crime e a criminalidade.¹⁷⁷

De toda forma, o fato é que mesmo depois de quase 25 anos de *Constituição Democrática* a situação tem se mostrado insustentável, a cada dia, mormente porque o cidadão permanece sendo cidadão *de direito*, mas não parece ser *de direito e de fato*. Ele, detentor de direitos e garantias individuais previstas na Constituição da República, não faz jus a elas dentro do processo penal.

Por isso, no mais das vezes, o acusado de crime é devorado por um juiz reprodutor do ideário de um Estado punitivo e acaba com frequência inusitada na

¹⁷⁶ Por todos, COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 39, 2010, p. 187-206.

¹⁷⁷ Por todos, v. BORGES, Clara Roman. **Um olhar além dos sistemas processuais penais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 104, p. 147, set. 2013.

prisão, já a vítima resta esquecida, tentando superar os traumas e perdas decorrentes da lesão sofrida. As estimativas do Ministério da Justiça – InfoPen¹⁷⁸ – mostram isso: hoje se tem mais de meio milhão de detentos no Brasil, dentre homens e mulheres.

Levando-se em conta a necessidade de enxergar o sistema de justiça criminal com outros olhares, o fato é que o problema também é de ordem processual penal. Em decorrência disso, mudanças globais pareceram necessárias¹⁷⁹. Por essa razão, foi criada uma Comissão Externa de Juristas do Senado Federal com a finalidade de elaborar uma reforma global no Código de Processo Penal para, enfim, tentar promover a adequação da legislação processual penal à Constituição da República¹⁸⁰.

Dentre mudanças substanciais, a parte civil ganhou relevo naquela estrutura, mormente a partir da análise do papel da vítima na estrutura do processo penal. Tal fato pode ser facilmente verificado nas legislações estrangeiras, notadamente da Itália, onde a vítima ocupa um lugar evidentemente mais importante e se mostra mais compatível com um sistema que se pode chamar de democrático.¹⁸¹

Buscou-se, naquela oportunidade, demonstrar que o papel da vítima é extremamente importante e por isso a parte civil surgiu como um meio – processual – de contribuir para a superação (ou quebra) do paradigma punitivo, hoje consolidado no sistema de justiça tradicional. Assim, pretendeu dar a sua contribuição para um processo penal mais democrático, notadamente no Brasil que, via de regra, busca condenar o acusado e esquece de dar amparo àqueles que sofreram danos em razão de determinado fato típico.

¹⁷⁸ BRASIL, Ministério da Justiça – Sistema Prisional. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?View=%7BD574E9CE-3C7D-437A-A5B6-22166AD2E896%7D&Team=¶ms=itemID=%7BC37B2AE9-4C68-4006-8B16-24D28407509C%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 21.out.2013.

¹⁷⁹ Sobre isso, v. também HARTMANN, Érica de Oliveira. As reformas do processo penal: rumo ao sistema acusatório? In: **Revista Raízes Jurídicas**, v. 5, n. 2, jul./dez. 2009, p. 227-231.

¹⁸⁰ A compatibilização do projeto de novo código de processo penal com a Constituição da República apareceu por meio da regra do artigo 4º, que previa “o processo terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”.

¹⁸¹ Neste sentido v. CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Profili del nuovo código di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1990, p. 52-53.

No então Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal sob nº 156/2009¹⁸² buscou-se trazer a vítima para um lugar mais próximo daquele que se poderia considerar o devido, notadamente a partir de uma nova e própria disciplina jurídica da parte civil no processo penal.

De acordo com a exposição de motivos do anteprojeto supracitado, tal forma de sanção (atribuição de danos morais) pode “se revelar ainda mais proveitosa e eficiente, ao menos da perspectiva da pacificação dos espíritos e da consciência coletiva da eficácia normativa.”¹⁸³ Essa preocupação com o apaziguamento dos espíritos, porém, não restou muito bem clara na redação apresentada para aprovação do Senado.

O supracitado projeto de novo código de processo penal (reforma global) previu, em seção específica¹⁸⁴, instituto denominado *parte civil*, não antes existente na legislação brasileira, em que pese ser largamente utilizado em outros países¹⁸⁵. Diante da referida previsão legal, foi necessário traçar algumas previsões, especialmente acerca da estrutura da adesão e da possibilidade (ou não) das esferas no novo Código de Processo Penal.

Em sendo assim, o anteprojeto de novo Código de Processo Penal – seguido pela redação aprovada pelo Senado Federal e agora em tramitação na Câmara dos Deputados– estabeleceu, a partir da efetivação do sistema de matriz

¹⁸² Atualmente o Projeto de Lei está em trâmite na Câmara dos Deputados sob o nº 8045/2010, com regime de tramitação especial, aguardando apreciação do plenário daquela casa de leis.

¹⁸³ BRASIL, Projeto de Lei iniciado no Senado Federal sob o nº 156/2009 (Reforma do Código de Processo Penal). Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=90645>. Acesso em: 21.out.2013.

¹⁸⁴ Capítulo V, Seção II.

¹⁸⁵ A esse respeito, “o exame do direito comparado – Itália, Espanha, Portugal, Alemanha – indica a prática comum e rotineira da união de instâncias (Criminal e Cível) quando diante de fato que esteja a reclamar a imposição de pena (Direito Penal) e recomposição civil dos danos causados pela infração penal. Para estes delitos, normalmente, a jurisdição seria provocada em duas frentes: no juízo criminal, em ação penal proposta pelo Ministério Público, e no juízo cível, na ação de recomposição proposta pela vítima do crime. Em Portugal (art. 71, CPP português), por exemplo, o ajuizamento da ação penal impede o ingresso na instância cível! E por quê? Porque o juízo criminal decidirá também a matéria civil. Mas não é só. Como o ofendido é titular de direito subjetivo à recomposição civil, deveria ter ele também o direito de ação. A solução ali encontrada foi a de permitir o ingresso do ofendido como parte civil nos autos da ação penal, manejando ele, em face do acusado, todas as faculdades processuais que teria no juízo cível. Como não poderia deixar de ser.” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 521.)

acusatória, regras específicas para adesão da vítima ou de pessoas legitimadas ao processo penal.¹⁸⁶

Definiu que a vítima, se desejar e no prazo estabelecido em lei – por meio de advogado¹⁸⁷ –, passará a integrar o processo (como parte) mediante *adesão civil* ao processo, isto é, nos estritos limites da inicial acusatória. Poderá ela, nesta qualidade, pleitear ao juiz criminal danos morais decorrentes da infração criminal.

Isto significa dizer que a sua condição não se limitará ao ingresso no processo como *assistente de acusação*, como ocorre atualmente¹⁸⁸; poderá ela integrar o processo como efetiva parte processual – como é o acusado, por exemplo – para que, ao final, seja contemplada, mediante o arbitramento de dano moral, pela sentença penal condenatória.

Sendo assim, a parte civil, conforme prevê o referido Projeto de Lei e como quer também o processo penal italiano¹⁸⁹, terá as mesmas faculdades e os mesmos deveres processuais do assistente, além de autonomia recursal quanto à matéria tratada na *adesão*, garantindo-se ao acusado, por ser constitucional, o exercício da ampla defesa. Em agindo assim, a *adesão/recomposição civil*, será uma forma daquele que sofreu danos (parte civil) em razão do delito, pedir a devida reparação no processo penal, fazendo efetivamente parte deste.¹⁹⁰

A partir do desejo manifestado da parte em realizar a referida *adesão civil*, o dano moral decorrente da infração penal, e somente ele – já que os danos materiais deverão ser pleiteados junto ao juízo cível, necessariamente – poderá ser arbitrado pelo magistrado por ocasião da prolação da sentença penal condenatória, sem prejuízo da ação civil em razão da independência das esferas.

¹⁸⁶ As pessoas legitimadas para ingressar no processo estão previstas no art. 77 (numeração do artigo na versão aprovada pelo Senado Federal): “Art. 77. Em todos os termos do processo penal, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, a vítima ou, no caso de menoridade ou de incapacidade, seu representante legal, ou, na sua falta, por morte ou ausência, seus herdeiros, conforme o disposto na legislação civil.”

¹⁸⁷ Prevê o texto, no art. 81, § 2º (numeração da versão aprovada pelo Senado Federal) que: “§ 2º Se a vítima não puder constituir advogado, circunstância que deverá constar da notificação, ser-lhe-á nomeado um pelo juiz, ainda que apenas para o ato de adesão civil à ação penal, caso em que o advogado poderá requerer a extensão do prazo por mais 10 (dez) dias improrrogáveis.” Por consequência, caberá ao advogado, na hipótese de condenação, honorários advocatícios, conforme o art. 81, § 3º (numeração da versão aprovada pelo Senado Federal): “§ 3º A condenação do acusado implicará, ainda, a condenação em honorários, observadas as regras do Código de Processo Civil, devidos ao advogado constituído pela parte civil ou nomeado pelo juiz.”

¹⁸⁸ Prevê o art. 268, do Código de Processo Penal, que “Em todos os termos da ação pública, poderá intervir, como assistente do Ministério Público, o ofendido ou seu representante legal, ou, na falta, qualquer das pessoas mencionadas no Art. 31.”

¹⁸⁹ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000, p. 227.

¹⁹⁰ CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000, p. 216.

Necessário frisar, contudo, que o magistrado não poderá, em nenhuma hipótese, arbitrar indenização por danos morais sem que a vítima tenha pleiteado por meio da *adesão civil* (que constitui o único momento processual adequado para tal postulação, sob pena de preclusão do direito de fazê-lo na esfera penal¹⁹¹), bem como ele (o juiz) não poderá condenar na hipótese em que a vítima tenha deixado de formular o pedido condenatório¹⁹². Neste caso, portanto, o juiz ficará (deverá) adstrito ao pedido formulado pela parte civil.

Além disso, o projeto já aprovado pelo Senado Federal, assim como o anteprojeto, estabeleceu que a referida adesão não obsta a propositura de ação civil contra as pessoas que, por lei ou contrato, tenham responsabilidade civil pelos danos morais e materiais causados pela infração.

Por outro lado, prevê o texto que na hipótese de formulação de pedido de reparação de dano moral no juízo cível, em que as causas de pedir sejam as mesmas, restará prejudicada a *adesão* no processo penal, sem prejuízo da execução da sentença penal condenatória. Noutra giro, ocorrendo o trânsito em julgado da sentença condenatória sua execução poderá ser promovida, sem inibir a propositura da ação de indenização.

As esferas, cível e penal, como bem se sabe, são independentes. Porém, isso não significa que não possam se comunicar. Prevê o precitado projeto de lei que a reparação dos danos morais arbitrada na sentença penal condenatória deverá ser considerada no juízo cível, quando da fixação do valor total da indenização devida pelos danos causados pelo ilícito.

E mais: no caso de precedência no julgamento das pretensões no processo civil contra o acusado e/ou outros responsáveis civis pelos danos decorrentes da infração, o valor arbitrado na sentença penal para a reparação do dano moral não poderá exceder àquele fixado no juízo cível para tal finalidade.¹⁹³ Tais artigos

¹⁹¹ O texto do PLS nº 156/2009 aprovado pelo Senado possui a seguinte redação: “Art. 81. A vítima ou, no caso de sua ausência ou morte, as pessoas legitimadas a ingressar como assistentes, sem ampliar a matéria de fato constante da denúncia, poderá, no prazo de 10 (dez) dias, requerer a recomposição civil do dano moral causado pela infração, nos termos e nos limites da imputação penal, para o que será notificado após o oferecimento da inicial acusatória.”

¹⁹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009, p. 109.

¹⁹³ À guisa de exemplificação, prevê o PLS no art. 84, parágrafo único (numeração dada pela versão aprovada pelo Senado Federal) que: “O juiz civil poderá suspender o curso do processo até o julgamento final da ação penal já instaurada, nos termos e nos limites da legislação processual civil pertinente.”

buscaram provocar a *quebra* na litispendência, de modo que só será possível demandar no cível (quando já tiver se procedido à *adesão*) por outros fundamentos sendo, nessa via, os pedidos diversos, ou seja, tratam de questões diferentes da mesma lide.

O projeto não se limitou, por certo, em regulamentar hipóteses em que haja condenação do acusado. Ele prevê que as decisões judiciais proferidas no curso do inquérito policial ou do processo penal que reconhecerem a extinção da punibilidade ou a absolvição por atipicidade ou por ausência de provas não impedirão a propositura de ação civil. Assim, ocorrendo alguma das hipóteses elencadas, o cidadão poderá socorrer-se do processo civil para ver sua pretensão satisfeita.

As previsões legais sobre a *adesão* ao processo penal, pela parte civil, foram, em parte, positivas; o projeto deixou patente o escopo de ampliar a participação da vítima, por certo dentro do possível e de forma a não inviabilizar (pela cumulação) o próprio processo penal e sua finalidade de acerto do caso penal.

Todavia, se limitou a postulação do dano moral dentro do processo penal, principalmente em razão da lógica e da missão do modelo de novo processo penal proposto pela Comissão de Juristas do Senado Federal. Por isto, optou-se tão somente pela possibilidade do arbitramento do dano moral no bojo do processo penal em face da finalidade almejada, que pode, a título de sugestão, ser traduzida pelo trinômio *garantia-agilidade-efetividade*.

A princípio, deveria ser assim, haja vista que a verificação da ocorrência de dano moral, por si só, não requer, via de regra, *grande* dilação probatória. Pelo contrário, “independe de prova, ou melhor, comprovada a ofensa moral o direito à indenização desta decorre, sendo dela presumido”, motivo pelo qual caberia ao ofensor a responsabilização pela simples violação do *neminem laedere*, como quer a doutrina processualista civil de Rui Stoco¹⁹⁴.

Contudo, isso não significa que a mera afirmação da vítima sobre ter sofrido abalo moral lhe garantiria respectiva compensação; há, certamente, necessidade de verificação, pelo magistrado, mediante análise das circunstâncias dos fatos, da extensão do dano no caso concreto e da possibilidade da sua reparação.

¹⁹⁴ STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 1.714.

Por certo, se há sentença penal condenatória nos termos e limites da inicial acusatória, resta pouca dúvida do dano moral, pois *in re ipsa*. Em assim sendo, o arbitramento (a extensão) do *quantum* do dano caberá ao magistrado que, a partir do que lhe foi apresentado fixará valores, tendo em vista que em tal plano não há expressão matemática ideal ou materialização no mundo físico do tamanho do prejuízo imaterial que o injusto ensejou.¹⁹⁵

Diversamente, o dano material é aquele que atinge diretamente o patrimônio das vítimas e requer, essencialmente, a demonstração do nexo de causalidade entre a conduta do *agente lesionador* e o efetivo prejuízo de ordem patrimonial na esfera de outrem. Trata-se, portanto, de matéria tipicamente civil e que não tem espaço a ser alcançada na esfera penal.

Ora, nesses casos se faz necessária, com frequência, longa instrução probatória, mediante todos os meios probatórios previstos no Código de Processo Civil, de modo a ser capaz de dar sustento técnico para a condenação na esfera cível e, principalmente, para limitar a extensão do *quantum* indenizatório, porque ele deve se limitar aos pedidos formulados a eles devem dizer respeito ao prejuízo de ordem material. No caso e em geral, quando se cumulam pedidos de ordem material e moral, a prova destes vem disposta a partir da prova daqueles, sem embargo de poderem exprimir situações fáticas distintas.¹⁹⁶

O dano moral, nesse passo, possui natureza compensatória, porque punitiva (especialmente quando proveniente de ilícito penal), enquanto o dano material possui natureza ressarcitória, capaz de recompor a situação patrimonial pretérita, antecedente à ocorrência do dano.

Ou seja, tudo o que se não quer é o *emperramento processual penal*, isto é, algo que o transforme em processo moroso, infinito e, na imensa maioria dos casos, muito penoso para os réus, mas também para as vítimas ou pessoas legitimadas para ingressar como assistentes no caso, principalmente, de morte, menoridade ou incapacidade.

¹⁹⁵ Conforme prevê o projeto no art. 81, § 1º (numeração da versão aprovada pelo Senado Federal), “§ 1º O arbitramento do dano moral será fixado na sentença condenatória e individualizado por pessoa, no caso de ausência ou morte da vítima e de pluralidade de sucessores habilitados nos autos.”.

¹⁹⁶ Sobre as diferenças dos danos morais e materiais, manifestou-se Franco Cordero: “È espediente debole postulare l'integrità psicofisica come valore appartenente al patrimonio: dove il danno sia anche mediatamente stimabile in moneta, nulla quaestio; talvolta però l'effeto lesivo appartiene a purè economie del corpo o dell'anima, senza riferimenti monetari”. In: CORDERO, Franco. **Procedura penale**. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2000, p. 264.

Tudo isso, contudo, poderia ser até facilmente verificado quando se tem um processo com necessária demanda probatória de natureza cível, tais como perícia ou oitiva de diversas testemunhas, motivo pelo qual a limitação da apreciação pelo juízo penal ao dano moral se mostrou, de acordo com a exposição de motivos do precitado anteprojeto, necessária. A prova do dano moral, portanto, deve ser facilmente produzida no processo penal, sob pena de se remeter as questões à esfera cível.

Como se vê, foi feita uma opção por não adotar a teoria unitária, de modo a apartar a análise jurisdicional acerca da possibilidade de reparação do dano moral e do dano material. Optou-se, nessa via, por não se adotar o sistema europeu, com uma parte civil *vera e própria*, em face do problema temporal: os processos tenderiam, na nossa estrutura, a não terem fim, doença que continua impregnando o processo penal deles.

Por isso, restou estabelecido no projeto de novo código, que na hipótese de o arbitramento do dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal ser imperiosa a remessa ao juízo cível, de modo que não haja prejuízo ao caso penal. Ou seja, caberia ao juiz criminal verificar a conveniência da análise do dano moral em tal esfera, haja vista que não é possível impor a ele critérios objetivos que contemplem todas as questões, mormente quando se tratar de casos penais complexos.¹⁹⁷

Estas são, portanto, as principais contribuições do projeto de reforma global do Código de Processo Penal atual. Ao que tudo indica, houve uma preocupação em (re)integrar a vítima – ou as pessoas legitimadas – ao processo penal, o que, de fato, atualmente não há. Nessa perspectiva, pode-se dizer que a previsão da parte civil indica, de alguma maneira, no sentido da democratização processual no âmbito criminal, em que pese não levar em consideração algumas ideias de humanização e apaziguamento dos espíritos daqueles que estiveram envolvidos em um ato tido como criminoso.

¹⁹⁷ Prevê o art. 82, parágrafo único (numeração dada pela versão aprovada pelo Senado Federal): “Parágrafo único. Quando o arbitramento do dano moral depender da prova de fatos ou circunstâncias não contidas na peça acusatória ou a sua comprovação puder causar transtornos ao regular desenvolvimento do processo penal, a questão deverá ser remetida ao juízo cível, sem prejuízo do disposto no inciso II do art. 475-N do Código de Processo Civil.”

É bastante claro, também, que toda a preocupação em formular tal instituto teve como ponto de partida a vitimologia e todo o histórico de exclusão das vítimas do âmbito processual. Como consequência, pecou por não permitir uma reflexão do ponto de vista dos acusados que, ao que tudo indica, caminham para serem, dessa forma, punidos sob o manto da questão financeira, também, além das penas já previstas no Código Penal atual.

3.2.2 Uma marca do autoritarismo: a imposição do “instituto” para o acusado

Em que pese o grande esforço perpetrado pela Comissão Externa de Juristas do Senado Federal para a reforma global do atual Código de Processo Penal, assim como o objetivo de (re)inserir a vítima no processo para que ela, enfim, possa ser considerada, de fato, uma parte no processo, a marca do autoritarismo presente no sistema de justiça criminal tradicional não deixou de ser percebida; ela está marcada, até mesmo arraigada.

A exemplo disso, tem-se conhecimento, inclusive, da atual redação do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal¹⁹⁸, que estabelece que o juiz, ao proferir sentença condenatória, “fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido”.

Não obstante a intenção do legislador parecer não ter sido má, o fato é que a lógica de condenação do sistema de justiça criminal tradicional permanece inalterada, no sentido de condenar, seja por meio das penas que incidem sobre o corpo (e a alma) do acusado ou, com tal proposta, por meio de reparações financeiras às vítimas ou àqueles de direito. Tudo não passa de uma retribuição, fazendo coro com o paradigma punitivista tão arraigada no atual sistema de justiça.

Em relação à redação do precitado artigo, há que se registrar que, tal como afirmou Fernando da Costa Tourinho Filho, os efeitos da sentença, nesse caso, além de ser de natureza civil são considerados primários¹⁹⁹. Logo, não faz nenhum

¹⁹⁸ Eis a redação do referido artigo: Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

¹⁹⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 4. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 384.

sentido condenar o réu ao pagamento de reparação pelos danos causados em decorrência do delito se não há sequer pedido formulado nesse sentido.

Não se tem muita dúvida de que nesses casos o pedido de condenação deveria ser formulado pela vítima, porém a tradicional desvinculação da vítima em relação ao processo acaba por autorizar o juiz a estabelecer de ofício a indenização mínima. Ou seja, o Estado acaba condenando sem um pedido ou qualquer manifestação do acusado. Fulmina-se, portanto, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, além daqueles previstos na Constituição da República, tais como os da ampla defesa e do contraditório.

Diante disso, a todo evidente não soa verdadeira a intenção do legislador verificada na exposição de motivos do Projeto de Lei nº 4.207/2001 que inseriu o inciso IV, ao artigo 387: “Em benefício da vítima, que ocupa lugar de destaque no processo penal contemporâneo, o art. 387 do Código de Processo Penal, que cuida da sentença penal condenatória, teve acrescido um inciso (VII), estipulando que nela o juiz fixe, desde logo, valor mínimo para reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; e ao art. 63, atinente aos efeitos civis da sentença penal, foi acrescentado o parágrafo único, determinando que, transitada em julgado a referida sentença, a execução pode ser efetuada pelo valor fixado pelo juiz, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido. (...) Desse modo, a vítima poderá ser desde logo satisfeita, embora parcialmente, sem necessidade de aguardar as delongas do processo civil de liquidação”.

Não por outro motivo que, segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, a reforma levada a efeito pela Lei nº 4.207/2001 é, à evidência, inconstitucional, “a começar pela ofensa ao princípio do devido processo legal, em face da violação inequívoca ao princípio da correlação entre imputação e sentença”. Conclui, portanto, não ter ela qualquer fundamento basicamente por duas razões: a um, mexe no sistema processual penal para criar uma balbúrdia e, a dois, é inconstitucional na medida em que viola o princípio do devido processo legal, previsto no artigo 5º, LIV, da Constituição da República.²⁰⁰

²⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 485.

O fato é que, com as reformas produzidas até hoje, a tendência é dar às vítimas o destino que se deu às testemunhas: expô-las ao desastre. Para o precitado autor, as vítimas, no Brasil, estão fadadas ao amargo esquecimento, justamente porque não há olhos para elas.²⁰¹

Veja-se que a previsão do artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, bem como a proposição legislativa referente à parte civil, estabelecem uma maior legitimação (até mesmo um incentivo) da possibilidade de se requerer no campo processual penal o arbitramento de danos morais o que, provavelmente, conduzirá a um aumento de condenações e ao fortalecimento de um sentimento de vingança por parte das vítimas. Sem dúvida, este não parece ser o melhor caminho para se promover a democratização do atual sistema, altamente marcado por visões e práticas autoritárias, especialmente por parte do Poder Judiciário enquanto autoridade sentenciante.

Tal como acontece atualmente, aplicando-se ou não a regra do artigo 387, IV, do Código de Processo Penal, há uma imposição de pena ao réu, sem garantia da ampla defesa, já no momento em que a parte civil adere ao processo ou, mais comumente, quando o magistrado profere a sua sentença.

Da leitura que se faz das precitadas disposições legislativas quanto à parte civil verifica-se que também não há qualquer preocupação com os direitos do acusado e com as consequências financeiras a serem fixadas na sentença condenatória, bem como em relação às questões daí decorrentes. O réu que, no mais das vezes, é vítima também de uma sociedade violentamente desigual, com a referida inovação legislativa, poderá ao mesmo tempo ser condenado em termos monetários.

Enfim, pode o acusado ser condenado duplamente em um só processo. Tamanha é a preocupação com a questão financeira (e não humanizadora) da pena que, o precitado anteprojeto de lei, estabelece que “a condenação do acusado implicará, ainda, a condenação em honorários” que, conforme determina o Código de Processo Civil, serão “devidos ao advogado constituído pela parte civil ou nomeado pelo juiz”.

²⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 485.

Porém, parece que a lógica precisa ser alterada. Alguns casos, aliás, demonstram, que as vítimas não se contentam, pura e simplesmente, com a punição do acusado (ou mais uma punição, agora de ordem financeira), nem mesmo acreditam que a *justiça tenha sido feita* quando há decreto condenatório, seja ele de que natureza for. Um exemplo típico de tal assertiva é o caso mencionado por André Ribeiro Giamberardino; eis o seu relato:

Dois minutos. Segundo relato dos presentes, esse foi o tempo aproximado de duração do abraço entre a vítima – que havia ficado paraplégica – e o recém-condenado pela tentativa de homicídio da primeira, logo após o encerramento da Sessão de Julgamento da 2ª Vara Privativa do Tribunal do Júri de Curitiba, em 30 de julho de 2012²⁰². Não importa, por ora, os motivos do ato, as particularidades do caso, a personalidade dos envolvidos, a complexidade, enfim, envolvendo uma situação dramática que chega a um semelhante desfecho. O que importa, talvez, seja justamente o fato de nada disso realmente importar para a resolução técnico-jurídica do caso penal e sua compreensão pelos parâmetros tradicionais da dogmática penal material e processual.

Ao que parece, nesse caso, o mais importante para a vítima foi, de fato, a possibilidade de se (re)encontrar com o seu ofensor e, na presença dele, poder abraçá-lo. Sob esse olhar, questiona-se: de que adiantou condená-lo? Seria esse o real interesse da vítima? ²⁰³ Pode-se sustentar, inclusive, que muitas das vítimas que não cogitavam tal hipótese de ressarcimento de ordem moral, com a institucionalização da parte civil serão contaminadas pelo sentimento da necessidade de punição a qualquer custo. Abrir-se-ão caminhos para sentimentos antes não vivenciados o que, de fato, não se espera em uma sociedade que se quer democrática.

A questão que se coloca, sob esse ponto de vista, é sobre a possibilidade de pensar a pena a partir de um prisma diverso, isto é, que apostasse na participação dos próprios envolvidos no conflito, principalmente vítima e ofensor. Mais do que isso: seria necessário pensar se o paradigma punitivo, hoje efetivamente consolidado no Brasil, pode contribuir de alguma forma para o apaziguamento das dores e angústias das partes envolvidas em dada situação legalmente definida como “crime”, tanto da vítima, quanto do acusado.

²⁰² Processo criminal de autos n. 2010.16619-8, que tramitou na 2ª Vara do Tribunal do Júri do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, Paraná.

²⁰³ Ver texto André Giamberardino para citar corretamente quando der.

Ao que tudo indica, porém, a proteção às vítimas depende, verdadeiramente, da concreta efetivação da Constituição da República, ainda não levada a efeito devidamente e da maneira como se almeja.

3.2.3 A marca economicista da proposta meramente compensatória da vítima

Para Jessé de Souza, o economicismo é, na realidade, “o subproduto de um tipo de liberalismo triunfalista hoje dominante em todo planeta”, cujo objetivo é reduzir todos os problemas sociais e políticos à lógica da acumulação econômica. A partir dessa perspectiva de cunho econômico, o autor pretende demonstrar o porquê das dificuldades encontradas em se obter uma visão alternativa; segundo ele, no Brasil foi gestado entre os anos de 1930 e 1970 um tipo amesquinhado e pretensamente crítico de liberalismo que se consolidou como visão hegemônica do país desde os anos de 1970 e 1980 até os dias atuais, que acabou por culminar em uma síntese conservadora capaz de tornar as alternativas especialmente difíceis de serem concretizadas.²⁰⁴

A força do liberalismo economicista, hoje predominante entre nós, só foi levada a efeito “pela construção de uma falsa oposição entre mercado como reino paradisíaco de todas as virtudes e o Estado identificado com a corrupção e o privilégio”; trata-se, pois, de uma oposição simplista e absurda que permite, no Brasil, a eternização dos privilégios econômicos de alguns poucos. Tal eternização, invariavelmente, é vendida ao público como interesse de todos no combate contra uma corrupção pensada como “mal de origem” e supostamente apenas estatal²⁰⁵. Para ele,

Como todo conflito social é dramatizado nessa falsa oposição entre mercado divinizado e Estado demonizado, os reais conflitos sociais que causam dor, sofrimento e humilhação cotidiana para dezenas de milhões de brasileiros são tornados literalmente invisíveis.²⁰⁶

²⁰⁴ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 16.

²⁰⁵ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 16-17.

²⁰⁶ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 17.

A precitada invisibilidade da sociedade propriamente dita e dos seus conflitos sociais mais relevantes possibilitou um tipo de economicismo absolutamente hegemônico, capaz de ser visto como a única linguagem social compreensível por todos. É por isso que, segundo Jessé de Souza, muitos dos problemas sociais e políticos brasileiros são amesquinçados e reduzidos a questões de “gestão de recursos”; e, em decorrência disso, cria-se uma falsa impressão de que temos conhecimento de nossos problemas sociais e o que falta é somente uma “gerência” eficiente, tal como uma visão tecnocrática do mundo, enquanto que, na verdade, não se sabe do que se está falando.²⁰⁷

A crença fundamental do economicismo reside na percepção da sociedade como sendo composta por um conjunto de *homo economicus*, isto é, indivíduos racionais “que calculam suas chances relativas na luta social por recursos escassos”, com disposições assemelhadas de comportamento, disciplina, autocontrole e autorresponsabilidade. Levando em consideração essa visão distorcida de mundo, “o marginalizado social é percebido como se fosse alguém com as mesmas capacidades e disposições de comportamento do indivíduo de classe média”. Nessa perspectiva, o marginalizado e a miséria são vistos como contingentes e fortuitos, um mero acaso do destino, cuja situação de absoluta privação é passível de fácil reversão, bastando, para tanto, uma mera ajuda passageira e tópica do Estado a fim de que ele “ande com as próprias pernas”; tal lógica é aplicada à todas as políticas assistenciais existentes entre nós.²⁰⁸

Portanto, o raciocínio economicista é, por vezes, visto como o remédio para todos os males de nossa sociedade, de nossa desigualdade. Contudo, a hegemonia do economicismo é capaz de encobrir os conflitos sociais mais profundos e fundamentais da sociedade brasileira, essencialmente a nunca percebida e discutida “divisão de classes”.

Para o precitado autor, a visão redutoramente econômica do mundo é dominante entre todas as pessoas e não só entre os economicistas propriamente ditos e os cientistas sociais, ou seja, atinge as “pessoas comuns”, aquelas que não possuem capital cultural e jargão técnico suficiente para falar com autoridade sobre

²⁰⁷ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 17.

²⁰⁸ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira**: quem é e como vive. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 17.

o mundo social. Em decorrência disso, o economicismo assume o patamar de ideologia dominante do mundo moderno.²⁰⁹

Todavia, o problema mais alarmante reside no fato de que existe hoje uma “cegueira” da percepção economicista do mundo, na medida em que se não vê o mais importante da questão, que é justamente a transferência de “valores imateriais” na reprodução das classes sociais e de seus privilégios no tempo. Com isso, levando em conta que todas as condições sociais, emocionais, morais e econômicas que possibilitam a criação de indivíduos produtivos e competitivos não são percebidas, o “fracasso” dos indivíduos das classes não privilegiadas geralmente é visto como “culpa individual”²¹⁰. O abandono social e político secular de classes sociais inteiras, por exemplo, são tornados invisíveis, a fim de que possa se propiciar a “boa consciência do privilégio” e torná-lo legítimo.²¹¹

Numa sociedade moderna, especialmente naquelas consideradas “seletivamente modernizadas”, como é o caso da brasileira, em que o que só conta é a economia, o dinheiro e as coisas materiais – aquelas que se pegam com as mãos – “é a percepção economicista do mundo que permite a legitimação de toda espécie de privilégio porque nunca atenta para as condições sociais, familiares e emocionais que permitem tanto a gênese quanto a reprodução no tempo de todo privilégio de classe”.²¹²

Considerando esse fetiche economicista como interpretação dominante e como remédio para todos os males no mundo, capaz de solucionar todos os problemas – sociais, culturais, políticos e econômicos – a opção pela parte civil, no processo penal, parece estar mais de acordo com a sociedade brasileira e a justiça penal tradicional vigente.

Sob essa lógica, faz sentido se condenar o acusado ao pagamento dos danos decorrentes da infração penal, pois em termos econômicos, à vítima, supostamente

²⁰⁹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 18.

²¹⁰ Nesse sentido, “a legitimação do mundo moderno como mundo “justo” está fundamentada na “meritocracia”, ou seja, na crença de que superamos as barreiras de sangue e nascimento das sociedades pré-modernas e que hoje só se leva em conta o “desempenho diferencial” dos indivíduos. Afinal, se alguém é 50 vezes mais produtivo e esforçado que outro, nada mais natural e “justo” que também tenha um salário 50 vezes maior e 50 vezes mais prestígio e reconhecimento.” (SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 22)

²¹¹ SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 20.

²¹² SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 20-21.

lesada, ainda que ela não tenha pleiteado o ressarcimento dos possíveis danos sofridos, ainda que se não concorde com essa posição. Ora, se nesta ótica o dinheiro é capaz de solucionar os problemas, sejam eles de que natureza for, o ressarcimento pelos danos sofridos em decorrência do crime parece ser a resposta ideal do Estado à vítimas como se, com isso, a vítima estivesse respaldada e não pudesse pleitear nada mais.

Sob essa perspectiva, os eventuais problemas de outras ordens, que não a econômica, isto é, aqueles de ordem “imaterial”, são considerados secundários ou até mesmo invisíveis, tal como denunciou Jessé Souza. Pode-se dizer, então, que o economicismo, dominante num estado como o brasileiro, foi decisivo para a escolha da parte civil na reforma do novo Código de Processo Penal, em detrimento de outras respostas à vítima com cunho mais social e humanitário, tal como a chamada justiça restaurativa.

É por isso que o sociólogo Jean Baudrillard afirmou que “os homens da opulência não se encontram rodeados, como sempre acontecera, por outros homens, mas mais por objetos”²¹³. Nesse sentido, também se manifestou Alexandre Wunderlich, para quem “o homem é treinado para viver num mundo em que a qualidade de vida significa quantidade de coisas”, de modo que atualmente não se tem reconhecimento pelo que se é, mas pelo que se tem²¹⁴.

Assim, a parte civil parece estar dentro da lógica de uma visão redutoramente econômica do mundo, na medida em que oferece uma resposta imediata às vítimas e à sociedade em geral em termos econômicos que, em muitos casos, é vista como suficiente para solucionar os problemas de modo instantâneo, sem se preocupar com as violações de ordem moral e psicológica, seja do ofensor ou do ofendido.

Ao que tudo indica, porém, a cegueira da visão redutoramente economicista do mundo não parece ser a ideal para a solução dos casos penais, na medida em que não contribui, verdadeiramente, para o apaziguamento das dores, sofrimentos e angústias derivadas do crime. Quanto ao ofensor, não há provas de que contribua, também, para se evitar novos crimes, para se evitar a reincidência. Na verdade, a parte civil é mais um mecanismo para legitimar a atuação do Estado punitivista, e

²¹³ BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995, p. 15.

²¹⁴ WUNDERLICH, Alexandre. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 3.

potencializar o etiquetamento e a estigmatização seletiva de determinados indivíduos.

3.3 A VÍTIMA NO BALCÃO (OU NA PRATELEIRA) DA JUSTIÇA NEGOCIAL

Num país como o Brasil em que o campo jurídico encontra-se fundado em premissas elitistas e conservadoras e a própria Justiça constitui “o retrato da adesão às premissas liberais refletidas no excessivo, desumano e desigual tratamento penal”, em que os próprios operadores do direito são arregimentados a atuar de forma pragmática, convencidos de que a legitimidade de seu trabalho requer a adesão incondicional a todo tipo de resposta punitivista, não parece fazer sentido qualquer forma de justiça que possa ser considerada mais branda, menos burocrática ou conciliatória; ao contrário, tais formas de justiça soam, no mais das vezes, como impunidade.²¹⁵

Em face disso, Debora Regina Pastana constata que é até mesmo intrigante que a justiça penal brasileira, sob a justificativa de promover sua democratização, tenha reformulado a sua atuação ao aderir à chamada justiça negocial.²¹⁶

Contudo, pode-se dizer que a constatação da incapacidade do Estado moderno responder de forma eficaz a demandas de regulação, ao menos de acordo com as expectativas geradas por um modelo ideal de Estado do Bem-estar Social motivou o debate sobre a denominada justiça penal negocial (também chamada de consensual).²¹⁷

Além disso, esta adesão aos mecanismos chamados de negociais veio ao encontro da contemporânea promessa do Estado de proporcionar segurança pública total e, conseqüentemente, de encontrar meios para solucionar de forma mais abrangente os conflitos, a fim de resolver (ou pelo menos amenizar) o problema da

²¹⁵ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 181.

²¹⁶ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 181.

²¹⁷ PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de Carvalho; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81.

sobrecarga de litígios, morosidade e rotinização no âmbito do Poder Judiciário. Com isso, foi preciso promover, na esfera da justiça penal inclusive, uma informalização.

Porém, levando em consideração que no Brasil a justiça penal tradicional se caracteriza por se ater à regras institucionalmente estabelecidas, próprias do Estado, Debora Regina Pastana entende que não seria possível apregoar, no país, uma justiça informal, pelo menos em matéria penal que, como se sabe, é regida pelo princípio da legalidade, dentre outros. Por isso, não há que se falar em justiça informal, mas, sim, em uma justiça menos burocratizada e de acesso teoricamente mais fácil, tal como acontece atualmente com os Juizados Especiais Criminais.²¹⁸

A incorporação dessas inovações no sistema judicial brasileiro teve seu ápice com a promulgação da Constituição da República de 1988 que estabeleceu em seu artigo 98, inciso I, a criação de juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, abrindo caminho para, nas hipóteses previstas em lei, a transação penal e a composição dos danos civis, por exemplo.

Com isso, munida de expressões novas (juizados especiais e infrações de menor potencial ofensivo), a Constituição da República pareceu indicar um novo rumo para o processo penal, o que foi levado a efeito por meio da edição e Lei nº 9.099/95 que dispõe sobre os juizados especiais, cíveis e criminais. Tal como fez constar Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, “era um aceno a uma nova perspectiva, com os limites fixados no texto e, por óbvio, para gerar uma estrutura compatível com os demais princípios regentes da matéria na própria Carta”. Naturalmente, segundo ele, seria necessário ter cautela e, em face da novidade, proceder-se a um longo percurso de discussão e construção sólida daquilo que se mostrou como grande esperança à modernização e democratização do processo penal brasileiro²¹⁹.

Ao que parece, porém, é que o maior objetivo da Lei nº 9.099/95 era desafogar os sistemas carcerário e judiciário à época (e ainda hoje) bastantes sobrecarregados, com uma demanda muito superior à possibilidade de atendimento. Diante disso, buscou-se adotar um procedimento considerado mais simples e mais

²¹⁸ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 182.

²¹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 3-4.

célere, caracterizado, fundamentalmente, pela aplicação de penas alternativas à pena de prisão.

Inicialmente, a impressão que se tinha era a de que a Lei nº 9.099/95 teria revolucionado o sistema processual penal brasileiro, trazendo novos institutos e abrindo oportunidade para práticas de despenalização. De início, os juizados foram criados para tratar das infrações penais de menor potencial ofensivo, isto é, aquelas previstas na lei como de menor gravidade; tratavam-se das contravenções penais e dos crimes cuja pena máxima prevista em lei não fosse superiores a um ano.

Na época, idealizou-se os princípios considerados democráticos no campo jurídico, de modo que os juizados especiais tivessem como preceitos a oralidade, a informalidade, a celeridade, a simplificação e a economia processual. A partir deles, algumas inovações foram apresentadas pela Lei nº 9.099/95, tendo ganhado maior destaque aquelas atinentes aos juizados especiais criminais, tendo em vista que foram apresentadas como estranhas à tradição jurídica brasileira: estava-se a falar da possibilidade de conciliação entre as partes através da composição dos danos civis e de transação penal.

Para tanto, fazia-se necessário a existência de, pelo menos, algumas condições elementares para essa nova configuração de justiça, dentre as quais é possível destacar: (i) estrutura menos burocratizada e relativamente mais próxima do meio social; (ii) diminuição do uso da linguagem legal formal, a fim de que as partes compreendessem melhor o procedimento; (iii) mediação e conciliação entre as partes em detrimento da adjudicação da culpa; (iv) participação de não juristas como mediadores e conciliadores; (v) ambiente não intimidatório, diverso dos fóruns e tribunais comuns; (vi) propagação de um sendo comunitário dentro do próprio campo jurídico.²²⁰

Ocorre que, segundo Alexandre Wunderlich, a lei, os institutos e o procedimento não foram meramente recepcionados pela doutrina e consagrados pela jurisprudência dos tribunais. Segundo ele, “é possível diagnosticar com exatidão o fenômeno que houve: a divulgação insensata e acrítica da ‘novidade’,

²²⁰ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 192.

representada, particularmente, por um número infinito de publicações de última hora, despidas, muitas delas, de qualquer comprometimento científico”²²¹.

Em que pese ter-se sustentado que a implementação dos juizados especiais contribuiria para a promoção da cidadania no país, algumas questões começaram a aparecer, a fim de se questionar se, de fato, o novo procedimento introduziria uma nova dinâmica, se ofereceria maior participação popular na solução dos conflitos ou se, por outro lado, ampliaria a rotinização burocrática e a seletividade própria do sistema penal, com a consequente restrição do envolvimento dos cidadãos na solução dos casos penais.

Além disso, indagava-se se o novo procedimento proporcionaria um equilíbrio maior entre a posição dos conflitantes ou se, diversamente, agravaria as diferenças. A mais relevante, porém, parece ser a questão sobre a expansão do controle estatal; nas palavras de Debora Regina Pastana, a institucionalização dos juizados especiais “representa uma expansão ou uma contração do controle estatal?”²²²

Dentre as diversas críticas que se faz aos juizados especiais, que levaram a efeito a chamada justiça negocial, ganha destaque aquela que, no âmbito dos juizados especiais criminais, diz com o escancarado interesse utilitarista de “desafogar” os cartórios dos “crimes menores” para, com isso, obter um melhor desempenho. Trata-se, portanto, muito mais de uma questão quantitativa do que uma questão qualitativa de avaliação dos casos penais.

Além disso, nenhuma das premissas, das condições elementares para a efetiva implementação dos juizados especiais se verificou. A par disso, a aparente mudança de postura em relação ao delito também não se mostrou sincera, nem mesmo articulada o suficiente para se tornar eficaz. Assim como alertou Debora Regina Pastana em relação aos juizados especiais criminais, “fatos e normas existentes são interpretados por um aparelho burocrático de controle e punição que não se apresenta como reformista, mas que, ao contrário, reproduz o ideal de Justiça total e disciplinadora”²²³.

²²¹ WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 30.

²²² PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 184-85.

²²³ PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 192.

Inclusive, para a precitada autora, ainda que o Estado brasileiro afirme sua orientação no sentido da intervenção mínima, assim como dispõe a Resolução nº 16²²⁴, de 17 de dezembro de 2003, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (órgão vinculado ao Ministério da Justiça), na prática não é isso que se observa, mormente quando se trata da instituições dos Juizados Especiais Criminais que judicializaram diversos conflitos sociais pouco censurados socialmente e desprezados pela justiça, fazendo com que eles passassem a compor o escopo do Poder Judiciário. Diante disso, tem-se pouca dúvida de que se ampliou, significativamente, o controle formal de tais práticas.

Levando em consideração os aspectos acima mencionados e outros que porventura possam lhes acrescer, não há motivos para se duvidar: as próprias contradições dos juizados especiais criminais desmascaram a manutenção do autoritarismo e do punitivismo, ainda que com outra roupagem.

3.3.1 Composição dos Danos Civis

Levando em consideração a pretensão indenizatória da vítima, a Lei nº 9.099/95 instituiu a denominada “composição dos danos civis” nos artigos 74²²⁵ e 75²²⁶, estabelecendo que o acordo realizado entre ofensor e vítima, com vistas à reparação dos danos decorrentes dos delitos, gera um título executivo judicial.

²²⁴ Prevê a referida Resolução que “São diretrizes referentes à elaboração legislativa a descriminalização e despenalização de condutas à luz da concepção da intervenção mínima do Direito Penal”. (Resolução nº 16, de 17 de dezembro de 2003, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, do Ministério da Justiça. Disponível em: <http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/7/docs/resolucao_cnpcp_n._16_-_diretrizes_politica_criminal.pdf>. Acesso em: 14.jan.14.)

²²⁵ “Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.”

“Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.”

²²⁶ “Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo.”

“Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei.”

A composição dos danos civis pode ocorrer em dois momentos: antes mesmo da fase processual ou, então, na audiência preliminar²²⁷, em que as partes – ofensor e vítima – deverão estar presentes, acompanhados de advogados.

Pode-se dizer que a principal consequência da composição é a extinção da punibilidade pela renúncia do direito de queixa ou de representação, de modo que não haja a instauração do processo penal, na hipótese de já existir, acarretar a sua extinção já na audiência preliminar. Todavia, para que seja possível tal composição, é imprescindível que o delito praticado tenha pena máxima igual ou inferior a dois anos, seja de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação; logo, conclui-se que não é aplicável aos casos em que o delito for de ação penal de iniciativa pública incondicionada.

Em se tratando de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, abre-se a oportunidade para que as partes promovam uma composição extrajudicial sobre o valor a ser pago pelos danos causados em decorrência do delito, sem que haja a necessidade de ser realizada em juízo para que seja extinta a punibilidade. Ou seja, não existe a necessidade da discussão ingressar na esfera do Poder Judiciário para produzir os efeitos dela decorrentes.

Todavia, se a composição não foi realizada anteriormente à fase judicial, na audiência preliminar caberá ao juiz, ou ao conciliador se for o caso, buscar a composição dos danos. Em havendo êxito, a composição deverá, necessariamente, ser homologada pelo juiz togado, para que, em sentença irrecorrível, adquira eficácia de título executivo judicial, hábil a ensejar execução na esfera cível. Diante disso, pode-se dizer que, nesses casos, haverá um duplo efeito: enquanto na esfera criminal se acarreta a extinção da punibilidade, na esfera cível se adquire o *status* de título executivo judicial.

Em ambas as oportunidades, todos os esforços devem ser empregados para que a composição dos danos civis seja exitosa. Todavia, não sendo possível o acordo, a vítima terá a oportunidade de, se assim quiser, exercer o direito de representação ou queixa, obedecendo-se os prazos previstos no próprio Código de Processo Penal.

²²⁷ “Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.”

Portanto, frustrada a conciliação e a efetiva composição dos danos civis, abrem-se caminhos para duas situações distintas. Se se tratar de crime de iniciativa privada, a vítima poderá, ou não, oferecer queixa-crime; em o fazendo, é possível que em audiência seja oferecida a transação penal para o ofensor, ainda que ao arrepio da Lei²²⁸. Por outro lado, se o crime for de ação penal de iniciativa pública condicionada à representação, a vítima poderá, ou não, representar, abrindo-se, de igual modo, a possibilidade de o Ministério Público propor a transação penal para o ofensor; em não sendo aceita a transação penal ou sendo inviável, poderá o Ministério Público oferecer denúncia.

Em que pese a composição civil ser uma medida considerável em relação à vítima, visando tutelar, ainda que minimamente, os seus direitos (especialmente os patrimoniais), há quem entenda que a composição dos danos civis, quando realizada em audiência, impulsiona a propositura de uma ação e a instauração de um processo, na medida em que se pede ao Estado a prestação de uma tutela jurisdicional. De acordo com Maria Lúcia Karam, “não se trata, porém, de ação em que veiculada pretensão de fazer valer o poder de punir do Estado (a pretensão de direito material revelada como pretensão punitiva), diante de alegada prática de infração penal de menor potencial ofensivo”. Na realidade, o que veicula o ofendido é exatamente uma pretensão indenizatória, de obter a reparação de um dano resultante de uma conduta que, ao mesmo tempo, pode se amoldar à um tipo penal e à um ilícito civil que constitui a razão de ser da própria demanda.²²⁹

Em sendo assim, pode-se sustentar que as inovações trazidas pela Lei nº 9.099/95, que sempre buscaram solucionar os conflitos de maneira rápida e conciliadora, acabam por proporcionar a antecipação do pronunciamento sobre a obrigação de indenizar, reparar ou compor o dano e, com isso, dispensam o conhecimento e a avaliação de provas da existência da própria obrigação.

Nesse ponto, porém, salta aos olhos um problema: a possibilidade de se ter uma enganosa negociação entre as partes. Tal como denunciou Maria Lúcia Karam, em muitos casos a negociação entre as partes revela uma verdadeira chantagem, na medida em que a vítima, devidamente assistida pelo Ministério Público, fica com o “queijo e a faca na mão” e o ofensor sente-se, por vezes, bastante temeroso. Não

²²⁸ Trata-se, na realidade, de uma praxe dos juizados especiais criminais, acatada pela jurisprudência, ainda que não haja previsão em lei para tanto.

²²⁹ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 108-109.

raras são as vezes em que o ofensor se sente ameaçado, até mesmo por uma pena mais severa, ou do simples fato de ter que aguardar o regular processamento do caso penal até o seu julgamento caso não faça o acordo com a vítima.²³⁰

Com frequência inusitada, em tais casos, tem-se uma negociação cujo escopo é fazer com que apenas uma das partes tenha assegurada a sua satisfação – a vítima –, que nada tem a perder, enquanto que a outra – o ofensor – nada tem a ganhar e, mesmo assim, sente-se obrigado a negociar sobre absoluta pressão.

Ao que tudo indica é que, nesses casos, muitas vezes o que se busca é não permitir que mais processos-crime sejam impulsionados e, como consequência, lotem as prateleiras das secretarias dos juizados especiais criminais, haja vista que não há uma preocupação com a efetiva resolução dos casos penais; pelo contrário, procura-se dar “um ar” de solução com o ressarcimento monetário à vítima que, como se verá, muitas vezes não promove, ou não é suficiente para se alcançar, o tão conhecido “sentimento de justiça”.²³¹

Acerca disso, a Comissão dos Juizados Especiais do Rio de Janeiro, em março de 2001, organizou um encontro na Escola da Magistratura a fim de discutir o tratamento que tal instituição dava à violência doméstica. Na oportunidade, verificou-se que havia vários problemas em relação aos juizados; um dos principais, porém, dizia respeito “a inconveniência da conversão em valores (multas ou cestas básicas) de uma violência que é, por definição, contínua, progressiva e multiforme, e que não se resume aos fatos penais registrados nas delegacias”.²³²

O juiz da 5ª Vara Criminal de São Paulo, Edson Brandão, fez semelhante constatação, assim que deu início à aplicação de penas alternativas ao sentenciar maridos agressores a pagar cestas básicas mensais. Em pouco tempo, revelou-se que alguns agressores transformavam a agressão imposta a eles como mais um

²³⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 39.

²³¹ Acerca da rotinização existente nos Juizados Especiais Criminais e das consequências dela decorrentes, tem-se a posição de Debora Regina Pastana, para quem “A rotinização, existente em virtude do elevado número de processos e da postura pouco comprometida de seus operadores, também contribuiu para operar a simulação da conciliação formal, obtida autoritariamente e que, concretamente, traduz-se na renúncia ao direito de representar, levando, via de regra, ao arquivamento do processo”. (PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009, p. 210.)

²³² SOARES, B. M. Avançando contra a violência. **O Globo**. Rio de Janeiro, 24.abr.2001.

motivo de agressão familiar, no sentido de tirar “comida de casa” e obrigar “as mulheres a ir ao fórum entregar as cestas”.²³³

Tais exemplos servem para sustentar, ainda que de modo bastante sintético, que a composição dos danos civis geralmente não é suficiente para proporcionar o “sentimento de justiça” tão almejado pelas vítimas, de modo que tal instituto se mostra deficitário, incapaz de contribuir para a resolução dos problemas que permeiam o sistema de justiça criminal atual.

3.3.2 Transação Penal

No Brasil, o modelo de transação penal vigente tem como fundamento o artigo 98, inciso I, da Constituição da República²³⁴. Também é regulado pela Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá providências a eles referentes e pelas Leis Federais nº 10.259/01 e 11.313/06, que dizem respeito aos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal.

Pode-se dizer que o modelo de transação adotado, atualmente, é restrito aos casos em que é imputado ao autor do fato infração penal dita de menor potencial ofensivo, isto é, contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, conforme estabelece o artigo 61²³⁵, da Lei nº 9.099/95, assim como acontece com a composição dos danos civis.

Prevê o artigo 76²³⁶, da precitada lei, que “havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de

²³³ LEON, Flávia de. Em SP, 6.222 seriam beneficiados. **Folha de São Paulo**. Editoria Caderno Cotidiano, São Paulo, 5.mar.2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0503200104.htm>>. Acesso em: 14.jan.14.

²³⁴ “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I – juizados especiais, providos por juizes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juizes de primeiro grau.”

²³⁵ “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.”

²³⁶ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”.

O parágrafo único do mesmo artigo estabelece as hipóteses em que não se admitirá a proposta de transação penal: (i) quando o autor da infração tiver sido condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva, (ii) quando o agente tiver sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, (iii) quando os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias do crime, indicarem não ser necessária e suficiente a adoção de tal medida.

Prevêem os demais parágrafos que se a proposta for aceita pelo ofensor e pelo seu defensor, ela será submetida a apreciação do juiz. Se a proposta feita pelo Ministério Público for acolhida pelo juiz, este aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, o que não importará em reincidência; apenas será registrada para efeito de impedir que, nos próximos cinco anos, seja realizada nova proposta de transação penal. O derradeiro parágrafo do artigo 76 determina que a transação penal não terá efeitos civis, de modo que os interessados, caso desejem, devem propor ação cabível no juízo cível.

Enfim, a transação penal é um direito subjetivo²³⁷ do réu e consiste no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

²³⁷ Sobre a transação penal ser um direito subjetivo do réu, por todos, v. Aury Lopes Jr., para quem “sublinhamos que predomina o entendimento de que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deve ser oportunizada ao acusado. Ao Ministério Público, como bem define PACHELLI, a discricionariedade ‘é unicamente quanto à pena

multa ou restritiva de direitos; nessa fase, não há, ainda, oferecimento de denúncia. Deve-se levar em consideração, ainda, que a transação penal é um instituto que somente terá aplicação quando existir presente o chamado *fumus commissi delicti*, bem como quando estiverem preenchidas as demais condições da ação processual penal.

De acordo com Eugênio Pacelli, a Lei nº 9.099/95 prevê hipóteses expressas em que a pena privativa de liberdade não parece ser a melhor solução para o caso penal, partindo do pressuposto da insuficiência do sistema penal e da própria inadequação das penas privativas de liberdade. Eis a razão pela qual prevê situações em que, sendo preenchidos os requisitos pelo ofensor (condizentes com a natureza do crime, do apenamento e das condições pessoais do agente) o primeiro passo a ser seguido pelo representante do Ministério Público é a propositura da transação penal.²³⁸

É a própria lei que prevê, em determinados casos, que a transação penal, enquanto medida conciliatória, constitui a melhor solução para o caso penal, em detrimento do modelo processual condenatório. Logo, pode-se dizer que se trata de uma opção situada no campo da política criminal.

Todavia, se o Ministério Público entender não ser o caso de transação, por ausência de requisitos, por exemplo, a solução mais adequada passa a ser a remessa dos autos para o órgão com competência de revisão, tal como o Procurador-geral de Justiça em âmbito estadual, e a Câmara de Coordenação e Revisão, na Justiça Federal, em consonância com o previsto no artigo 28, do Código de Processo Penal. Permanecendo o entendimento acerca da impossibilidade de propor transação penal ou, ainda, se não houver anuência do suposto “autor da infração”, o Ministério Público está apto a oferecer denúncia em seu desfavor, de modo que, nesse caso, o pedido não está mais restrito à imposição de uma pena não privativa de liberdade.

Como se pode notar, tratam-se de disposições técnicas e procedimentais bastantes genéricas que só contribuem para o processamento seriado de crimes, quase que como uma “justiça linha de montagem”²³⁹, evidentemente marcada pelo

a ser proposta na transação; restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95”. (LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 952.)

²³⁸ PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 758.

²³⁹ SAPORI, Luís Flávio. A administração da Justiça criminal numa área metropolitana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, n. 29, p. 151, 1995.

processamento padronizado dos processos, de modo que as especificidades e individualidades são, hodiernamente, desconsideradas.

Porém, mais importante do que isso, para além dessas questões técnicas e procedimentais, é o entendimento de Maria Lúcia Karam, assemelhado àquele apresentado quanto à composição dos danos civis, para quem quando há proposta de transação penal, não se tem algo diverso do ajuizamento de uma demanda, tendo em vista que com tal ato se pede ao Estado a prestação de atividade jurisdicional²⁴⁰. De acordo com a autora,

Ao “propor a transação”, o Ministério Público está, assim, apresentando uma ação penal condenatória, buscando, no que, sem dúvida, é um processo, um pronunciamento, também sem dúvida, de natureza jurisdicional, pelo qual seja imposta uma pena não privativa de liberdade ao apontado autor da infração penal de menor potencial ofensivo. Tal pronunciamento, como o denomina o próprio legislador (§ 5º do art. 76 da Lei 9.099/95), é uma sentença, com eficácia condenatória, apta a ensejar a execução da pena aplicada.

Com isso, tal como denunciou Maria Lúcia Karam, a introdução da consentida submissão à pena no ordenamento jurídico brasileiro, através da instituição dos Juizados Especiais criminais e, no caso, da possibilidade de se transacionar, fazendo uso dos anunciados objetivos de desburocratização, simplificação procedimental, celeridade e rompimento com formalidades e exigências, tornou possível a expansão do controle social formal levado a efeito através da intervenção do sistema penal e a consequente ampliação do poder do Estado de punir²⁴¹.

Ademais, a suscitada necessidade de processo mais veloz para a imposição da pena “se faz sentir na execução ampliada da nova disciplina social exigida pelas formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado”. Com essa execução ampliada da nova disciplina social, o sistema penal acaba por se expandir, deixando para trás anteriores avanços de propostas descriminalizadoras e deslegitimadoras.²⁴²

Em decorrência disso, o processo abreviado, sempre almejado pelos Juizados Especiais em geral, inclusive o criminal, vem atender a essa economia, “permitindo que o agigantado sistema penal melhor distribua seus recursos

²⁴⁰ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 86.

²⁴¹ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 37.

²⁴² KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

disponíveis para o fim de responder as exigências de sua expansão”, qual sejam, mais penas são impostas, uma vez eliminada a resistência do réu que poderia alcançar a sua absolvição, tudo isso de forma mais econômica, sem gasto de tempo e de atividades necessárias para o curso normal do processo²⁴³.

Além disso, a consentida submissão à pena conduz, invariavelmente, a uma enganosa negociação entre as partes (Ministério Público e ofensor). Tal como na composição dos danos civis, o acusado geralmente se vê obrigado a aceitar a proposta de transação penal, uma vez que, aos seus olhos parece ser mais benéfica já que não é tido como reincidente e não constam anotações em seus antecedentes criminais; em sendo assim, geralmente, se vê quase que obrigado a aceitar a imposição da pena decorrente da transação penal, com o temor de que se dê início a um processo penal propriamente dito que, via de regra, caminha rumo a uma condenação que lhe poderá tornar reincidente e com antecedentes criminais, tendo em vista a necessidade de punição verificada no país²⁴⁴.

Para além disso, a precitada autora aponta outras duas consequências da consentida submissão à pena: a um, a renúncia a direitos fundamentais que se vinculam à essência do Estado Democrático de Direito, tais como a ampla defesa e o contraditório, acompanhados de todos os seus corolários, bem como a própria qualidade de inocente²⁴⁵; a dois, o retorno à prevalência da confissão, de modo a se eleger a busca da verdade arrancada do indivíduo como o supremo objetivo do processo, de modo a se sobrepor à proteção da liberdade individual²⁴⁶.

²⁴³ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 38.

²⁴⁴ Nesse sentido, é o entendimento de Maria Lúcia Karam, para quem “Com efeito, se esta enganosa negociação chegar a ‘bom termo’, o Ministério Público terá obtido, sem maior esforço (dispensado que estará do ônus de provar a veracidade da acusação formulada), a satisfação da pretensão punitiva por ele deduzida, com a imediata imposição da pena. Se, no entanto, a negociação não chegar a ‘bom termo’, isto é, se o réu não aceitar receber, desde logo, a pena oferecida, apenas terá de reformular a acusação, podendo, ao final do processo regularmente desenvolvido, uma vez conseguindo provar a veracidade da acusação, igualmente obter a satisfação de sua pretensão punitiva.” (KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 40)

²⁴⁵ Nesse sentido, também é o entendimento de Miguel Reale Júnior, para quem “infringe-se o devido processo legal. Faz-se tábua rasa do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se um juízo antecipado de culpabilidade, com lesão ao princípio *nulla poena sine iudicio*, informador do processo penal”. (REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Juizados especiais criminais**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 27.

²⁴⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 42-45.

Quanto à participação da vítima, nesse ponto, a inovação trazida pela Lei nº 9.099/95 em nada contribui para a inclusão ou maior participação dela no processo penal. A discussão fica restrita ao ofensor e ao Ministério Público, a quem cabe a propositura da transação penal; a título exemplificativo, a vítima nem sequer é intimada para a audiência em que será feita a proposta, o que retrata a sua completa ausência e desprestígio no âmbito do processo penal.²⁴⁷

Assim, em que pese a inovação legislativa ter como objetivo a celeridade da Justiça, aliada a permanente preservação da segurança jurídica, um ponto fundamental para a democratização do processo penal e da própria estrutura seria a inclusão da vítima no processo, o que, de fato, mais uma vez foi deixado de lado. Desse modo, a vítima não vai para o balcão dos negócios penais, fica na prateleira empoeirada a assistir a celebração do acordo entre o seu ofensor e o Ministério Público, o qual nada contribui para a efetivação de seus direitos.

3.3.3 Delação Premiada

Diferentemente do que ocorre na composição dos danos civis e na transação penal, passíveis se serem levadas a efeito apenas nas hipóteses de crimes de menor potencial ofensivo, existem outras portas abertas ao acordo sobre a pena, mesmo em situações mais graves, em que o juiz pode reduzir automaticamente a sanção com a dispensa do devido processo legal e ampla produção probatória: é o caso da delação premiada.²⁴⁸

²⁴⁷ A esse respeito, ao analisar a transação penal sob a perspectiva da justiça restaurativa, Hugo Leonardo Rodrigues Santos asseverou que a transação penal “continua utilizando as autoridades e as estruturas formais de justiça. Possibilita que o titular da ação penal evite a denúncia, e, portanto, o processo penal, caso o acusado concorde com as condições da transação. Isso faz com que haja uma pressão excessiva, para que se aceite a proposta ofertada (uma grave defeito do *plea bargaining*), o que é inadmissível em um sistema garantista. Então, não se trata de uma solução verdadeiramente consensual, pacificadora. Não há uma satisfação eficaz para com a vítima. Desse modo, pode-se afirmar com segurança que a transação penal não apresenta as características que marcam um modelo de justiça restaurativa”. (SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 21, n. 246, maio/2013, p. 12-13.)

²⁴⁸ A esse respeito, v. também BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

O instituto que se convencionou chamar sempre com a devida *procedimentalização* de delação premiada²⁴⁹ está previsto na legislação infraconstitucional, dentre as quais se destacam as seguintes: (a) art. 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90 (crimes hediondos)²⁵⁰; (b) art. 159, § 4º, do Código Penal²⁵¹; (c) art. 16, parágrafo único, da Lei nº 8.137/90 (crimes contra ordem tributária, econômica e relações de consumo)²⁵²; (d) art. 6º, da Lei nº 9.034/95 (prevenção e repressão de ações praticas por organizações criminosas)²⁵³; (e) art. 1º, § 5º, da Lei nº 9.613/98 (lavagem de dinheiro)²⁵⁴; (f) arts. 13 e 14, da Lei nº 9.807/99 (Programa Federal de assistência a vítimas e a testemunhas ameaçadas)²⁵⁵; (g) art. 25, da Lei nº 7.492/86 (sistema financeiro nacional)²⁵⁶; (h)

²⁴⁹ Sobre os sentimentos envolvidos na delação premiada, vale a lição de Maria Lúcia Karam, para quem “a figura da delação premiada encerra uma valoração positiva de atitude profundamente reprovável no plano moral. Trair alguém, desmerecer a confiança de um companheiro, são condutas, decerto, reprováveis no plano moral, sendo repudiadas em qualquer sociedade que veja a amizade e a solidariedade como atitudes positivas e desejáveis para um convívio harmônico entre as pessoas. Com a premiação da delação premiada, invertem-se essas premissas. Agora, é a traição que aparece como positiva, merecendo até mesmo um prêmio. Com o elogio e a recompensa à conduta traidora, o Estado nitidamente exerce um papel deseducador no âmbito das relações entre os indivíduos.” (KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 40.)

²⁵⁰ “Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

²⁵¹ “Art. 159 – Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate:

§ 4º – Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços.”

²⁵² “Art. 16. Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção.

Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

²⁵³ “Art. 6º. Nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria.”

²⁵⁴ “Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.”

²⁵⁵ “Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I – a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

art. 35-B, da Lei nº 8.884 (CADE)²⁵⁷ e (i) art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (drogas)²⁵⁸.

Dentre todas essas previsões, o disposto no artigo 14, da Lei nº 9.807/99, resume a ideia central da delação premiada: “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou participantes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Ademais, há pouco entrou em vigor a Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. O mais importante e

II – a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III – a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.”

“Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.”

²⁵⁶“§ 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços.”

²⁵⁷ “Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

I – a identificação dos demais co-autores da infração; e

II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.”

²⁵⁸“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I – importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou com desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II – semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III – utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.”

pertinente ao presente, porém, diz respeito àquilo que se convencionou chamar, em tal oportunidade, de colaboração premiada, prevista na Seção I, da Lei precitada. No mesmo sentido das demais legislações, o artigo 4º prevê que “O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritivas de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais” dos resultantes arrolados nos incisos que seguem, tal como a identificação de demais coautores ou partícipes, a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada, etc.²⁵⁹

A abertura da brecha proporcionada por tais textos legais não importa em transação sobre a pena, embora discorra sobre a disponibilidade sobre o processo, na hipótese de deferimento de perdão judicial, por exemplo²⁶⁰. Os benefícios decorrentes da delação premiada são aqueles determinados pela lei, expressa e taxativamente, em atendimento ao princípio da legalidade.

É preciso ter ciência que as isenções legitimadas pelo ordenamento jurídico brasileiro dizem respeito às possíveis penas aplicáveis ao então acusado ou indiciado e, nunca, à isenção de processo ou demais medidas necessárias à devida persecução penal, em face dos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade processual que não atingem exclusivamente a propositura da ação penal²⁶¹ – quando existentes as condições –, e a persecução no processo mas, também, todas as suas funções institucionais, sejam elas previstas na Constituição da República ou em lei orgânica específica.

²⁵⁹ BRASIL, Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm>. Acesso em: 6.dez.13.

²⁶⁰ Há que se fazer nota, porém, a duas exceções a regra: (a) a Lei de Lavagem de Dinheiro (9.613/98), que prevê a possibilidade de o Juiz deixar de aplicar a pena ou a substituir por uma restritiva de direitos; e (b) a Lei de Tóxicos (10.409/02), que permite o não-oferecimento da denúncia, ou, acaso ela tenha sido oferecida, a isenção de pena ou a redução de 1/6 a 2/3 na pena futuramente aplicada.

²⁶¹ Assim é o entendimento de Figueiredo Dias, segundo o qual “De qualquer destes pontos de vista, na verdade, a actividade do MP no processo penal não poderá dizer-se puramente ‘administrativa’ – quer porque toda ela se submete (entre nós) completamente ao princípio estrito da legalidade, quer porque, de todo o modo, ela se desenvolve, desde o início da instrução preparatória até ao fim do julgamento, não segundo considerações de oportunidade e discricionariedade, mas directamente subordinada à colaboração em um processo judicial. Só assim se pode realizar a função de colaboração com o juiz na descoberta da verdade e na realização do direito que é, em último termo, a verdadeira razão da intervenção do MP no processo penal.” (DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 364-365.)

O centro da questão, porém, está no fato de que, no Brasil, tais depoimentos são fundados em acordos firmados entre o Ministério Público e a defesa dos delatores, geralmente inacessíveis no processo em que são usados, conforme reiteradamente decidido, ao arrepio da determinação dos arts. 5º, LIV e LV, 93, IX, e 133, da CR. O caminho natural, com respaldo legal e constitucional, seria a contestação perante os meios apropriados. No entanto, a fundamentação de tais acordos é secreta, não permitindo aos acusados, por eles afetados diretamente em suas defesas, verificar a própria legalidade.

Sem entrar no mérito da (in)constitucionalidade da delação premiada, tendo em mente que o que se busca através dela é demonstrar, exemplificadamente, a exclusão da vítima das relações processuais penais, mesmo com as reformas pontuais que foram feitas ao longo do tempo, parece não se ter muita dúvida que a delação premiada, ao atribuir uma eficácia de extinção da punibilidade ao comportamento processual do indiciado ou do acusado, permitiu que o delator servisse não só como fonte de provas, “mas como verdadeiro meio de provas”²⁶².

Com razão Geraldo Prado que lembra nunca ter sido proibido ao réu confessar, dado que isso não faria nenhum sentido e violaria a liberdade de agir peculiar ao ser humano. Ocorre que, segundo ele, com a indicação de um resultado da atividade processual do réu como verdadeiro meio de prova, “no lugar de suas próprias declarações, intenta-se contornar as proibições constitucionais e transformar acusado em testemunha”²⁶³.

Tal como ocorre na transação penal, nos acordos de delação premiada se tem como pressuposto a livre manifestação de vontade do delator. Assim, é preciso que a delação tenha decorrido de um livre processo de cognição, de modo a exaltar a vontade do sujeito de maneira livre e de boa-fé, não podendo ser fulminada por vício de consentimento, por exemplo, sob pena de se considerar o acordo inválido e sem eficácia, a ponto de ser considerado nulo para todos os efeitos.

Para Geraldo Prado, o ponto de contato existente entre a transação penal e a delação premiada “está preso ao mito da autonomia da vontade e sua manipulação

²⁶² PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 119.

²⁶³ PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 120.

para fins de controle social”. Lá como cá, o indivíduo se sente pressionado a colaborar para obter vantagem, seja de que natureza for²⁶⁴.

Ademais, nesta negociação, mais uma vez, a vítima resta excluída e aguarda na prateleira o fim da barganha, ganha importância o acusado como objeto de prova e a punição rápida dos delitos, a qual proporciona falsa sensação de segurança à sociedade. Com isso, faz-se coro, uma vez mais, com a consolidação de um estado eminentemente punitivo, fechado à alternativas ao cárcere.

3.4 A NECESSIDADE DE PRÁTICAS COMPLEMENTARES

Tem-se consciência de que o atual cenário da justiça penal brasileiro não favorece e não deixa ninguém satisfeito: nem a vítima, nem o Estado, tampouco o ofensor. Se, por um lado, as vítimas vivem no ostracismo do processo, não sendo ouvidas como deveriam e não tendo o atendimento devido; por outro, o Estado não consegue conter a criminalidade que, como se sabe, aumenta a cada dia; o que ele faz é, tão somente, reafirmar o seu poder punitivo e seu autoritarismo, sem dar conta do problema. Sob outra perspectiva, o ofensor, no mais das vezes, sofre física e psiquicamente a dor a que é submetido por meio da pena privativa de liberdade ou, em não sendo o caso, negocia a pena e não se põe a refletir, nem por um instante, sobre o crime que cometeu. Em suma, pode-se dizer, inclusive, que há atualmente um consenso no sentido de que o sistema de justiça criminal como um todo não anda bem.

Diante disso, conclui-se que é necessária a implementação de novas práticas que, em complemento ao que existe hoje, possam contribuir para a solução dos casos penais de uma forma mais humanizadora, menos cruel, distante dos métodos de solução de conflitos colocados em prática na contemporaneidade, especialmente aqueles levados a efeito sob o prisma do paradigma punitivo retribucionista, fundado na punição e dor na qualquer custo.

Assim, mais do que buscar um caminho para a vingança, para aumentar a ingerência sobre as decisões relativas à culpabilidade do acusado e à “infilção de

²⁶⁴ PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 122.

sofrimento” e desafogar prateleiras dos fóruns e tribunais (invariavelmente abarrotadas de processos), faz-se necessário localizar um caminho que contribua para a efetivação da cidadania. Além disso, práticas complementares são necessárias para democratizar a justiça que, ao que tudo indica, pode ocorrer quando há maior participação da sociedade (vítima, ofensor e comunidade) na solução dos conflitos.

Para além de criar novas leis, cada vez mais gravosas e que conduzem à uma verdadeira expansão do controle estatal (tal como ocorreu com os Juizados Especiais em geral, inclusive o criminal), é preciso encontrar caminhos que conduzam à proeminência da figura da vítima. Não precisamos de mais punição e de mais dor para o ofensor; esta, inclusive, não pode significar um prazer para as vítimas. Aproximação, envolvimento e solidariedade²⁶⁵: é disso que precisamos.

Para Nils Christie “quanto mais nos aproximarmos uns dos outros, mais hesitaremos em deixar intencionalmente o outro sofrer”, ao passo que a maioria de nós não mata e não quer o mal daqueles com que nos identificamos; ao contrário, a tendência é de confortá-los, e essa parece ser uma característica universal, já que “os seres humanos nascem bondosos. Eles podem degenerar mais tarde”.²⁶⁶

Diante disso, faz-se necessário superar o velho paradigma retribucionista, pilar de sustentação do saturado sistema penal atual; não há que se sustentar, porém, a sua abolição, tampouco das penas, tendo em vista não se ter vislumbrado algo melhor que o Direito Penal para determinadas situações. Todavia, baseado em teorias diversas, tais como as correntes abolicionistas, é possível se vislumbrar medidas complementares e alternativas ao sistema de justiça penal tradicional, capazes de reduzir os efeitos tão desastrosos e cruéis do que hoje é colocado em prática.²⁶⁷

²⁶⁵ Sobre a solidariedade, tem-se o entendimento de Maria Lúcia Karam, para quem “a solidariedade é consequência lógica da fraternidade, que, por sua vez, se liga indissolavelmente à igualdade. O reconhecimento de que todos têm a mesma origem e a mesma dignidade, merecendo igual respeito, naturalmente conduz a sentimentos de proximidade, de compreensão, de compaixão (isto é, simpatia ou participação nos sentimentos alheios) e, assim, à solidariedade entre todos aqueles que, sendo iguais, são irmãos e por isso têm – ou ao menos se deve esperar que tenham – relações fraternas.” (KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 6.)

²⁶⁶ CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 73.

²⁶⁷ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciências penales. Iter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

Diante dessa nova perspectiva, a chamada justiça restaurativa parece se apresentar como opção ao vetusto modelo, na medida em que não tem a finalidade de eliminar o sistema penal tradicional, mas, tão somente, mitigar seu efeito absolutamente punitivo e segregador, buscando, por outro lado, contribuir para a efetivação dos mais básicos direitos humanos, inclusive o da dignidade da pessoa humana.

4 POR UMA JUSTIÇA PENAL CONTEMPORÂNEA: A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A CONSTRUÇÃO DE UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL

4.1 JUSTIÇA RESTAURATIVA: UMA APROXIMAÇÃO AO CONCEITO

A denominada justiça restaurativa não possui (ainda) um conceito definido, mesmo após a sucessão de práticas e projetos que vêm sendo desenvolvidos nas últimas duas décadas. Trata-se de uma forma de resolução de conflitos (penais ou não) que possui uma grande diversidade de orientações e práticas, as quais vêm sendo aprimoradas ao longo dos anos, assim como implementadas gradativamente em países, estados e municípios muito diferentes um dos outros. Por essa razão é possível considerá-la como um “modelo eclodido”, conforme refere Mylène Jaccoud²⁶⁸.

Em razão da complexidade da justiça restaurativa, de seus objetivos e suas práticas, que devem se adaptar constantemente aos diversos e distintos cenários, os estudiosos receiam estabelecer um conceito unívoco, que poderia reduzir suas características inovadoras e por este motivo optam por submetê-la a incessante e crescente discussão.²⁶⁹

Portanto, trata-se de um conceito aberto a complementações e aprofundamentos teóricos, passível de ser modificado a todo instante, tal como ocorre com suas práticas e afins, razão pela qual se pretende apenas traçar uma aproximação conceitual.²⁷⁰

Inclusive, o dissenso em relação a tal conceito existe até mesmo na sua definição terminológica. Conforme alertou Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa Robalo, o primeiro conceito formulado acerca da justiça

²⁶⁸ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 163.

²⁶⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 7.

²⁷⁰ Nesse sentido também é o entendimento de Leonardo Sica, para quem “diante de conceitos abertos – como aqueles que compõem a noção de justiça restaurativa – e cuja natureza identifica-se pela inexistência de teoria única e por desenvolvimentos práticos assimétricos, é necessário algumas definições para sustentar o presente debate”. (SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 2.)

restaurativa foi feito por Albert Eglash, em 1977. A dificuldade encontrada foi traduzir a expressão *restorative justice*; diante dela, formulou-se três expressões capazes de revelá-la: *justiça reparadora*, *justiça restauradora* e *justiça restaurativa*. A doutrina, em sua grande maioria, optou pelo termo justiça restaurativa por ser o conceito mais abrangente dos três, em que pese haver discordância acerca da referida abrangência, até mesmo suscitada por Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa Robalo.²⁷¹

Mylène Jaccoud também faz um alerta em relação a outros termos que remetem às práticas restaurativas: “justiça transformadora ou transformativa”, “justiça relacional”, “justiça restaurativa comunal”, “justiça recuperativa”, dentre outros. Em decorrência disso, a autora afirma que, não mais como pensado na década de 80 por seus fundadores, a justiça restaurativa não pode ser considerada um paradigma unificado.²⁷²

A despeito da dificuldade na definição conceitual, os estudiosos lançam suas considerações, mormente para explicar os objetivos, finalidades e as práticas restaurativas. Logo, pode-se dizer que “a justiça restaurativa é, acima de tudo, uma introdução ao diálogo e ao descobrimento”.²⁷³

A definição dada por Tony Marshal parece ter algum consenso entre os autores que trabalham com o tema. Segundo ele, a justiça restaurativa pode ser concebida como “um processo pelo qual todas as partes têm interesse em determinada ofensa” e, em decorrência disso, “juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras”.²⁷⁴

Essa, porém, não é a única definição que merece destaque. De acordo com Leonardo Sica, a justiça restaurativa é uma doutrina em formação, um conjunto de práticas em busca de uma teoria (justo por que não há uma definição conceitual precisa). Mais do que isso, ela busca promover iniciativas de solidariedade entre os verdadeiros protagonistas do conflito (por vezes, definido como crime), além de diálogo e programas de reconciliação. As práticas restaurativas são todas aquelas

²⁷¹ ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa**: um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

²⁷² JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 163.

²⁷³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 12.

²⁷⁴ MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, 2003, p. 28-45.

ações que tenham por finalidade “fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime”.²⁷⁵

Ademais, segundo o autor precitado, são necessárias linhas de orientação nacionais²⁷⁶ a fim de estabelecer definições básicas para sustentar a teoria restaurativista, para que se chegue a uma uniformidade mínima de práticas adotadas, sem com isso inibir a flexibilidade característica da justiça restaurativa, tudo isso para “diminuir ou evitar a potencial discrepância de tratamento em situações semelhantes”.²⁷⁷

Por igual, o conceito formulado por Sérgio Garcia Ramírez também traduz a finalidade e os objetos da justiça restaurativa; para ele, busca-se compreender a necessidade de inclusão na vítima na tentativa de resolução dos conflitos, bem como do acusado e da comunidade:

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, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume em las três ‘R’: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha danado con el ilícito.²⁷⁸

Foi diante de tais considerações, inclusive, que Renato Sócrates Gomes Pinto disse que “o modelo restaurativo pode ser visto como uma síntese dialética, pelo potencial que tem para responder às demandas da sociedade por eficácia do sistema”, sem deixar de lado, porém, direitos e garantias individuais

²⁷⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 10.

²⁷⁶ Acerca do tema, Leonardo Sica elencou alguns pontos na tentativa de desenvolver padrões nacionais que devem ser observados, veja-se: “(i) estabelecimento de critérios para o envio dos casos para a justiça restaurativa; (ii) fixação de regras (mesmo que interpretativas) para recepcionar o seu resultado consoante a estrutura do ordenamento jurídico e (iii) escolha do meio de concretização dos princípios restaurativos, uma vez que a justiça restaurativa abarca uma série de práticas e por ser um modelo em construção e em constante mutação, não há como delimitá-lo a esta ou aquela medida.” (SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 3.)

²⁷⁷ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 2.

²⁷⁸ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciências penales. Iter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 199, abr./jun. 2005.

constitucionalmente asseguradas. Continua para asseverar, uma vez mais, que a justiça restaurativa pode ser vista, hoje, como uma “luz no final do túnel da angústia de nosso tempo”, o que decorre da ineficácia do sistema de justiça criminal atuarial, que ameaça e desconstrói direitos humanos e, além disso, pode significar uma verdadeira “renovação da esperança”.²⁷⁹

Sob outra perspectiva, ao invés de conceituar tal método de resolução de conflitos, justamente por se tratar de um conceito multifacetado, Howard Zehr buscou explicá-lo por meio de negatividades, isto é, definiu critérios acerca do que a *justiça restaurativa não é*. Para ele, a justiça restaurativa não tem como objetivo principal o perdão ou a reconciliação, tampouco a redução da reincidência ou das ofensas em série, não é mediação, nem mesmo um programa ou projeto específico, não foi concebida para ser aplicada a ofensas comparativamente menores ou ofensores primários, não é algo novo nem se originou nos Estados Unidos, não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o processo penal, tampouco uma alternativa para o aprisionamento, além de não se contrapor, fundamentalmente, à justiça retributiva.²⁸⁰

Tendo em mente tais abordagens conceituais e a fim de explicitar as diferenças internas das muitas interpretações que se pode fazer acerca da justiça restaurativa, Raffaella da Porciuncula Pallamolla sistematizou as três concepções formuladas por Johnstone e Van Ness, a fim de evitar simplificações e equívocos. A primeira concepção é a do encontro e diz com a possibilidade das partes envolvidas no conflito (vítima, ofensor e comunidade) se encontrarem em um lugar mais informal do que os fóruns e tribunais. Assim, as partes teriam a oportunidade de abandonar a passividade que assumem, via de regra, no processo penal e adotarem

²⁷⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 20-1.

²⁸⁰ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 18-23. Há que fazer constar, também, que Howard Zehr esboçou um rascunho do conceito de justiça restaurativa no posfácio à terceira edição de sua obra “Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa” e registrou que: “Embora meu conceito básico de justiça restaurativa não tenha mudado fundamentalmente ao longo das centenas de conferências que proferi e debates que coordenei, o modo como a descrevo tornou-se mais claro. Hoje muitas vezes descrevo a justiça restaurativa da seguinte forma: A justiça restaurativa... 1. Tem foco nos *danos* e consequentes *necessidades* (da vítima, mas também da comunidade e do ofensor). 2. Trata-se das *obrigações* resultantes desses *danos* (obrigações do ofensor mas também da comunidade e da sociedade). 3. Utiliza processos *inclusivos e cooperativos*. 4. Envolve todos os que têm um *interesse* na situação (vítimas, ofensores, a comunidade, a sociedade). 5. Busca *corrigir* os males.”. (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 257.)

posições ativas nas discussões e na tomada de decisões, sempre com a ajuda de um facilitador²⁸¹.

Ainda sob essa perspectiva, Zehr afirma que “a justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós”²⁸². De acordo com o autor, quando a vítima vai para casa e o acusado para a cadeia, sem ao menos terem participado ativamente do processo, não se cria (nem se tem) sensação de justiça, justamente porque é necessário vivenciar justiça.

A segunda concepção é a da reparação da ofensa causada à vítima pelo ofensor, que deve reparar materialmente o dano propriamente dito ou, ainda, fazê-lo de modo simbólico. Consoante Palamolla, os defensores de tal perspectiva entendem que “a reparação é o suficiente para que exista justiça”, de modo que não seria necessário infligir dor ou sofrimento ao ofensor.²⁸³

Nesse sentido também é o entendimento de Zehr, para quem o objetivo principal da justiça restaurativa é reparar e curar as vítimas e, posteriormente, possibilitar a reconciliação entre vítima e ofensor, como segundo objetivo. É por isso que ele define os três pilares da justiça restaurativa, quais sejam, (i) danos e necessidade, (ii) obrigações e (iii) engajamento. Eis a suma de tudo isso:

A Justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades; que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aqueles danos, e que vítimas, ofensores e a comunidade sejam envolvidos nesse processo.²⁸⁴

Tem-se, por derradeiro, a concepção da transformação, cujo objetivo principal é “transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si próprias e como se relacionam com os outros no dia a dia”²⁸⁵. Trata-se, na verdade, de uma concepção que define a justiça restaurativa como uma forma de vida, sem que haja qualquer hierarquia entre as pessoas, de modo que, diante de tal ideia, seria

²⁸¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, 55-6.

²⁸² ZEHR, **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**, p. 191-2.

²⁸³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 57.

²⁸⁴ ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 36.

²⁸⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 58-9.

necessário compreender que todos nós estamos conectados, intrinsicamente, com outros seres e com o mundo em que vivemos.²⁸⁶

Ademais, de acordo com Rodrigo Ghringhelli de Azevedo, as soluções de conflitos obtidas por meios conciliatórios ou informalizantes tem como objetivo vital, dentre outros, “a interação face a face entre vítima e acusado, como forma de superar o conflito que está na origem do susposto fato delituoso”. Segundo o autor, tais programas que promovem esse tipo de solução obtêm (ou podem obter) rápida adesão pelas partes, tendo em vista a insatisfação delas com as sanções penais tradicionais, imposta por um Estado absolutamente repressivo.²⁸⁷

Nesse passo, pode-se dizer que tais soluções dizem com “um tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto, ao invés da orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas”, tal como ocorre nos processos penais tradicionais. Assim, Azevedo intenta elencar alguns elementos conceituais que possibilitam a consolidação de um tipo ideal de informalização da justiça nos estados contemporâneos, o que se aplica (ou pode se aplicar), em maior ou menor medida, às práticas e procedimentos restaurativos; são eles: (i) estrutura menos burocratizada e mais próxima do meio social em que se insere; (ii) as partes podem promover a sua própria defesa, o que gera uma diminuição no uso de profissionais e da linguagem formal do direito; (iii) instituição de procedimentos mais flexíveis e particularistas, pensados para cada caso em concreto; (iv) “mediação e conciliação entre as partes mais do que adjudicação de culpa”; (v) ambiente mais humano e cuidadoso, em que pese se objetivar uma justiça resolutiva mais rápida; (vi) imparcialidade, durabilidade e mútua concordância no resultado; (vii) geração de senso de comunidade e estabelecimento de um controle local através da resolução judicial de conflitos; (viii) aplicação de sanções não coercitivas a fim de se obter acatamento; (ix) rompimento da máxima de que “o que não está no processo não está no mundo”.²⁸⁸

Além de tais elaborações doutrinárias a respeito da tentativa de conceituação da justiça restaurativa, há elaborações de outras naturezas que buscaram uma

²⁸⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 59.

²⁸⁷ AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: **Diálogos sobre justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 67.

²⁸⁸ AZEVEDO, Rodrigo Ghringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: **Diálogos sobre justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 67-8.

aproximação conceitual. A título exemplificativo, tem-se a decisão proferida em 4 de julho de 2002, pelo Conselho da União Européia que, por iniciativa do Reino da Bélgica criou uma Rede na Europa de Pontos de Contato Nacionais para a justiça restaurativa.²⁸⁹

Tem-se, ainda, a Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina, a qual definiu, em seu artigo inicial, parágrafo primeiro, que “processo restaurativo é aquele que permite vítimas, ofensores e quaisquer outros membros da comunidade, com a assistência de colaboradores, participar em conjunto, quando adequado, na busca da paz social.”. Ademais, em seu parágrafo segundo, referiu que o arrependimento, assim como o perdão, a restituição, o *accountability*, a reabilitação e a integração social, entre outros, podem ser incluídos dentre as metas restaurativas.²⁹⁰

Ademais, ganha destaque a Decisão Marco do Conselho de 15 de março de 2001, que se traduz em uma tentativa de ampliar a justiça restaurativa também no âmbito de justiça penal de adultos.²⁹¹ Por fim, porém não menos importante, tem-se a Resolução do Conselho Econômico e Social das Nações Unidas, de 13 de agosto de 2002, que versa sobre os princípios restaurativos, dentre outros aspectos gerais. Na sua parte inicial a resolução deu conta de algumas terminologias importantes e enumerou alguns conceitos que valem a pena ser vistos.

Inicialmente, define o que vem a ser os programas restaurativos, o que o faz de modo bastante simples, ou seja, significa qualquer programa que, de alguma forma, faça uso de processos restaurativos e cujos objetivos sejam atingir, de igual

²⁸⁹ A redação do artigo 2º da referida decisão define o termo “justiça restaurativa” como uma visão global do processo de justiça penal, levando em consideração as necessidades das vítimas que assumem a prioridade e a responsabilidade por parte do infrator, o que se faz de uma maneira positiva. Além disso, estabelece que a sua abordagem conceitual engloba “um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos”, seja na fase processual ou não. Ademais, insere o governo, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, bem como os serviços de apoio ao infrator no âmbito desse processo de resolução de conflitos Disponível em: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/libe/20030217/10575_02pt.pdf>. Acesso em: 5.set.2013.

²⁹⁰ **Declaración de Costa Rica:** sobre la justicia restaurativa em América Latina. Disponível em: <<http://www.justiciarestaurativa.org/news/crdeclaration>>. Acesso em: 5.set.2013.

²⁹¹ Dispõe o seu artigo 10 que “Os Estados-membros procurarão impulsionar a mediação nas causas penais para as infrações que a seu juízo se prestem a este tipo de medida. (...) assegurarão para que possam tomar-se em consideração todo acordo entre vítima e acusado alcançado por ocasião da mediação nas causas penais”. (LARRAURI PIJOAN, Elena. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 9, n. 54, fev-mar. 2009, p. 167.)

forma, resultados restaurativos²⁹². Logo em seguida determina que 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” o que, via de regra, acontece com o auxílio de um facilitador^{293, 294}.

Em suma, ainda que o conceito de justiça restaurativa seja bastante amplo e venha sendo desenvolvido pela comunidade jurídica diariamente, tendo em vista a sua prática pouco difundida no Brasil, pode-se afirmar que a perspectiva restaurativa oferece, segundo Leonardo Sica, “uma oportunidade de emancipação para o ofensor e a vítima em relação ao conflito e emancipação do direito penal em relação às teorias da pena, sem expor o ofensor a qualquer risco de sancionamento”; pelo contrário, ela oferece uma maior oferta de reações penais e ganha destaque por possibilitar o enfretamento das consequências do crime sem recorrer àquela pena que inflige dor e sofrimento.²⁹⁵

4.2 BREVES DELINEAMENTOS HISTÓRICOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA: A INFLUÊNCIA DA VITIMOLOGIA E DAS CORRENTES ABOLICIONISTAS

“Somos herdeiros das promessas da modernidade e, muito embora as promessas tenham sido auspiciosas e grandiloquentes (igualdade, liberdade, fraternidade), temos acumulado um espólio de dívidas. Cada vez mais e de forma mais insidiosa, temos convivido no interior de Estados democráticos clivados por sociedades fascizantes em que os índices de desenvolvimento são

²⁹² “Resultados restaurativo significa um acordo construído no processo restaurativo. Resultados restaurativos incluem respostas e programas tais como reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidade das partes, bem assim promover a reintegração da vítima e do ofensor.” In: **Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas**: princípios básicas para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UikMShvrzo4>>. Acesso em: 5.set.2013.

²⁹³ “Os processos restaurativos podem incluir a mediação, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (conferencing) e círculos decisórios (sentencing circles). (...) Facilitador significa uma pessoa cujo papel é facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo”. (**Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas**: princípios básicas para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UikMShvrzo4>>. Acesso em: 5.set.2013.)

²⁹⁴ **Resolução 2002/12 da Organização das Nações Unidas**: princípios básicas para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UikMShvrzo4>>. Acesso em: 5.set.2013.

²⁹⁵ SICA, Leonardo. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 47, dez-jan 2008, p. 168.

*acompanhados por indicadores gritantes de desigualdade, exclusão social e degradação ecológica. (...) Se as promessas da modernidade continham em si um vigoroso potencial emancipatório, o afunilamento deste projeto político-cultural, a par do avanço e da consolidação do capitalismo como modo de produção, transformou a emancipação e a regulação social em duas faces da mesma moeda.*²⁹⁶

Foi assim que Boaventura de Sousa Santos introduziu a sua obra a necessidade de uma revolução democrática da justiça; partindo do pressuposto de que tal revolução é possível, desde que tenha em mente uma nova concepção em relação ao direito e à justiça. Segundo ele, na concepção tradicional de justiça “busca-se o acesso a algo que já existe não muda em consequência do acesso”; porém, na concepção revolucionária, “o acesso irá mudar a justiça a que se tem acesso”, o que será levado a efeito por meio de uma transformação recíproca, jurídico-política, cujos vetores são: profundas reformas processuais; novos mecanismos e novos protagonismos no acesso ao direito e à justiça; o velho e o novo pluralismo jurídico; nova organização e gestão judiciárias, revolução na formação profissional, desde as faculdades de direito até a formação permanente; novas concepções de independência judicial; uma relação do poder judicial mais transparente com o poder político e a mídia, e mais densa com os movimentos e organizações sociais; uma cultura jurídica democrática e não corporativa.²⁹⁷

Para o autor, cada uma dessas transformações é necessária para compor um conjunto que poderá dar origem a um novo paradigma jurídico e judiciário. Para tanto, é necessário que o sistema judicial assuma a sua quota de responsabilidade e, com isso, se deixe politizar de modo a aumentar “o nível de tensão e conflito, quer internamente, quer no relacionamento com outras instâncias de poder”; somente desta forma deixará seu isolamento e se articulará com outras organizações e instituições da sociedade que, de alguma maneira, possam contribuir para a assunção de sua relevância política.²⁹⁸

Anote-se que foi no contexto de colapso dos sistemas de justiça e regulação social, assim como de crise do paradigma da modernidade, que as primeiras redes de justiça restaurativa surgiram, fundamentalmente, sob o prisma da reconstrução

²⁹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 13.

²⁹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 39.

²⁹⁸ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 40.

do atual sistema de regulação social, o que se buscou fazer sob duas perspectivas distintas: “acompanhar as transformações mais recentes no direito penal” e “conter a expansão do direito penal em sua vertente repressiva”, constituída mormente a partir da consolidação de um estado em grande medida punitivista.²⁹⁹

Em meio a esse cenário, Mylène Jaccoud, numa referência a Jacques Faget, salienta que foram três as correntes de pensamento que favoreceram o (re)surgimento³⁰⁰ da justiça restaurativa, bem como dos processos associados à ela – tal como a de mediação – nas sociedades contemporâneas ocidentais, são eles: (i) movimentos de contestação das instituições repressivas, os abolicionistas; (ii) movimentos de descobertas das vítimas, os vitimistas e (iii) movimentos de exaltação da comunidade. Para a doutrinadora, tais movimentos deram as bases para a construção, formando um “terreno auspicioso” – ainda que não em sua totalidade – para a proliferação de tais práticas; todavia, segundo ela, todos eles são incompletos, em que pese importantes influências na construção de um novo paradigma restaurativista.³⁰¹

Sobre a influência da vitimologia no desenvolvimento da teoria da justiça restaurativa, Mylène Jaccoud certifica que, após o término da Segunda Guerra Mundial, surgiu e se desenvolveu um discurso científico acerca das vítimas: a chamada vitimologia. De acordo com a autora, “os lobbys vitimistas ligados e apoiados pelos sábios discursos sobre a vítima” acabaram por sensibilizar profundamente os críticos teóricos do modelo retributivo para as necessidades, mas, especialmente, para “a ausência da vítima no processo penal”. Em sendo assim, afirma que tal movimento inspirou a “formalização dos princípios” restaurativistas, porém, não os endossou nem tampouco participou diretamente do seu advento.³⁰²

Há quem entenda, porém, que a vitimologia contribui e permanece contribuindo para a consolidação da teoria restaurativista. Conforme registra Ester

²⁹⁹ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 1.

³⁰⁰ Acerca das raízes da justiça comunitária como alternativa histórica na solução de conflitos, interessante é o posicionamento de Howard Zehr que traça um panorama histórico acerca do tema. In: ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93-148.

³⁰¹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 164-65.

³⁰² JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 165.

Kosovski, a visão da vitimologia tem cooperado para modificar o contexto de exclusão da vítima do processo penal, ao passo que busca apontar medidas extrajudiciais, quando cabíveis, que proporcionam uma diminuição na hostilidade entre vítima e ofensor e, ainda, uma melhor resolução de conflitos, tal como propõe a Justiça Restaurativa.³⁰³ Ainda, segundo a autora,

a abordagem vitimológica mostrou-se uma esperança, não de devolver o problema da criminalidade, mas de reduzi-lo e dar um tratamento mais humanitário e justo aos segmentos menos favorecidos da sociedade, auscultando-os, dando-lhes voz, incluindo-os como vítimas mais vulneráveis 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. O que também é o escopo dos Direitos Humanos e do Restaurativismo.³⁰⁴

Enfim, conforme lembra Raffaella Pallamolla³⁰⁵, a vitimologia pode ser considerada uma das responsáveis pela construção de relevantes ideias para o aprimoramento da justiça restaurativa, notadamente a partir da crítica que se fez (e se faz) ao sistema de justiça criminal e de revelação de sua incapacidade para atender às necessidades mais básicas das vítimas.

Ao que tudo indica, por outro lado, é que o movimento de contestação das instituições repressivas, os denominados abolicionistas³⁰⁶, tiveram grande influência no desenvolvimento da justiça restaurativa; pode-se dizer, inclusive, que a hipótese restaurativista bebe na fonte das correntes abolicionistas, mormente nas teorias de Michel Foucault, Thomas Mathiesen³⁰⁷, Nils Christie e Louk Hulsman, conforme a sistematização apresentada por Eugenio Raúl Zaffaroni³⁰⁸. Segundo afirma Jaccoud, todos eles “nutrem a reflexão e o desenvolvimento de um movimento que

³⁰³ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 48, fev-mar. 2008, p. 146.

³⁰⁴ KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 48, fev-mar. 2008, p. 150-51.

³⁰⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 193-94.

³⁰⁶ Por todos, Luigi Ferrajoli, para quem os abolicionistas são “solamente quelle dottrine assiologiche che contestano come illegittimo il diritto penale, o perché non ammettono moralmente nessun possibile scopo come giustificante delle afflizioni da esso arrecate, oppure perché reputano vantaggiosa l’abolizione della forma giuridico-penale della sanzione punitiva e la sua sostituzione con mezzi pedagogici o strumenti di controllo di tipo informale e immediatamente sociale”. (FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione: teoria del garantismo penale**. 5. ed. Roma: Laterza, 1998, p. 234.)

³⁰⁷ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCRIM, 199, p. 263-287.

³⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 98.

recomenda o recurso para uma justiça” diferenciada, mais humanista e menos punitivista.³⁰⁹

Aliás, como bem salienta Edson Passetti, o abolicionismo “não é propriedade de ninguém, não postula ser universal, não se orienta pelo saber dos profetas intelectuais, das imagens de futuros arruinados”. Na realidade, os abolicionistas buscam unir forças liberadoras e libertadoras para, juntos, instituir práticas mais modernas no âmbito da justiça penal; trata-se, pois, de uma prática de liberdade.³¹⁰

Ademais, conforme preceitua Eugenio Raúl Zaffaroni, “os autores abolicionistas não partilham de uma total coincidência de métodos, pressupostos filosóficos e táticas para alcançar os objetivos”, já que advém de distintas vertentes de pensamento.³¹¹ Porém, cada um deles contribuiu de alguma maneira para o (re)surgimento e fortalecimento da justiça restaurativa.

Segundo ele, Louk Hulsman chegou à conclusão que o sistema penal é um problema em si mesmo e, diante da sua inutilidade na solução de conflitos, a opção por aboli-lo totalmente como sistema repressivo é a mais indicada, sob os seguintes fundamentos: (i) trata-se de um sistema que causa sofrimentos desnecessários, distribuídos socialmente de modo injusto; (ii) não proporciona efeitos positivos sob as pessoas envolvidas nos conflitos e, finalmente, (iii) é muito difícil de ser mantido sob controle.³¹²

Por isso, conforme explica Eugenio Raúl Zaffaroni, Louk Hulsman propõe a substituição direta do sistema penal por instâncias intermediárias ou individualizadas de soluções de conflitos e não por um “macronível estatal”, tudo para que se leve em consideração as reais necessidades das partes envolvidas no conflito. Para tanto, porém, propugna por uma nova linguagem que elimine as categorias denominadas “crime” e “criminalidade” que passariam a ser denominadas “situações problemáticas”, as quais poderiam encontrar solução entre as partes envolvidas³¹³. Nas palavras do autor,

³⁰⁹ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 165.

³¹⁰ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 15-6.

³¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 98.

³¹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 98.

³¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 99.

Estes conflitos, no entanto, ao serem redefinidos como “situações problemáticas” podem encontrar soluções efetivas, ou seja, entre as partes envolvidas, em um “cara a cara” similar a modelos de solução de conflitos (compensatório, terapêutico, educativo, assistencial, etc.) que, diferentes do modelo punitivo, têm a vantagem de não serem, ao contrário deste modelo, cuja aplicação exclui, automaticamente, os restantes – necessariamente alternativos.³¹⁴

Em suma: a estratégia proposta por Louk Hulsman seria da abolição do próprio sistema de justiça penal e sua conseqüente substituição por uma estrutura informal e flexível de justiça civil e administrativa. Fazendo referência ao criminólogo, Salo de Carvalho constata que, na visão de Hulsman, seria necessário, antes de tudo, uma espécie de “conversão coletiva”, no sentido metafórico do termo, para que a abolição da justiça criminal ocorresse, inicialmente, em nós mesmos, a fim de que mudássemos as nossas percepções, atitudes e comportamentos.³¹⁵

Outra teoria que se apresenta acerca do abolicionismo (e que possui muitos pontos de contato com a de Hulsman) é aquela exposta por Nils Christie. Tal criminólogo se distingue, porém, pois busca fundar os seus argumentos sobre a experiência histórica, até mesmo sobre os “reduzidos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos, como *Christiania* e *Tvind*”, como lembra Eugenio Raúl Zaffaroni³¹⁶.

Nils Christie parte da máxima de que o sistema de justiça penal e a pena (e principalmente esta) “são estruturas de controle social encarregadas de produzir sofrimento e impor dor”³¹⁷. Logo, entende que seria necessário encontrar opções ao castigo e não castigos opcionais, tal como as penas alternativas; afinal, não é disso que se trata.

A solução proposta por ele seria uma composição de estruturas de justiça participativa e comunitária, ou seja, com maior proximidade dos sistemas privatistas do que o modelo vigente, processual e sancionatório criminal. Logo, a reparação ou

³¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 99.

³¹⁵ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 143.

³¹⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 100.

³¹⁷ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 137.

a indenização seriam os meios mais adequados para responder o conflito, ao contrário do que se prega no atual modelo de justiça criminal, onde se busca, principalmente, a privação de liberdade.³¹⁸

Com isso, seria possível que as partes tratassem, de modo direto, da resolução do conflito; elas poderiam buscar, por si mesmo, a reparação dos danos sofridos, evitando que a estatização do conflito – que impede que a vítima tenha participação na resolução do conflito –, o que culminaria na (re)vitimização do sujeito passivo do crime. Assim, “a única saída seria a (re)incorporação da vítima, colocando-a em posição de igualdade processual com o réu, auferindo-lhe capacidade de negociação na busca de compreensão”³¹⁹.

Outro pensador abolicionista que contribuiu para o nascimento da chamada Justiça Restaurativa é Thomas Mathiesen³²⁰ que, segundo Eugenio Raúl Zaffaroni, pode ser considerado o grande estrategista do abolicionismo. Comentando sua obra, Zaffaroni afirma que a proposta apresentada por ele traduz a necessidade de abolir não só o sistema penal mas, sim, todas as estruturas repressivas da sociedade, tendo em vista que, para o autor, haveria uma vinculação entre o sistema penal e a estrutura capitalista.³²¹

Já em 1974, quando publicou a primeira parte da sua obra *The politics of abolition*, a sua teoria fomentou a criação da Organização Norueguesa Anticarcerária (KROM). Tal movimento, conforme lembra Salo de Carvalho, centralizou-se na abolição do cárcere, assim como de todas as propostas substitutivas ao sistema, tal como as penas alternativas, uma vez que elas poderiam se transformar, com muita facilidade, em novas estruturas carcerárias cujas funções seriam similares àquelas propostas pelo cárcere.³²²

³¹⁸ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 138-39.

³¹⁹ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 139.

³²⁰ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997.

³²¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 99.

³²² CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e

Conforme apontado por Salo de Carvalho, Thomas Mathiesen, através de uma concepção marxista para o abolicionismo, reivindicou aquilo que convencionou chamar de “processo de moratória na construção de novas instituições prisionais”, e o fez por meio de oito conclusões:

a) a criminologia e a sociologia já demonstraram que o objetivo de melhoria do detento (prevenção especial) é irreal, sendo constatável efeito contrário – destruição da personalidade e incitação da reincidência; b) o efeito da prisão no que diz respeito à prevenção geral é absolutamente incerto, sendo possível apenas estabelecer alguma dissuasão e as políticas econômicas e sociais; c) grande parte da população carcerária é formada por pessoas que praticaram delitos contra a propriedade, ou seja, contra bens jurídicos disponíveis; d) a construção de novos presídios é irreversível; e) o sistema carcerário, enquanto instituição total, tem caráter expansionista, ou seja, suscita novas construções; f) as prisões funcionam como formas institucionais e sociais desumanas; g) o sistema carcerário produz violência e degradação nos valores culturais; e h) o custo econômico do modelo carcerário é inaceitável.³²³

Além disso, sabendo da tendência atual (e mundial) no sentido oposto ao da abolição, o abolicionista precitado aponta alguns problemas relacionados aos “escudos protetores da prisão”, isto é, aqueles mecanismos capazes de ocultar sua irracionalidade, na contemporaneidade. Dentre eles, assevera que a grande problemática existente hoje é consequência da ocultação e distorção da realidade prisional operada pelos meios de comunicação o que, por vezes, impediria a “visibilidade do barbarismo da instituição”³²⁴. Conforme entendimento, “as pessoas não sabem quão irracionais são as nossas prisões”, tendo em vista que muitas vezes elas “são levadas a acreditar que as prisões funcionam”; e ainda:

A irracionalidade verdadeira da prisão é um dos segredos melhor guardados em nossa sociedade. Se o segredo fosse revelado, destruiria as raízes do sistema atual e implicaria o começo de sua ruína.³²⁵

antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 133.

³²³ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 134.

³²⁴ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 135.

³²⁵ MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 1997, p. 263-287. No mesmo sentido é o entendimento de Louk Hulsman, segundo o qual “A imagem que as pessoas têm da justiça criminal,

Em suma, para Thomas Mathiesen é necessário que um movimento abolicionista reúna algumas condições para manter sua vitalidade; para isso, Eugenio Raúl Zaffaroni aponta duas delas: permanente relação de oposição e relação de competição com o sistema. Enquanto a primeira demanda diferentes pontos de vista (consistentes) sobre as bases teóricas do sistema, a segunda pugna por uma “ação política prática fora do próprio sistema”.³²⁶

Todavia, tendo consciência da possibilidade de se encarcerar pessoas, cada vez mais, sustenta duas teses que possibilitariam uma redução drástica da necessidade do cárcere e do sistema penal como um todo: primeiro, mecanismos de política social e, segundo, descriminalização das drogas.³²⁷

Noutro giro, defende uma “escala de apoio” às vítimas (em detrimento de um escala de punições do ofensor) como forma de promover a desconstrução do atual modelo de justiça criminal e, então, modificá-lo. Isso seria possível por meio, por exemplo, da “compensação financeira pelo Estado, sistema de seguro simplificado, apoio econômico em casos de luto, abrigos protetivos e centros de apoio”. Em decorrência disso, propõe uma guinada no sentido de aumentar o apoio às vítimas de acordo com a gravidade da transgressão, ao invés de aumentar a punição do ofensor em razão da gravidade do crime por ele supostamente praticado.³²⁸

Por derradeiro, há que se falar da teoria de Michel Foucault. Em que pese não possa ser considerado um abolicionista no sentido dos demais, anteriormente apresentados, Eugenio Raúl Zaffaroni garante que não restam dúvidas acerca do fato que Foucault foi, sim, um pensador abolicionista³²⁹. Conforme lembra Salo de

em boa parte, se baseia na apresentação de suas atividades, como estas são passadas pela mídia. Quando participam indiretamente da justiça criminal, ou avaliam o sistema como espectadores, as pessoas o fazem com base em uma imagem produzida pela mídia. Na justiça criminal usa-se a linguagem da punição; assim, as pessoas acreditam que haja uma congruência entre o contexto do castigo que lhes é familiar, com base na experiência direta, e os processos desenvolvidos no interior da justiça criminal. Esta congruência, no entanto, não existe.” HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 35.

³²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 100.

³²⁷ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 135.

³²⁸ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 136.

³²⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 101.

Carvalho, ele foi a “primeira referência teórica contemporânea constitutiva deste saber conceitual”³³⁰.

As primeiras impressões que impulsionaram o discurso abolicionista de Michel Foucault foram escritas no capolavoro *Vigiar e Punir*³³¹, oportunidade em que direcionou seus trabalhos (em relação ao saber penal) em dois níveis específicos: (i) criminologia tradicional e (ii) estruturas capilares de poder.

O filósofo francês constatou que todo sistema de poder se legitima por meio de um discurso científico, o que faz compreender o discurso da criminologia oficial. Diante disso, pode-se dizer, em conformidade com o entendimento de Salo de Carvalho, que o papel da criminologia tradicional foi o de “justificar as práticas punitivas através do discurso ressocializador”³³². A segunda consequência do discurso foucaultiano, por outro lado, é o rompimento com a ideia de “sistema” punitivo, tendo em vista que as relações de poder não podem ser observadas em uma estrutura macroscópica; pelo contrário, as relações de poder ocorreriam em níveis praticamente imperceptíveis.³³³

Por isso, para Michel Foucault não há que se analisar as formas de poder em seu centro, no que concerne aos seus mecanismos gerais e efeitos conjuntos. Na realidade, é preciso verificar o poder em suas extremidades, “em seus últimos lineamentos, onde ele se torna capilar”.³³⁴ Nas palavras de Salo de Carvalho, “a relação de poder ocorreria complexamente em níveis quase imperceptíveis, e de

³³⁰ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 131.

³³¹ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

³³² CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 132.

³³³ Conforme faz constar Eugenio Raúl Zaffaroni, Michel Foucault “não admitiu a ideia de um ‘sistema de poder’, considerando ser o sistema uma ilusão provocada pelo alinhamento de micropoderes”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 102.

³³⁴ FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 32. O autor prossegue para afirmar que: “Trata-se de apreender, ao contrário, o poder em suas extremidades, em seus últimos lineamentos, onde ele se torna capilar; ou seja, tomar o poder em suas formas e em suas instituições mais regionais, mais locais, sobretudo no ponto em que esse poder, indo além das regras de direito que o organizam e o delimitam, se prolonga, em consequência, mais além dessas regras, investe-se em instituições, consolida-se nas técnicas e fornece instrumentos de intervenção materiais, eventualmente até violentos.”

forma assistemática, por manobras, táticas, técnicas e funcionamentos invisíveis que não permitem ao investigador a apropriação do objeto”³³⁵.

Enfim, ao constatar a passagem da punição à vigilância, já que “onde há poder ele se exerce”, não existindo um titular propriamente dito para ele, Michel Foucault acaba por concluir que o poder incide sobre o corpo das pessoas, de forma contínua e não perceptível. Em decorrência disso, fundada na percepção foucaultiana, a criminologia crítica passa a exigir uma verdadeira ruptura com as instâncias formais de controle social, o que, de certa forma, contribuiu para a propagação das ideias abolicionistas na atualidade, principalmente por meio dos criminólogos precitados.³³⁶

Pode-se, então, dizer que tanto a vitimologia quanto as correntes abolicionistas promoveram as críticas mais contundentes em relação ao atual sistema de justiça criminal e, com isso, acabaram por contribuir para o desenvolvimento das propostas da justiça restaurativa.

Por fim, o último movimento que contribuiu para o fortalecimento das práticas restaurativas é o que se convencionou chamar de “exaltação da comunidade”, cujo objetivo sempre foi inflamar e promover as virtudes da comunidade. De acordo com Mylène Jaccoud, “o princípio da comunidade é valorizado como o lugar que recorda as sociedades tradicionais nas quais os conflitos são menos numerosos, melhor administrados e onde reina a regra da negociação”³³⁷.

É por isso que, como rememora Mylène Jaccoud, pode-se dizer que a justiça restaurativa é fruto de uma “conjuntura complexa”³³⁸, uma vez que contou com três movimentos principais (sem excluir outros que porventura contribuíram de alguma

³³⁵ CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 132.

³³⁶ Aqui, por todos, vale a lição de Eugenio Raúl Zaffaroni que fez constar: “Embora Foucault não ofereça considerações táticas para avançar rumo ao abolicionismo, permite entrevê-las quando aconselha a ‘técnica do judoca’, ou seja, quando se refere à debilidade que sofre o poder ao utilizar-se de violências, que o deixa apoiado em um só pé. Deve ser observado que a utilização da força do adversário, em substituição do emprego da própria violência, é um postulado básico de qualquer tese da ‘não-violência’”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 102.

³³⁷ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 165.

³³⁸ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005, p. 166.

forma) para a formação e consolidação do que hoje chamamos de Justiça Restaurativa.³³⁹

4.3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA AO PARADIGMA PUNITIVO RETRIBUTIVO

“E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez de reformas pragmáticas ou aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de justiça criminal? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática retributiva’, trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da justiça restaurativa acreditam que sim.”³⁴⁰

Quando se pretende discorrer sobre uma possível superação paradigmática é necessário, antes de tudo, expor qual é o referencial teórico que sustenta tal análise. Por ora, optou-se por discutir tal temática a partir dos estudos de Thomas Kuhn³⁴¹ e Enrique Dussel³⁴², que em certa medida se contrapõem e por este motivo podem trazer um substrato mais abrangente para a investigação que se busca desenvolver sobre a possibilidade de coexistência, ou não, de paradigmas, notadamente aqueles relativos ao sistema de justiça criminal brasileiro: paradigmas retributivo e restaurativo.

A concepção de paradigma³⁴³ tal como estruturada por Thomas Kuhn tem por objetivo demonstrar que a transformação do conhecimento não acontece de modo

³³⁹ Sabe-se, também, da trajetória histórica apresentada por Howard Zehr que pode ser verificada em ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93-148.

³⁴⁰ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford. Centre for Brazilian Studies, 2006, p. 263.

³⁴¹ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Editora Perspectiva: São Paulo, 1992.

³⁴² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

³⁴³ Para Celso Luiz Ludwig, paradigma “consiste num modelo de racionalidade, num padrão teórico, hegemônico em determinados momentos da história, e aceito pela comunidade que o utiliza como fundamento do saber na busca de compreensões e soluções.” (LUDWIG, Luiz Celso. **Para uma**

cumulativo e contínuo, segundo Celso Luiz Ludwig³⁴⁴. Para tanto, Thomas Kuhn busca caracterizar o uso do termo dois sentidos diferentes:

De um lado, indica toda a constelação de crenças, valores, técnicas, etc., partilhadas pelos membros de uma comunidade determinada. De outro, denota um tipo de elemento dessa constelação: as soluções concretas de quebra-cabeças que, empregadas como modelos ou exemplos, podem substituir regras explícitas como base para a solução dos restantes quebra-cabeças da ciência normal.³⁴⁵

Note-se que o autor deixa claro que o segundo sentido é filosoficamente mais profundo e afirma neste sentido que “um paradigma é aquilo que os membros de uma comunidade partilham e, inversamente, uma comunidade científica consiste em homens que partilham um paradigma”.³⁴⁶

A proposta de Thomas Kuhn tende a justificar o desenvolvimento da ciência a partir de duas fases: a primeira delas é a fase da ciência normal, que se verifica quando o paradigma é aceito pela comunidade científica e, por outro lado, a segunda diz com a fase da ciência revolucionária que é instaurada justamente quando há uma “crise”, ou seja, quando há “a impossibilidade de resolução de certos problemas segundo as regras do jogo do paradigma hegemônico e o acúmulo de situações sem respostas”.³⁴⁷

Logo, para Thomas Kuhn, a diferença entre elas reside exatamente no instante em que há a mudança de paradigma, o que se dá por meio daquilo que convencionou chamar de “crise”. As revoluções científicas, que emergem das crises, são desintegradoras da tradição, trazendo novas teorias incompatíveis com as

filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2a. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 19.). Para Alan Chalmers, “um paradigma é composto de suposições teóricas gerais e de leis e técnicas para a sua aplicação adotadas por uma comunidade científica específica” e ainda “incorpora um arcabouço conceitual específico através do qual o mundo é visto e no qual ele é descrito, e um conjunto específico de técnicas experimentais e teóricas para fazer corresponder o paradigma à natureza.”. (CHALMERS, Alan. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 124.)

³⁴⁴ Muitas das informações colocados nesse artigo foram extraídas das primeiras aulas ministradas pelo Prof. Dr. Celso Luiz Ludwig, na matéria Filosofia do Direito, ministrado no Mestrado, 1º semestre de 2013; eis a razão pela qual não há indicação do referencial bibliográfico.

³⁴⁵ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Editora Perspectiva: São Paulo, 1992, p. 218.

³⁴⁶ KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Editora Perspectiva: São Paulo, 1992, p. 219.

³⁴⁷ LUDWIG, Luiz Celso. **Para uma filosofia jurídica da libertação:** paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2a. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 18.

anteriores; trata-se de uma reconstrução da teoria precedente e reavaliação dos fatos anteriores.³⁴⁸

Assim, pode-se dizer que as crises, por sua vez, ocorrem quando as explicações dadas em um momento anterior, cujas premissas não eram questionadas – pelo contrário, o campo de conhecimento muitas vezes é tão arraigado na cultura que, com certa frequência, elas são aceitas sem que se perceba que estão ali – passam a ser confrontadas e, ao final, são provadas falsas. Com isso, o modelo não mais resiste e, claro, tem que ser abandonado. Eis porque a quebra de um paradigma envolve a necessidade de novas teorias.

Para Thomas Kuhn, a verificação de paradigmas é, portanto, uma espécie de seleção natural, ou seja, opta-se por escolher a mais viável das alternativas. Diante disso, quando as premissas utilizadas para sustentar dado modelo são falseadas, todo o conhecimento baseado nela deve ser refundamentado; logo, é comum que o modelo teórico inteiro tenha que ser revisto.

É justamente de tal maneira que tem início uma revolução paradigmática, momento em que se abre um novo campo para a busca de novas respostas, de novas verdades.

Eis, portanto, a diferença entre ciência normal e ciência revolucionária para o filósofo: enquanto a primeira encontra lugar nos limites do conhecimento aceito, a segunda questiona as bases sobre as quais se assenta a produção científica, movendo o conhecimento em direção ao novo paradigma. Esse movimento, que constitui exatamente o momento da revolução, será denominado – segundo Thomas Kuhn – de ciência extraordinária.

Neste sentido tem-se o exemplo de Rubem Alves, segundo o qual “se nossos olhos são bons, nem sequer nos lembramos disso; gastamos nossas energias

³⁴⁸ Sobre o assunto, Érica de Oliveira Hartmann asseverou que “Com o surgimento de tais anomalias (as que podem originar a crise), diante da impossibilidade do paradigma atual eliminá-las, diante da insuficiência dos instrumentos fornecidos pelo paradigma, sentida pelos cientistas, estes passam a desacreditá-la, gerando, pouco a pouco, uma acentuada insegurança profissional: ‘as tentativas de resolver o problema tornam-se cada vez mais radicais e as regras colocadas pelo paradigma para a solução dos problemas tornam-se, progressivamente, mais frouxas’. Os cientistas, então, passam a manifestar expressamente o seu descontentamento. ‘Como seria de esperar, essa insegurança é gerada pelo fracasso constante dos quebra-cabeças da ciência normal em produzir os resultados esperados. O fracasso das regras existentes é o prelúdio para uma busca de novas regras’. Neste momento, a revolução faz-se, então, necessária. A crise se torna ainda mais séria quando surge um paradigma rival, que será, para Kuhn, necessariamente diferente do antigo e incompatível com ele.” (HARTMANN, Érica de Oliveira. A validade anti-hegemônica da comunidade das vítimas: uma interlocução entre Thomas Kuhn, Michel Foucault e Enrique Dussel. In: **Revista Raízes Jurídicas**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 29-30.)

usufruindo o que vemos. Não nos lembramos de sapatos confortáveis, mas eles se tornam o centro da nossa atenção quando apertam um calo”.³⁴⁹

Ora, por meio de tal exemplo, parece bastante simples a questão: os problemas só aparecem (ou são vistos e percebidos) quando eles, de fato, começam a incomodar. É o caso dos sapatos apertados: eles só são percebidos, notados, quando incomodam, quando passam a machucar os pés e apertar os calos. Aí surge, ou salta aos olhos, a necessidade de mudança.

No modelo proposto por Thomas Kuhn, quando surgem perguntas a serem respondidas e problemas a serem resolvidos há, então, a necessidade de um novo paradigma; passa-se a falar, então, em uma mudança paradigmática, na medida em que, na concepção de paradigma kuhniana, não há que se falar na coexistência de dois paradigmas distintos.

Diferentemente de Thomas Kuhn, Enrique Dussel, chama essa dualidade kuhniana – ciência normal e ciência revolucionária – analogicamente de paradigma funcional e paradigma crítico. O filósofo argentino questiona se é possível que ambas coexistam nas ciências sociais. Afinal, qualquer discurso crítico deve primeiramente ser válido, apto a reestruturar as categorias às quais se direciona, para então incidir sobre elas.

Em outras palavras, ele questiona se a coexistência de um discurso crítico com um científico dominante é possível, assim como se tal relação é diacrônica, como defende Thomas Kuhn, para quem um paradigma só pode ser superado por outro mediante uma crise. Por fim, indaga se há sincronia entre o paradigma funcional e o paradigma crítico.

Para tanto, faz-se necessário entender a diferença básica entre paradigmas funcionais e paradigmas críticos. Quando se fala em paradigmas funcionais, fala-se na existência de um discurso hegemônico da epistemologia, voltado para a realização formal e eficaz a serviço do sistema dominante; fala-se, ainda, na negativa dos discursos que não são significativos empiricamente. Por outro lado, os paradigmas críticos se caracterizam por buscar demonstrar a existência de uma validade anti-hegemônica tendo como base o reconhecimento por parte das próprias vítimas; pela descoberta da não validade dos consensos do sistema dominante; e,

³⁴⁹ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência**: introdução ao jogo e a suas regras. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

ainda, por emergirem de uma comunidade científica que se confronta com o mundo vigente, o que dá início a uma utopia que se denominou de possível.³⁵⁰

Diante dessa breve diferenciação, fica bastante claro no texto do filósofo argentino que ele busca refletir sobre a validade do discurso crítico da comunidade das vítimas³⁵¹, quando enfrenta o sistema que as oprima ou as exclui, a fim de verificar as causas da sua alienação.

Para ele, “as ciências sociais críticas, incluindo uma posição ética, dão origem a novos paradigmas científicos, fruto de programas de pesquisa inovadores a partir da solidariedade com as vítimas, que coexistem com programas rivais, os paradigmas funcionais ao sistema dominante.”³⁵²

Procurando fazer uma intersecção com a teoria de Thomas Kuhn, Enrique Dussel vê com grande interesse a proposta do filósofo norte-americano, em que pese considerar que o avanço proposto por Kuhn é ainda insuficiente. Uma das razões que se pode extrair do texto é o fato de que a teoria de Kuhn ignora, apenas a título exemplificativo, que as condições de revolução teórica articulam-se, também, com as revoluções sociais.

Diante disso, apresenta uma insuficiência no pensamento do filósofo estadunidense no sentido de não compreender a própria existência de uma ciência que seja crítica ou que possa, ainda, desenvolver um paradigma crítico, o que é proposto por Enrique Dussel por meio do critério negativo formal para uma Ética da Libertação.

Por outro lado, Enrique Dussel pretende definir um terceiro critério de demarcação entre as ciências sociais, também conhecidas como funcionais, e as chamadas de críticas; esse critério é definido a partir da comunidade das vítimas.

³⁵⁰ DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 443-57.

³⁵¹ A respeito do critério crítico apresentado por Enrique Dussel e da existência real de vítimas, Celso Luiz Ludwig assevera que “O ponto de partida não será, certamente, a vida em sua positividade. A fonte não será a vida afirmada. Ao contrário, o ponto de partida da crítica deverá ser a vida em sua negatividade. Desde o modo negativo da vida – dialética negativa – se dá o reconhecimento do outro, como o outro do sistema. Outro na condição de vítima causada pelo sistema. Ao mesmo tempo, surge a responsabilidade por tal vítima, desde um momento negativo (não-ser). Trata-se da vida negada como efeito do sistema, que agora é colocado criticamente em questão. A existência empírica de uma vítima permite a formulação de um enunciado empírico com pretensão de verdade (contra o cético e o cínico), como segue: Eis aqui uma vítima!”. (LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 308.)

³⁵² DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 444.

Para Dussel, quem pretende explicar as causas da negatividade das vítimas está obrigado a inventar novos paradigmas, novas explicações, ao revelar novos fatos antes não observados.

Trata-se, pois, dos paradigmas críticos, voltados às vítimas e à sua condição de existência. Para isso, porém, é necessário que se reformule a compreensão do paradigma e se busque uma alternativa que seja paradigmático-crítica. Nasce, então, a ideia de paradigma crítico para a Ética da Libertação.

No âmbito das ciências sociais, por outro lado, exige-se uma abordagem diferenciada; os intelectuais – comprometidos com a comunidade das vítimas – precisam criar novas formas de superação através da crítica científica do sistema estabelecendo, nessa base, paradigmas críticos. Nas palavras de Enrique Dussel,

quando uma comunidade científica se defronta com um mundo vigente, um horizonte estabelecido de fatos, objetos e explicações ou interpretações compreensivas, a partir do seio da experiência de uma comunidade de vítimas, grupos oprimidos, excluídos, que tomaram consciência da sua negatividade e começaram a formular uma utopia futura possível, a 'novidade' do fato é agora crítica, pois o interesse que tende à utopia, como projeto de libertação, abre um tipo novo de horizonte a fatos ou objetos agora pela primeira vez observáveis a partir desse interesse, não só emancipador, mas libertador.³⁵³

O mais interessante é perceber que, ao contrário de Thomas Kuhn, Enrique Dussel entende que é perfeitamente possível ocorrer sincronicamente programas de investigação científica rivais. Ou seja, uns são ligados às comunidades hegemônicas e funcionais para a realização “eficaz”, formal e instrumentalmente a serviço do sistema dominante; outros, por sua vez, ligados aos grupos de oprimidos e excluídos, constituindo ciências humanas ou sociais críticas que tem por finalidade negativa.

Assim, seria necessário analisar a complexa coexistência de múltiplos programas científicos e/ou críticos “dentro” e “em confronto com” os sistemas sócio-históricos existentes, que se revelam como inovações que devem levar em conta marcos nesse processo diacrônico. Em sendo assim, segundo Enrique Dussel:

³⁵³DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 451.

As ciências humanas ou sociais críticas, então, convivem com as hegemônicas, podem refutá-las com explicações novas a partir de paradigmas novos, que podem mais tarde tornar-se funcionais (...).³⁵⁴

Logo, o movimento assim realizado é uma forma de espiral eterna em direção a um ideal utópico. Explica-se: a negatividade das vítimas produz a crítica, que dá ensejo a um novo paradigma, por ora crítico, que se mostrará suficiente para resolver a negatividade identificada. Acontece que, invariavelmente, sempre acontecerão novas negatividades, novas vítimas, o que impulsionará – em maior ou menor medida – novas pesquisas, novas críticas e, enfim, novos paradigmas para superar, então, as recém criadas negatividades.³⁵⁵

Enfim, quando se der tal superação, continuarão surgindo novas negatividades, sempre em escala infinita e espiral, sendo necessário descobrir e desbravar novos horizontes, ainda mais longínquos e abrangentes. Pode-se dizer, portanto, que o paradigma crítico de ontem pode ser o paradigma funcional de hoje, a clamar por nova crítica, novos saberes, novos paradigmas.

Trazendo as noções de paradigma para o âmbito das ciências criminais, mais especificadamente para o direito penal e a criminologia, ganha destaque a análise feita por Howard Zehr³⁵⁶ acerca da necessidade da superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo no sistema de justiça criminal de modo que, com isso, entra em cena aquilo que se convencionou chamar de Justiça Restaurativa.³⁵⁷

³⁵⁴DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002, p. 455.

³⁵⁵SOBRINHO, Ricardo Kleine de Maria. **Ciência e verdade sob a ótica das vítimas**: os paradigmas críticos de Enrique Dussel. Disponível em: < <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima7/10-Ricardo-Kleine.pdf>>. Acesso em: 30.ago.2013.

³⁵⁶Mais informações sobre o autor e seu estudo acerca da Justiça Restaurativa podem ser vistas nas obras intituladas *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça restaurativa* e *Justiça Restaurativa*, ambas publicadas pela Editora Palas Athena.

³⁵⁷Sobre a superação de paradigmas entre modelos de Estado e sua aplicação no direito, tem-se a análise de Thiago Lima Breus para quem “a travessia entre o Estado de Direito e o Estado Constitucional representa um modelo social paradigmático, transaccional, em que o novo modelo tido como constitucional ainda não se instalou por completo e o antigo ainda permanece, de certa forma, vigente. (...) Nessa linha de alusão a uma crise paradigmática visualizada a partir de um ângulo social, primeiramente, é possível se acenar sobre a existência de novas demandas internas e pressões externas às quais o velho Estado de Direito burocrático e legalista, não dá mais conta e o novo Estado Constitucional, voltado à concretização dos valores constitucionais e à realização plena dos direitos fundamentais, não conseguiu deixar de ser, ainda, um projeto.” (BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 50.)

Para isso, porém, é necessário ter em mente que atualmente a ciência criminal está fundada no paradigma retributivo/punitivo; ele é, destarte, a fonte do direito penal atuarial³⁵⁸. Assim, à luz dos ensinamentos de Thomas Kuhn e Enrique Dussel, a localização do paradigma retributivo coincide com a ciência normal (Thomas Kuhn), devidamente inserida no bojo do paradigma vigente/funcional (Enrique Dussel). Logo, o paradigma dominante parece ser coerente consigo mesmo, na medida em que estabelece e cumpre procedimentos previamente determinados. Ele atende a uma racionalidade já vigorante e opera naquilo que já estava pré-estabelecido. Aqui, o que se tem é uma retroalimentação que serve à própria funcionalidade do paradigma, à sua própria sobrevivência.

Com efeito, de acordo com Howard Zehr, contemporaneamente a punição é justificada em termos pragmáticos e utilitários, sendo vista como uma forma de coibir as práticas indesejadas, isolar da sociedade o indivíduo invariavelmente excluído e, ainda, utiliza-se da justificativa de reabilitar o cidadão, tudo isso por meio das penas privativas de liberdade.³⁵⁹

Isso ocorre quando os ofensores violam a lei estatal e, por assim agirem, impõe-se a punição como forma de retribuição. Porém, conforme bem alertou o autor supracitado, esse paradigma vem nos acompanhando há muito tempo e representou, em comparação com os paradigmas anteriormente existentes, uma melhoria. Atualmente, ele é o que deve ser.³⁶⁰

Tudo isso porque o paradigma sobre o qual se funda as ciências criminais assenta-se no retribucionismo, cuja ideia fundamental reside na concepção da pena como um mal. Para os defensores de tal teoria³⁶¹, esse castigo significa, de algum modo, uma contraposição a outro mal, que é justamente o crime. Assim, parte-se da

³⁵⁸ Para se ter um panorama da política criminal atuarial no Brasil, com enfoque da criminologia, v. DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial: a criminologia do fim da história**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

³⁵⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93.

³⁶⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93.

³⁶¹ Segundo Paulo César Busato, “entre os representantes do pensamento retributivo da pena se encontram Kant e Hegel, máximos representantes da filosofia idealista alemã, cuja importância em termos de fundamento da pena tornou suas teses dominantes na Alemanha, pelo menos até o início dos anos 60 do século XX, a ponto de chegarem a influenciar com uma concepção retributiva o próprio projeto de Código Penal do pós-guerra, de 1962. Além deles, o italiano Carrara, representante da escola clássica. Ademais, também preconizavam tendências retribucionistas, já mais modernamente, com matizes, dando prevalência à tendência retributiva sem negar aspectos preventivos, Binding, Mezger, Welzel e Bettiol.” BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 751-52.

falácia que um mal justo (a pena) se opõe a outro mal, o injusto (o crime), a fim de se restabelecer o direito.³⁶²

Para Kant³⁶³, por exemplo, a pena significa um “imperativo categórico”, cuja incidência principal é a pena justa, “desde o ponto de vista do fato como do sujeito pelo fato realizado”³⁶⁴. Ademais, para o filósofo, era necessário existir respeito a uma lei geral de moralidade, não bastando a legalidade das ações dos sujeitos. Logo, a pena era considerada um fim em si mesma, necessária para que a justiça fosse realizada, e nada mais. É por isso que, conforme constatou Paulo César Busato, “se a pena fosse considerada um meio para conseguir um bem para o próprio indivíduo ou para a sociedade, o indivíduo estaria sendo um instrumento para a consecução de tais fins”³⁶⁵ e, com isso, se lhe trataria como simples objeto.

Além disso, para Kant a pena consistiria a retribuição à culpabilidade do sujeito, devendo ser, portanto, proporcional ao dano causado pelo delito. Ou seja, a intensidade da agressão perpetrada em desfavor de determinado bem jurídico deveria ser avaliada para que se promovesse um ataque a outro bem jurídico de similar medida. Nesses casos, não se estaria ferindo quaisquer direitos do cidadão haja vista que, para o filósofo, quem não cumprisse as disposições da lei não era digno de cidadania.

Por outro lado, fazendo uso do método dialético, para Hegel³⁶⁶ – que pode ser considerado outro representante do pensamento retribucionista –, o cometimento de um crime significava a negação do direito e a pena, por sua vez, como resposta a esse mal, deveria ser considerada a negação da negação do Direito. Sobre o pensamento de Hegel, Paulo César Busato o sintetizou: “a tese é de que as pessoas devem obedecer determinada regra (norma incriminadora) à qual se opõe, como antítese, a postura do criminoso, que com sua atitude afirma a ausência de validade de tal regra para ele”, culminando em uma síntese, consubstanciada na aplicação da própria pena³⁶⁷.

³⁶² SANTOS, Juares Cirino dos. **Direito penal**. Parte Geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008, p. 461.

³⁶³ KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 167.

³⁶⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 752.

³⁶⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 752.

³⁶⁶ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia del derecho**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, p. 107.

³⁶⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 752.

Para Hegel, o *quantum* ou intensidade da negação do Direito é considerado para o *quantum* ou intensidade da nova negação, que é justamente a pena; nas palavras de Paulo César Busato, “Hegel outorga à pena um limite como expressão de justiça. Daí que a pena não pode desvincular-se quanto ao seu conteúdo nem acima nem abaixo da magnitude da culpabilidade que lhe corresponde”.³⁶⁸ Porém, o filósofo entende, também, que esse mal é necessário, inclusive, para o restabelecimento da ordem jurídica perturbada. Por isso, na visão dele, a pena aparece como a expressão da negação do Direito constituída pelo delito.³⁶⁹

A diferença entre eles, Kant e Hegel, consiste na fundamentação da pena. Na medida em que Kant legitima a pena na sua necessidade ética, Hegel o faz com base na necessidade jurídica. Enquanto para Kant o crime perturba a ordem moral absoluta, para Hegel tem-se uma perturbação da ordem jurídica.

Para além disso, não se pode descurar do fato de que o paradigma retributivo surgiu – e funciona até hoje assim – para que o Estado legitime e consolide o seu poder. Entretanto, na atual quadra há forte percepção de que ele é disfuncional (pelas mais variadas razões) e logo, precisa ser substituído ou complementado, já que interesses diversos devem ser garantidos, mormente aqueles dos cidadãos (ofensores e ofendidos), constitucionalmente assegurados.³⁷⁰

Em decorrência disso, ao que tudo indica, o paradigma retributivo parece estar em crise, na medida em que o fracasso do sistema penal e das penas privativas de liberdade é, hoje, uma realidade largamente denunciada; crise esta que tem sido considerada o reflexo de uma democracia fracassada, bem como da consolidação de um estado punitivo. Ou seja, tem-se revelado, a cada dia, a necessidade de uma revolução paradigmática a fim de que os problemas existentes hoje, aparentemente sem solução por meio do paradigma retributivo, sejam resolvidos a partir de outra fonte.

Com efeito, instaurada a crise do paradigma retributivo faz-se necessário o surgimento de um novo paradigma, fundado em premissas diversas, capazes de promover a ruptura do paradigma vigente da comunidade hegemônica. Passa-se, então, a falar da Justiça Restaurativa, vista por alguns estudiosos como uma forma

³⁶⁸ BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 753.

³⁶⁹ HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia del derecho**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968, p. 107.

³⁷⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 119.

de contribuir para a diminuição dos atuais problemas enfrentados pelo sistema criminal como um todo, especialmente aqueles enfrentados rotineiramente pelos excluídos, tanto vítimas, quanto ofensores.

O paradigma levado a efeito por essa nova fonte pode ser denominado de restaurativo que, por sua vez, considera as chamadas práticas restaurativas, vista por muitos como mais humanizadoras e que pretendem dar enfoque diverso ao processo penal e às ciências criminais como um todo.

Diversamente do paradigma retributivo, elas não visam punir o acusado por meio de uma retribuição; pelo contrário, elas visam proporcionar a solução dos conflitos por meio de encontros entre vítimas, ofensor e comunidade, quando as circunstâncias dos caso permitirem, tendo como finalidade uma restauração propriamente dita, o que se faz, no mais das vezes, por meio da reparação à vítima dos prejuízos causados pelo cometimento dos crimes ou por algo diverso que fique estabelecido entre as partes, v.g. um simples pedido de desculpas.³⁷¹

Dentre as práticas restaurativas mais usuais, tem-se a chamada mediação penal, considerada por muitos a mais adequada dentre as práticas, na medida em que não tem a finalidade de definir “a verdade” sobre determinado acontecimento e, em consequência disso, não visa definir quem está certo e quem está errado. Pelo contrário, a mediação penal tende à promover a comunicação entre as pessoas a fim de que elas afrontem os seus problemas, com a ajuda de uma terceira pessoa imparcial, chamada de mediador.

Ela poderia significar, inclusive, uma forma de contribuir para o atual sistema de justiça criminal, atenuando o volume de trabalho que sobrecarrega o Poder Judiciário; mais do que isso, ela é capaz de ampliar os espaços de participação e deliberação da comunidade em geral e, com isso, assegurar a democracia e permitir a sua continuidade, diversamente do que ocorre atualmente. A par disso, muito mais do que legitimar o poder do Estado, a mediação penal é capaz de promover o pleno exercício de direitos e garantias individuais, inclusive os previstos na Constituição da República.

Diante da distinção existente entre os paradigmas retributivo e restaurativo, pode-se afirmar que eles são, verdadeiramente, opostos (o que não os exclui

³⁷¹ Sabe-se que tal tema é muito mais complexo e possui diversas implicações que não foram aqui examinadas. Porém, esse não é o enfoque do presente artigo; busca-se aqui manejar os conceitos de paradigma e demonstrar a sua aplicação na contemporaneidade do direito penal e da criminologia, bem como demonstrar – ainda que em linhas gerais – a necessidade da sua superação.

simultaneamente), na medida em que se fundam em bases, valores e princípios bastante distintos. Eis as principais diferenças apresentadas por Howard Zehr:

Duas Visões Diferentes	
Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
O crime é tido como uma violação da lei e do Estado.	O crime é tido como uma violação de pessoas e relacionamentos.
As violações geram culpa.	As violações geram obrigações.
A justiça exige que o Estado determine a culpa e imponha uma punição, o que se faz por meio da dor e do sofrimento.	A justiça envolve vítimas, ofensores e membros da comunidade que, em comum esforço, buscam corrigir a situação.
Tem como foco central os ofensores que, segundo suas regras, devem receber o que merecem.	Tem como foco central as necessidades da vítima e a responsabilidade do ofensor de reparar o dano cometido. ³⁷²

Três Perguntas Diferentes	
Justiça Criminal	Justiça Restaurativa
Que leis foram infringidas?	Quem sofreu danos?
Quem fez isso?	Quais são suas necessidades?
O que o ofensor merece?	De quem é a obrigação de suprir essas necessidades? ³⁷³

Ora, como se vê, a visão restaurativista pode ser considerada inovadora do ponto de vista paradigmático porque o crime passa a ser considerado como um ofensa ou erro praticado contra outra pessoa, diferentemente do que ocorre na perspectiva retributivista em que o crime corresponde a quebra de uma lei, uma ofensa ao Estado. Assim, a vítima e a comunidade (quando for o caso) ganham maior destaque na medida em que a resposta adequada para o crime leva em consideração, também, a necessária reparação do dano sofrido, seja materialmente ou simbolicamente.

Por meio desta distinção, pode-se perceber facilmente que se tratam de paradigmas opostos³⁷⁴, cujos valores e premissas são verdadeiramente diversos;

³⁷² Todas as anotações da tabela têm como referência a obra que segue: ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 33.

³⁷³ Todas as anotações da tabela têm como referência a obra que segue: ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 33.

³⁷⁴ A esse respeito, valiosa é a lição de Nils Christie, para quem “a diferença essencial entre as reuniões de composição alternativa dos conflitos e as dos tribunais penais reside na questão do

eles se contrapõem e, ao mesmo tempo, coexistem. Significa dizer que, tal como propõe Enrique Dussel, a convivência entre os dois paradigmas é perfeitamente possível, na medida em que eles não são excludentes.

Assim, é verdadeiro o fato de que o modelo retributivo não é a única forma de justiça de que temos conhecimento no Ocidente, despontando como novo, o paradigma restaurativo, que vem sendo efetivamente aplicado em países como o Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia, por exemplo.

É sabido, também, que nos últimos anos o paradigma retributivo monopolizou a nossa visão e, em decorrência disso, é muito mais complexo pensar em outras formas de realizar justiça e, mais ainda, colocá-las em prática. Pode-se dizer que outras formas de solução de conflitos são por muitos, vista como um tabu e, por isso, constituem um dos desafios do direito penal e da criminologia na atualidade.

Contudo, a necessidade do emprego de práticas restaurativas se mostra cada vez mais demandada. É por isso que novos paradigmas emergem como forma de resolver alguns problemas prementes da sociedade contemporânea, muitos dos quais têm surgido nos últimos anos e não encontram solução nas indicações paradigmáticas já existentes, tal como a retributiva.

Levando em consideração as teorias de matriz retribucionista e a consequente necessidade de novos paradigmas na seara do direito penal, tem-se o entendimento de Leonardo Sica, para quem a necessidade de um novo paradigma, tal como o restaurativo, é necessária:

(...) vislumbra-se a primeira premissa importante: quando falamos sobre a introdução da justiça restaurativa, não referimo-nos simplesmente à escolha de novos métodos de resolução de conflitos ou mecanismos de alívio do Judiciário e, tampouco, ao debate de uma nova teoria penal. A abordagem remete à elaboração de um novo paradigma de justiça penal que influa (e

poder punitivo. Punição significa 'inflação intencional de sofrimento'. A 'deusa da Justiça', de olhos vendados e com a espada na mão, não é uma figura adequada para o que acontece aqui. Na composição alternativa de conflitos não há necessidade de uma espada. E não há necessidade de ninguém de olhos vendados. A venda é um dispositivo para evitar interferências indevidas e, portanto, para impedir abuso no emprego da espada. Nas reuniões de justiça restaurativa, não se objetiva criar a dor, mas, sim, o entendimento. Sem a presença da espada, não há necessidade de evitar o seu uso abusivo. Em tais reuniões, não há limites para o que é relevante, nem a preponderância da conveniência da decisão sobre a relevância do que é discutido. Relevante será o que as partes acharem relevante. O objetivo é viabilizar a compreensão – aproximar as partes de maneira que possam se ver mutuamente, e aumentar ao máximo a quantidade de informação de modo a criar uma base para lidar com o conflito em curso." (CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 371.)

altere) decisivamente na nossa maneira de pensar, e agir em relação ao fenômeno “crime”.³⁷⁵

Tal como referiu Marcelo Gonçalves Saliba, as práticas restaurativas se apresentam como uma opção ao paradigma punitivo; atualmente, elas não têm por fim a abolição do atual sistema penal, tampouco as penas privativas de liberdade (que impõem dor e sofrimento). Propugnam, na realidade, pela diminuição de seus severos e irreparáveis efeitos, o que se faz através dos ideias abolicionistas, tal como apresentado anteriormente. Por isso, ela constitui uma alternativa ao sistema penal tradicional, que não o elimina, mas busca suavizar os seus efeitos e institucionalizar práticas mais humanizadoras.³⁷⁶

Elas, inclusive, ao abrirem espaço para a concepção de um novo paradigma na resolução dos casos penais, desarmam o direito penal voltado à criminalização e punição daqueles eleitos como inimigos de uma dada sociedade, num dado contexto histórico.

Tal como alertado por Eugenio Raúl Zaffaroni, o direito penal do inimigo serve à neutralização dos indivíduos considerados perigosos pela sociedade; para tanto, impõe-se que sejam suprimidos de tais inimigos os mais variados direitos e garantias, inclusive os constitucionais. Em face dessa realidade já amplamente denunciada, o direito penal vai para a guerra em nome da segurança dos chamados cidadãos de bem e, como consequência, acaba por retirar dos acusados de crime a condição de pessoa, justamente para poder eliminá-lo.

Ocorre que, atualmente, a expansão deste direito penal do inimigo nos sistemas penais da América Latina tem se mostrado cada vez maior, principalmente em relação aos traficantes de drogas, integrantes de movimentos sociais, participantes de protestos, acusados de crime contra o patrimônio praticado mediante violência, dentre outros.

Com efeito, diante desse panorama, pode-se dizer que a justiça restaurativa vai de encontro a este direito penal armado para guerra, que tem no processo o seu campo de batalha, isto porque não permite que se retire do acusado de um crime a condição de pessoa; ao contrário as práticas restaurativas têm o condão de humanizá-lo e aproximá-lo de sua(s) vítima(s). Assim, ao invés do sistema penal

³⁷⁵ SICA, Leonardo. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 47, dez-jan 2008, p. 159.

³⁷⁶ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 143-4.

servir para inocuização dos inimigos sociais, serve a identificação das vítimas da violência social, vítimas estas que tenham praticado ou sido lesadas por um crime, buscando amenizar o seu sofrimento.

Assim, é sempre importante “frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao atual: os modelos punitivos e restaurativos devem coexistir e complementar-se, pois que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite.”³⁷⁷

Todavia, de acordo com Leonardo Sica, para que haja a aceitação da justiça restaurativa é necessário que ocorra, ao menos, a quebra (por ora não se fala em superação) do paradigma punitivo, tendo em vista que ele bloqueia a construção de um modelo diverso, alternativo³⁷⁸. Segundo ele,

A mudança, mais do que uma necessidade teórica ou retórica, é um pressuposto de efetividade, pois a avaliação de alguns projetos em andamento já indica que o principal obstáculo à adoção do modelo alternativo é a barreira cultural existente nas agências judiciais. Mesmo em países onde há previsão legal para a mediação penal, os operadores resistem em enviar os casos e retirá-los da esfera da justiça punitiva.³⁷⁹

Assim, levando em consideração os referenciais teóricos indicados anteriormente, pode-se dizer que a noção de paradigma apresentada por Enrique Dussel deve ser levada em consideração em detrimento daquela proposta por Thomas Kuhn, tendo em vista que, nesse ponto, a partir da análise que se faz, é possível a coexistência de dois paradigmas absolutamente distintos, sem que haja a necessidade de superação de um pelo outro. Ou seja, propõe-se que a mediação (enquanto prática restaurativa) e a punição coexistam, devendo prevalecer àquela em detrimento desta, de modo que a justiça punitiva tenha o seu campo diminuído, restringido aos casos de extrema necessidade, *v.g.* nas chamadas situações-limite.

Logo, maiores aprofundamentos teóricos sobre novas formas de solucionar conflitos na esfera criminal são necessários. Para que haja essa superação paradigmática, porém, será necessário difundir na comunidade jurídica novas formas de solução de conflitos, para que – a médio ou longo prazo – haja uma superação

³⁷⁷ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

³⁷⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 34.

³⁷⁹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 35.

paradigmática a fim de dar cabo a alguns dos atuais problemas existentes na contemporaneidade; sem se esquecer que outros problemas irão surgir, na espiral infinita antes demonstrada por Enrique Dussel.

Hoje, porém, tem-se, em geral, consciência de que o paradigma retributivo não foi superado e que para que isso ocorra longo caminho precisa ser trilhado, especialmente com o aprimoramento e difusão das técnicas apresentadas pela justiça restaurativa, na medida em que “a configuração do paradigma que se anuncia no horizonte só pode obter-se por via especulativa”, especulação essa que se funda nos sinais que a crise do paradigma atual emite que, todavia, nunca por ele é determinada³⁸⁰.

Enfim, nas palavras de Howard Zehr, “os motivos de nossos fracassos é a lente através da qual enxergamos o crime e a justiça, pois essa lente é uma construção da realidade bastante específica, ela é um paradigma”³⁸¹. Porém, existem meios para (re)construir um sistema mais democrático, tendo em vista que, não há mais dúvida, o paradigma retribucionista não é o único existente hoje.

4.3.1 A mediação como pilar de sustentação do novo paradigma restaurativista

*"Este livro deveria começar com um abraço, uma dança, a aproximação de um olhar, um gesto de ternura ou um sentimento que mexesse. A experiência que encontrarás nestas páginas foge dos conceitos, das palavras que simulam ensinar a vida. Estamos propondo uma viagem a tua própria vitalidade interior. Uma viagem ao amor. Um momento de criatividade. Um estímulo para mostrar o que sempre esteve oculto em ti."*³⁸²

4.3.1.1 Mais uma aproximação conceitual e as implicações dela decorrentes

Sensibilidade e humanização totalizadora das relações humanas: esses foram dois fatores considerados por Luis Alberto Warat para se elaborar um conceito de

³⁸⁰ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001, p. 74.

³⁸¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes:** um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 90.

³⁸² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca:** o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 13.

mediação aplicável ao direito. Por isso, para ele, a mediação pode ser entendida, inicialmente, “como um procedimento indisciplinado de auto-ecoposição assistida (ou terceirizada) dos vínculos conflitivos com o outro em suas diversas modalidades”. Fala-se em procedimento porque ela é regida por técnicas, rituais, estratégias e princípios que, conjuntamente, tem como finalidade a produção de um acordo, o que se faz por meio de revisitas aos conflitos, buscando inserir neles algo de novo.³⁸³

Para Luis Alberto Warat, a mediação proporciona que muitas das ações *enlouquecidas, impensadas e impulsivas* das pessoas – que, geralmente, são fontes de grandes frustrações na vida delas – sejam substituídas (com o auxílio do mediador) por ações ordenadas, imbuídas de planos práticos, de “antecipações reflexivas de como atuar”, levando sempre em consideração uma (nova) disposição para entender o mundo e os vínculos dele provenientes.³⁸⁴ Enfim, para o autor,

O que se procura com a mediação é um trabalho de reconstrução simbólica, imaginária, sensível, com o outro do conflito; de produção com o outro das diferenças que nos permitam superar as divergências e formar identidades culturais. Isso exige, sempre, a presença de um terceiro que cumpra as funções de escuta e implicação.³⁸⁵

É importante levar em consideração, porém, a advertência feita por Leonardo Sica, da mesma forma que já se fez em relação ao conceito de justiça restaurativa, no que toca à aproximação conceitual da chamada mediação. Para ele, existem várias “mediações”, o que conduz à impossibilidade de se tratar de um “conceito fechado”.³⁸⁶ Logo, pode-se dizer que se trata de um conceito aberto, passível de ser aprimorado a cada momento a partir das experiências vivenciadas em cada caso concreto, a partir das suas particularidades. É por isso que se diz que, nesses casos, a prática tem muito mais a ensinar à teoria do que a teoria à prática.

A expressão, todavia, tem suas origens no latim, *mediare* (dividir, abrir ao meio); adaptada ao português, busca indicar a finalidade de enfrentamento dinâmico de uma situação problemática, além de proporcionar a abertura de canais de

³⁸³ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57.

³⁸⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57.

³⁸⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57-8.

³⁸⁶ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 45.

comunicação antes bloqueados.³⁸⁷ No campo das ciências criminais, as influências para o seu nascimento, assim como ocorreu com a justiça restaurativa, são em grande medida provenientes das teorias abolicionistas, notadamente de Nils Christie e Louk Hulsman, na medida em que ela se desenvolveu “no seio de teorias e experiências dirigidas à superação do instrumento processual como único meio para resolução dos conflitos”.³⁸⁸

Em apertada síntese, Leonardo Sica indica que o surgimento da mediação decorre de uma pluralidade de debates, dentre os quais destaca: (i) a perda de centralidade do Estado e correspondente recuperação por parte da comunidade no gerenciamento das problemáticas sociais; (ii) a crise da visão legicêntrica no direito (inadequação do sistema legislativo) e a busca por novos instrumentos de gestão de conflitos; (iii) a efetivação de direitos e garantias fundamentais (no Brasil, principalmente após a Constituição da República de 1988) e a consequente sobrecarga do Poder Judiciário na resolução de demandas judiciais e (iv) o interesse da comunidade em participar ativamente dos procedimentos de mediação, mormente através da figura do mediador.³⁸⁹

Assim, a mediação acaba sendo utilizada em diversos meios e esferas³⁹⁰; nesse trabalho, porém, a análise se detém ao campo do direito, mais especificadamente ao campo das ciências criminais, o que se faz por meio do direito processual penal.

Conseqüentemente, outro item a ser observado é o caráter não instrumental da mediação em relação ao processo penal, uma vez que, “a mediação penal não é um meio e sim um fim, uma atividade, cujo alcance pode resultar em uma solução

³⁸⁷ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 46.

³⁸⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54.

³⁸⁹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53-4.

³⁹⁰ Nesse ponto, há quem afirme que existe uma relação entre o conceito de mediação e justiça restaurativa, fazendo-se a ressalva que cada conceito é mais abrangente e mais restrito que o outro. Segundo Raffaella Pallamolla, que fez referência à Miers, “cada um dos conceitos é mais amplo e mais restrito do que o outro, simultaneamente. Assim, por um lado, a justiça restaurativa é mais restrita do que a mediação porque se aplica somente à esfera criminal, enquanto a mediação abrange conflitos em contextos outros que não o criminal. Por outro lado, a justiça restaurativa é mais ampla em relação às possíveis respostas que o ofensor pode dar, alcançadas por outros meios que não a mediação (trabalhos prestados com a finalidade de reparar a vítima, indenizações determinadas pelo tribunal, etc), ao passo que a mediação, na esfera criminal, refere-se apenas às relações entre vítima e ofensor que são estabelecidas na mediação”. In: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 107.

que indique a desnecessidade da pena”, de modo a se afastar as necessidades materiais de acionamento da tutela repressiva do direito penal.³⁹¹

Em sendo assim, ela pode representar um meio de superação do paradigma punitivo e, mais do que isso, ela pode ser considerada o pilar de sustentação do novo paradigma restaurativista. Da mesma forma, ela é uma verdadeira forma de auxílio na construção de um novo modelo de justiça penal, mais democrático, na medida em que não tem como finalidade o “descongestionamento” do Poder Judiciário, tampouco o esvaziamento de prateleiras abarrotadas por demandas processuais, tal como ocorre, via de regra, com as práticas de justiça negocial, principalmente aquelas implementadas nos Juizados Especiais a partir da Lei sob nº 9.099/1995, “como se o único problema fosse o excesso de trabalho, ou de instituir mecanismos premiais de evasão do processo”³⁹², numa verdadeira sistemática de esvaziar as prateleiras do fórum que estão sempre abarrotadas de processos.

Na realidade, a mediação penal caminha rumo à uma transformação, principalmente do comportamento das pessoas e da comunidade (sociedade), favorecendo o surgimento do respeito entre as partes, o que se faz por meio da informalidade que se busca em tal procedimento, assim como da consensualidade em aderir a ele, de modo a “fortalecer sua capacidade intrínseca de relacionar-se com os problemas dos outros”³⁹³, ao contrário do que ocorre na justiça penal tradicional em que a regra é o distanciamento em detrimento do encontro e da aproximação das partes.³⁹⁴

Por isso, concorda-se com o conceito apresentado por Leonardo Sica, como aquele que se encaixa na construção do novo paradigma:

³⁹¹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.

³⁹² SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

³⁹³ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 51.

³⁹⁴ Ainda, visando estabelecer uma aproximação conceitual de mediação, Leonardo Sica sistematizou do pensamento de Grazzia Mannozi e deu três dimensões conceituais: “a) mediação pode ser considerada, em primeiro lugar, como uma mera técnica de intervenção social, em que um sujeito terceiro e neutro, tende a promover a superação do conflito existente entre dois indivíduos, por meio do encontro e do confronto; b) em um segundo lugar, a mediação emerge na sua função de modalidade de solução de conflitos que tem intersecção com o processo penal, na perspectiva mais ampla da *justiça restaurativa*; c) em terceiro lugar, a mediação põe-se como uma nova abordagem de dinâmicas sociais, que consente em prescindir da resposta judiciária em relação a alguns conflitos interpessoais ou entre grupos”. In: SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 52-3.

A mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal), alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional, cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e da paz jurídica.³⁹⁵

Nessa esteira, ganha relevância outro elemento conceitual cuja importância é determinante para a efetivação da mediação, qual seja, a participação de um terceiro, imparcial e neutro, cuja função é clarear a situação conflituosa para, depois disso, possibilitar que as partes visualizem as razões e as origens do evento conflituoso para, então, buscarem uma solução em conjunto. Trata-se do mediador.

Eis o que se requer do mediador: “sabedoria necessária para poder se mover, sem a obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela de classe ou do saber”. O mediador tem o dever de “pensar no interior de um território aberto” para que, imbuído de liberdade, possa retirar do depoimento das partes aquilo que for necessário para facilitar o acordo entre elas. Mais do que isso: o mediador precisa introduzir *uma novidade* no encontro para, enfim, poder proporcionar uma transformação do conflito.³⁹⁶

Além disso, o mediador precisa ajudar as pessoas envolvidas no conflito para que elas encarem e aproveitem a mediação como uma “oportunidade vital”, como um novo ponto de renascimento, o que se fará por meio de fala e da reflexão, colocando-as numa posição ativa diante dos seus próprios problemas. Ele estimulará as partes para que elas, juntas, encontrem um roteiro a seguir, a fim de sair da encruzilhada em que se encontram e, então, diante disso, possam “andar pela vida com outra disposição”.³⁹⁷

Ainda, quanto ao mediador, efetiva deve ser a sua imparcialidade, sob pena de fulminar com as finalidades do procedimento. Conforme alertou Leonardo Sica, a imparcialidade deles não diz respeito tão somente ao interesse das partes, mas,

³⁹⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53. Em outra oportunidade o autor precitado apresentou outro conceito que também merece ser verificado: “a mediação representa a modalidade de aplicação da justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo penal pelas partes, enquanto outras formas de justiça restaurativa permanecem fundadas na função de autoridade do Estado”. In: SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança**. Brasília: Ministério da Justiça, 2006, p. 4.

³⁹⁶ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 57.

³⁹⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 58.

também, condiz com as relações de poder entre elas. Isso significa dizer que “o acordo a que se chega na mediação não tem as características de “compromisso” que fixa de uma vez por todas um equilíbrio entre os interesses em jogo”; o que deve ser observada é a (re)construção progressiva da relação entre as partes, no sentido de que novas regras precisam ser criadas para afrontar os efeitos do conflito e o desconforto que as partes vivenciam.³⁹⁸

Por isso, dada a importância do papel do mediador é essencial que haja uma boa formação profissional, a fim de que problemas práticos (tal como a má formação profissional) não possam atrapalhar o bom desenvolvimento de tal forma de resolução de conflitos. Ora, diante das dificuldades em implementar novas formas de resolução de conflitos, tal como a justiça restaurativa por meio da mediação, questões práticas como essas devem ser efetivamente bem solucionadas, sob pena de se tornarem novas pedras no caminho de difícil percurso e aceitação.³⁹⁹

A função do mediador faz com que a mediação, por meio de sua proposta transformadora do conflito, se distinga da arbitragem, da conciliação e da transação pois ela não busca uma decisão por um terceiro, pelo contrário, são as próprias partes que, com o auxílio do mediador, administram o conflito e caminham lado a lado ao encontro de uma solução.⁴⁰⁰

Alguns requisitos devem ser observados para se encontrar uma solução por meio da mediação, dentre os quais ganham destaque os que seguem: (i) voluntariedade, (ii) confidencialidade e oralidade, (iii) informalidade, (iv) ativo envolvimento comunitário, (v) autonomia em relação ao sistema de justiça, (vi) intervenção de terceiros imparciais, tal como os facilitadores/mediadores, (vii) envolvimento das partes em conflito, (viii) natureza extrajudicial.

³⁹⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 50-1.

³⁹⁹ Em relação ao modo de seleção dos mediadores, Leonardo Sica esclarece que “em geral, estes [os mediadores] são selecionados e treinados nas localidades onde se instalam os escritórios de mediação e, por não serem necessariamente profissionais do direito, contribuem para oxigenar o procedimento e infrintra-lhe de participação comunitária”. (SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 54.)

⁴⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 60. A esse respeito, por todos, Leonardo Sica esclarece o papel de relevância da comunidade nos procedimentos restaurativos e adverte que: “a mediação não oferece às partes somente uma possibilidade de encontrar uma modalidade de conciliação, vai além disso: oferece também uma chance para a abertura de espaços comunitários, para construir um segmento do tecido social e reconstruir o processo de regulação social de forma negociada.” (SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 47.)

Dentre estes, porém, o consentimento livre das partes (que deve estar presente a todo momento) e a confidencialidade merecem maior atenção, de modo que “os fatos trazidos na mediação não podem ser usados em outra sede, senão com a concordância das partes”.⁴⁰¹

Quanto à necessidade de adesão à mediação (e às práticas restaurativas em geral), tanto pelo ofensor quanto pelo ofendido, pode-se dizer que tal imperativo significa uma marca distintiva entre as práticas do sistema tradicional e as restaurativas, inclusive quanto à parte civil, constante do Projeto de Lei de iniciativa do Senado Federal nº 156/2009, que pretende a reforma global do Código de Processo Penal. É por isso que o consentimento livre das partes é tão importante para a mediação, sob pena de fracassar todo um sistema inovador pensado a partir de uma necessidade de mudança, até mesmo paradigmática.

Nessa esteira, Howard Zehr adverte que “os participantes jamais devem sentir que estão sendo coagidos a se reconciliarem”⁴⁰². Em sendo assim, mesmo que a justiça restaurativa tenha como ponto de partida as necessidades das vítimas, não se pode negligenciar as necessidades do ofensor, razão pela qual a sua vontade também precisa ser considerada. Para o autor,

Pode-se pedir ao ofensor que aceite a obrigação de corrigir o mal. Pode-se incentivá-lo fortemente a assumir a responsabilidade e encarar suas vítimas. Contudo, não se pode e não se deve obrigá-lo a isso. Com certeza, não se deve coibi-lo a participar! Encontros forçados dificilmente serão bons, quer para o ofensor quer para a vítima, e o tiro pode sair pela culatra. Podemos solicitar que o ofensor corrija seu erro, mas ele não pode ser inteiramente responsável sem algum grau de vontade.⁴⁰³

Além destes requisitos, a natureza extrajudicial diz com o princípio da autonomia em relação ao sistema de justiça criminal, de modo que a mediação está fora do âmbito do processo judiciário.

Tem-se consciência que a ideia da mediação penal padece de alguns problemas que, de forma nenhuma, afastam a sua validade. Num horizonte mais amplo, ainda surgem muitas dúvidas; muitas delas, inclusive, suscitadas por Leonardo Sica: a mediação significa o resgate de práticas ineficientes e até mesmo

⁴⁰¹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 46 e p. 53-56.

⁴⁰² ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 176.

⁴⁰³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 187.

ingênuas? A mediação, tal como é pensada, pode adequar-se às expectativas de justiça da sociedade contemporânea? A ampliação do acesso à justiça por meio da justiça criminal contribuirá para a expansão da rede de controle penal e disciplinar?⁴⁰⁴

De acordo com o precitado autor, todas essas questões, e outras que porventura possam aparecer, podem ser respondidas afirmativamente, isto é, “há o risco de a mediação incorrer em quaisquer dos problemas”⁴⁰⁵. Em que pese tais considerações, a mediação parece ser o meio mais apropriado para a efetivação dos princípios restaurativos, especialmente por conferir autonomia da justiça restaurativa em relação à justiça penal tradicional o que, por si só, já pode ser considerado um avanço, inclusive de ordem paradigmática.

4.3.1.2 A importância do tripé vítima-ofensor-comunidade para a mediação penal

“Perdoar é abrir mão do poder que a ofensa e o ofensor têm sobre a pessoa. Significa não mais permitir que a ofensa e o ofensor dominem. Sem esta experiência de perdão, sem este encerramento da experiência, a ferida gangrena, a violação toma todo o espaço da consciência, domina toda a vida – a violação e o ofensor assumem o controle. Portanto, o verdadeiro perdão é um ato de empoderamento e cura. Ele permite passar da condição de vítima à de sobrevivente.”⁴⁰⁶

Pode-se dizer que umas das principais características do processo restaurativo é o fato dele estar assentado na intersubjetividade, tal como um processo de discussão e integração social, levando em consideração a voluntariedade das partes para se chegar a uma consensualidade sobre o caso penal. Assim, o diálogo estabelecido entre a vítima, o ofensor e a comunidade, com o intermédio do mediador no caso da mediação penal, constitui princípio fundamental do qual todos os demais irão decorrer ou, pelo menos, se interrelacionar.

⁴⁰⁴ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 239.

⁴⁰⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 239.

⁴⁰⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 46.

Eis a importância do tripé vítima-ofensor-comunidade e a razão pela qual se faz necessário delimitar o papel de cada um nos processos restaurativos, mormente nos casos de mediação penal que funcionam como o pilar de sustentação da nova proposta de modelo de justiça criminal. Em tais situações, o princípio do consenso deve ser considerado até mesmo para dar suporte à justiça restaurativa, na medida em que a vítima e o ofensor e, quando apropriado, membros da comunidade afetados pelo crime participem, de modo conjunto e coletivo, na construção de soluções para curar as feridas, os traumas e as perdas decorrentes das situações problemáticas.

Em que pese a vítima ser encarada como sujeito passivo do crime na esfera processual penal⁴⁰⁷, invariavelmente de modo tão simplório, é notável que a experiência de ser vítima de um crime pode ser (e geralmente é) muito intensa, o que acaba atingindo todas as áreas de sua vida. Para tais sujeitos, os efeitos colaterais dos crimes são, em grande medida, bastantes traumáticos e de longo alcance. É por isso que, na verdade, não se deve tratar de um mero enquadramento de “sujeito passivo do crime”, pelo contrário, é necessário que maiores atenções sejam direcionadas às vítimas, para não continuar correndo o risco de serem revitimadas⁴⁰⁸.

Sobre a questão conceitual, Antonio Beristain afirma que é preciso evitar a identificação da vítima como o sujeito passivo do delito, tendo em vista que “dentro do conceito das vítimas, há que se incluir não somente os sujeitos passivos do delito, pois aquelas superam muito frequentemente a estes”, tal como ocorre, por exemplo, nos crimes de terrorismo, em que múltiplas pessoas podem ser consideradas vítimas.⁴⁰⁹

De acordo com Howard Zehr, para as vítimas o crime é um evento tão devastador e traumático porque eles significam, essencialmente, uma violação: uma

⁴⁰⁷ Sobre a questão, aponta Jacinto Nelson de Miranda Coutinho que “vítima (do latim *victima*, embora com etimologia incerta), como se sabe, era, historicamente, o vivente (animal ou homem) morto em ritual e consagrado às divindades; enfim, o sujeito passivo da imolação, donde passou à voz corrente do Direito Penal como sujeito passivo do ilícito penal”. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.)

⁴⁰⁸ Sobre os graus de vitimação (primária, secundária e terciária), por todos, v. BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia**: à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

⁴⁰⁹ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia**: à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 97.

violação do ser, daquilo que cada pessoa é, daquilo que cada pessoa acredita e, inclusive, uma violação do espaço privado. Para além disso, o crime parece tão devastador para as vítimas na medida em que ele perturba dois pressupostos fundamentais sobre os quais as pessoas fundam as suas vidas: “a crença de que o mundo é um lugar ordenado e dotado de significado, e a crença na autonomia pessoal”.⁴¹⁰

Entretanto, o problema mais preocupante, diz com o fato de o Estado “roubar” o crime e a solução dele das vítimas e, com isso, acabar não proporcionando justiça para nenhuma das partes, isto é, uma solução adequada para apaziguar o sofrimento e as consequências físicas e emocionais decorrentes do ato tido como criminoso, assim como para restaurar a ordem e o significado.

Em sendo assim, tal como fez constar Ted Wachtel, Terry O’Connell e Ben Wachtel, “o sistema de justiça criminal não atende às necessidades das vítimas de crimes nem lhes dá uma função significativa no processo”⁴¹¹. Quando participam de uma audiência, por exemplo, são ouvidas como testemunhas mas, comumente, não podem falar diretamente com os infratores, o que, por vezes, é impossibilitado pelo próprio advogado de defesa que responde no lugar do seu cliente.

Segundo os autores, geralmente as vítimas se tornam incapazes de resolver os seus próprios problemas emocionais, bem como de obter respostas à pergunta que mais desejam fazer os infratores: “Por que eu? Por que você fez isso comigo?”.⁴¹² Por isso, sustentam que o Estado, por meio do Poder Judiciário, “rouba” o crime da vítima e busca, incansavelmente, a determinação da culpa do ofensor e a consequente aplicação de pena, ordinariamente privativa de liberdade, pelo menos no Brasil.

⁴¹⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 24. Acerca de tal afirmação, Howard Zehr cita um exemplo que parece ser bastante elucidativo sobre o assunto: “O crime, como um câncer, rompe com o sentido de ordem e significado. Consequentemente, as vítimas de crime, como as vítimas de câncer, procuram explicações. Por que isso aconteceu a mim? O que eu poderia ter feito para impedir? Essas são apenas algumas das questões que atormentam as vítimas. É importante encontrar as respostas porque elas restauram a ordem e o significado. Se conseguirmos responder ao como e aos porquês, o mundo pode tornar-se seguro outra vez. Sem respostas as vítimas tendem a culpar a si mesmas, aos outros, ou a Deus. A culpa, de fato, é uma importante forma de responder às perguntas que buscam restaurar o significado e um simulacro de interireza.”

⁴¹¹ WACHTEL, Ted; O’CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper’s Press, 2010, p. 11-12.

⁴¹² WACHTEL, Ted; O’CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper’s Press, 2010, p. 12.

Eis por que, no sistema de justiça penal tradicional a definição do crime é bem diversa daquela proposta no âmbito de justiça restaurativa, visto que “muitas de suas práticas foram desenvolvidas a partir de preocupações com a proteção do indivíduo acusado contra o abuso de poder por parte do estado”⁴¹³.

Em decorrência disso, os processos desenrolados no domínio do poder judiciário, no âmbito do sistema de justiça tradicional, deixam as vítimas insatisfeitas e sem uma verdadeira solução para os problemas que enfrentam. Além disso, as suas necessidades, principalmente as emocionais, não são atendidas e não contam com nenhum espaço onde pudessem ser resolvidas, a fim de se obter uma resposta mais satisfatória.

Levando em consideração tal panorama, Howard Zehr assevera que para as vítimas se recuperarem é necessário ocorrer uma transição da fase de “retração” para a fase de “reorganização”, de modo que a agressão sofrida e o agressor não mais a dominem; o que pode ser muito difícil e doloroso, além de poder durar muito tempo. Por vezes, inclusive, pode jamais terminar.⁴¹⁴

De acordo com o autor, para que a vítima se recupere é preciso que haja um ressarcimento pelos danos sofridos que, em regra, contribui para a recuperação, na medida em que o reembolso de determinadas despesas pode suavizar o ônus sofrido e oferecer uma sensação de restauração no âmbito simbólico. No entanto, mais importante do que o ressarcimento em termos monetários é a possibilidade da vítima encontrar respostas para as perguntas que considera mais básicas: O que aconteceu? Por que aconteceu comigo? Por que agi da forma como agi na ocasião? Por que tenho agido da forma como tenho desde aquela ocasião? E se acontecer novamente? O que isso significa para mim e para minhas expectativas (minha fé, minha visão de mundo, meu futuro)?⁴¹⁵

Além disso, as vítimas necessitam encontrar oportunidade para expressar os seus sentimentos, para validar as suas emoções, que constituem uma reação humana natural à violação do crime: raiva, medo e dor. Sobre tais emoções afirma que:

⁴¹³ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 12.

⁴¹⁴ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 25.

⁴¹⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 26.

Aliás, a raiva precisa ser reconhecida como uma fase normal do sofrimento, um estágio que não pode ser pulado. O sofrimento e a dor fazem parte da violação e precisam ser ventilados e ouvidos. As vítimas precisam encontrar oportunidades e espaços para expressar seus sentimentos e seu sofrimento, mas também para contar suas histórias. Elas precisam que sua “verdade” seja ouvida e validada pelos outros.⁴¹⁶

Por outro lado, as vítimas precisam de empoderamento, a fim de restituir o sentido de autonomia pessoal que lhes foi roubado. É por isso que as vítimas devem ter participação ativa e determinante para obter uma resposta ao delito e ao delinquente. Enfim, de acordo com Howard Zehr, “tudo isso pode ser descrito como a necessidade de uma experiência de justiça”, que pode assumir a forma de vingança ou, então, ser decorrente da própria frustração da vítima de não ter conseguido uma experiência positiva de justiça.⁴¹⁷

A experiência de justiça possui muitas dimensões⁴¹⁸, tais como a certeza de que o que lhes aconteceu é errado, injusto e imerecido, assim como a possibilidade de falar sobre o que lhes aconteceu, inclusive sobre o seu sofrimento, de serem ouvidas e receberem confirmação. Mais do que isso, as vítimas não devem se satisfazer com afirmações de que “as providências estão sendo tomadas”, elas necessitam ser informadas e até mesmo consultadas e envolvidas no processo. Tal experiência é tão importante que é considerada básica: sem ela, a cura da vítima pode ser considerada até mesmo inviável.⁴¹⁹

Levando em consideração essa necessidade de vivenciar um sentimento de justiça, parece sintomático que o ressarcimento do dano como única forma de satisfazer a proteção do bem jurídico não é suficiente; logo, sugere-se que tal visão, de mero ressarcimento de cunho monetário, está assentada numa visão meramente

⁴¹⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27.

⁴¹⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27.

⁴¹⁸ Sobre o “fazer justiça” nos processos restaurativos: “‘fazer justiça’ do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e as 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 suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo”. (PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 21-2.)

⁴¹⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 27.

economicista e patrimonialista que, de fato, não constitui o cerne dos processos de justiça restaurativa. Pelo contrário, não raras são as vezes que a vítima experimenta a sensação de justiça e, de tal forma, sente-se mais segura, quando há por parte do ofensor uma manifestação verdadeira de arrependimento ou até mesmo um mero pedido de desculpas, sem que tenha havido qualquer discussão sob a égide da esfera patrimonial.⁴²⁰

Sobre o assunto, Marcelo Gonçalves Saliba resumiu algumas nuances do papel da vítima nos processos de justiça restaurativa, dentre as quais ganham destaque a sua posição de atividade e não passividade, a determinação de suas próprias necessidades, a valoração de interesses emocionais e patrimoniais, a sua manifestação de vontade em relação às práticas restaurativas e, como consequência, o seu papel de protagonista nos casos de mediação penal. Em decorrência dessas nuances, outras são próprias e decorrentes dos fundamentos restaurativos, especialmente quanto à preferência da reparação pelo dano emocional, patrimonial ou físico em desfavor da punição própria do sistema de justiça criminal tradicional.⁴²¹

Diante de tudo isso, parece sintomático que a vítima, e as suas necessidades, mereçam estar no fulcro do procedimento que conduzirá à solução da situação lesiva, tendo em vista que a negligência proveniente do atual sistema de justiça criminal, em considerar o seu papel como de pouca importância para o deslinde do caso penal, pode culminar no agravamento da sua dor e do seu sofrimento, podendo acarretar aquilo que convencionou chamar de revitimização⁴²². Além disso, conforme alertou Howard Zehr,

O fato de que não levamos as vítimas a sério deixa um imenso legado de medo, suspeita, raiva e culpa e nos conduz a exigências persistentes e crescentes de vingança. Encoraja a formação de estereótipos (como entender um transgressor que não conhecemos?) que, por sua vez, levam ao agravamento da desconfiança, estimulando preconceitos de raça e classe social.⁴²³

⁴²⁰ A esse respeito, v. SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 118.

⁴²¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 158-59.

⁴²² A esse respeito, v. BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55-92.

⁴²³ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 31.

Enfim, o atual sistema de justiça criminal, baseado no paradigma retributivo, parece estar diante de uma flagrante ironia: àquele indivíduo que mais sofreu com o crime é negada a participação na resolução do conflito, na medida em que se negam as suas necessidades e não se contribui para a sua recuperação. Em tal sistema, tal como se alertou anteriormente, toda a preocupação é voltada para o ofensor. É por isso que Marcelo Gonçalves Saliba afirma que “o sistema não se legitima sem a efetiva manifestação da vítima e também não encontra legitimidade sem oportunizar ao autor da conduta criminosa o respeito e preservação do ser humano”, em face dos direitos humanos e da dignidade da pessoa humana⁴²⁴.

Por outro lado, ao ofensor, historicamente determinado pela seletividade do sistema penal, normalmente não se oferece a oportunidade de encontrar solução consensual para o deslinde do caso penal, mas impõe-se apenas dor e sofrimento típicos do cárcere e das penas privativas de liberdade. Com as práticas restaurativas, mormente aquelas que dizem com a mediação penal, os dissabores do cárcere, bem como o etiquetamento e estigmatização decorrentes dele podem ser evitados, haja vista que na mediação penal ele deve ser tratado de forma digna, o que só reforça a sua condição de ser humano.

Para além disso, o ofensor vê a oportunidade de se manifestar para e com a vítima e, juntamente com ela, vê a possibilidade de alcançar uma resposta mais adequada para o caso penal, a qual não pode ser descartada nem mesmo hostilizada, pelo contrário, que deve ser considerada.

Para Cláudio José Pereira, o direito do ofensor não se restringe à “legalidade e à legitimidade das detenções e dos locais de cumprimento de pena, mas na oportunidade de, alterando a condição de descartáveis, redimirem-se perante esta sociedade”, através da reparação dos danos, para além do simples cumprimento de uma penalidade imposta pelo Poder Judiciário⁴²⁵.

É por isso que a justiça restaurativa e, mais especificadamente, a mediação penal, se distinguem da justiça penal tradicional, na medida em que, quanto ao ofensor, há uma substituição do castigo da pena, que impõe dor e sofrimento, por uma solução do caso penal que leve em consideração a vontade das partes e que,

⁴²⁴ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 119.

⁴²⁵ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 103.

por isso, não possuem os efeitos danosos daquelas reprimendas impositivamente fixadas pelo Poder Judiciário.

Conseqüentemente, ao ofensor cabe refletir sobre a sua conduta e, a partir de tal reflexão, abre-se caminho para a conscientização, tendo em vista que as razões pelas quais o crime foi cometido, geralmente, vêm à tona nos processos de mediação penal. Sabe-se que as práticas restaurativas não servem apenas para a exposição dos fatos, pelo contrário, a conscientização das partes e a possibilidade de reparação do dano podem ser, inclusive, visualizadas como algumas das metas a serem alcançadas.

Diferentemente do que ocorre na tradicional justiça penal, em que as manifestações do ofensor ficam limitadas à imputação da inicial acusatória, na oportunidade em que é lhe conferida em juízo para se manifestar, comumente nas audiências de instrução e julgamento no ato do interrogatório, “há uma dublagem do acusado pelo crime, já que seu defensor é o único a manifestar-se no procedimento e a falar nas audiências; os atos ritualísticos impedem o entendimento do procedimento”, tal como alertou Marcelo Gonçalves Saliba⁴²⁶.

Os procedimentos previstos no Código de Processo Penal, especialmente no procedimento ordinário que apresenta o rito procedimental mais amplo e complexo, a falta de compreensão dos atos parece bastante evidente e disso decorre a impossibilidade de percepção da inadequação da sua conduta tida como criminosa. No mais das vezes, isso provoca um distanciamento e um sentimento de ausência de compromisso para com o cumprimento da manifestação jurisdicional, ao passo que, em muitos casos, a resposta jurisdicional demora tanto tempo que, ao ser ventilada, o ofensor já não se encontra mais na situação pessoal que estava ao tempo do delito.

Segundo Howard Zehr, o processo judicial, qualificado por sua natureza adversarial, na forma como é realizado hoje, “fomenta racionalizações e fortalece os estereótipos”, sobre a vítima e sobre a sociedade. A natureza do processo, dolorosa, complicada e não participativa tende a focalizar os erros cometidos pelo ofensor, tirando o foco do dano causado à vítima. Com isso, os próprios ofensores tendem a olhar para a sua própria condição ao invés de ver a condição da vítima, o que acaba por favorecer que os ofensores se tornem cada vez mais envolvidos com a sua

⁴²⁶ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 160-61.

própria situação jurídica⁴²⁷. Ademais, tem-se pouca dúvida no sentido de que os ofensores raramente são estimulados a olhar para os verdadeiros custos humanos dos atos pelos quais são responsáveis de terem cometido.

Portanto, no âmbito do processo penal, tal como é realizado hoje, o ofensor não possui qualquer experiência semelhante ao que se busca com a mediação penal, de compreensão das consequências humanas advindas dos seus próprios atos, assim como da verdadeira assunção da responsabilidade por eles.

Sob outro viés, Howard Zehr analisa a participação do ofensor nos encontros restaurativos a fim de se compreender de que modo a decisão decorrente deles se distingue das decisões emanadas pelo Poder Judiciário. Quanto a estas, especialmente acerca das penas privativas de liberdade, assevera que “a experiência de encarceramento irá despi-lo completamente do pouco que tinha, deixando-o ainda mais privado de recursos para obter auto-estima e autonomia de forma legítima”⁴²⁸.

Com efeito, o terceiro pilar de sustentação do tripé do diálogo restaurativo é a comunidade. Há quem sustente que a palavra comunidade é, contemporaneamente, empregada de modo negligente, uma vez que se faz uso da palavra para referenciar à vizinhança, à região onde se mora, aos colegas e ao mundo em geral; ou seja, tem-se uma ideia de comunidade à luz de espaços físicos, geograficamente demarcados. Para os adeptos de tal posicionamento, não se pode confundir comunidade com jurisdição geográfica.

Para Ted Wachtel, Terry O’Connell, Ben Wachtel e Zygmunt Bauman, comunidade não significa um local, pelo contrário, comunidade representa um sentimento, uma percepção e, por isso, quando as pessoas se vêem como pertencentes a uma comunidade, elas se sentem conectadas, imbuídas de um sentimento de participação e de responsabilidade. Mais do que isso, as pessoas se sentem ouvidas “sobre como as coisas são conduzidas e que são parte do resultado”⁴²⁹.

⁴²⁷ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 40-41.

⁴²⁸ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 35.

⁴²⁹ WACHTEL, Ted; O’CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper’s Press, 2010, p. 150-51.

Entretanto, tais autores advertem que “o que realmente sabemos sobre comunidade é que parece que a perdemos”⁴³⁰, ou que a “comunidade é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido”, um tipo de mundo “que não está, lamentavelmente, a nosso alcance”⁴³¹.

Segundo eles, a nossa sociedade, do modo como está configurada hoje, inibe o desenvolvimento de relacionamentos de várias maneiras, inclusive os interpessoais. As famílias se caracterizam por permanecerem sozinhas, sem manter contato para tentar resolver os seus problemas com aquilo que chamaram de “rede de família ampliada” que, em outros tempos, proporcionava apoio e proteção mútuos. Em decorrência disso, alertam para o fato de que a maioria das famílias e dos sujeitos não consegue estabelecer relacionamentos duradouros, nem mesmo com as pessoas mais próximas, tais como os vizinhos e os grupos de pessoas de escolas, por exemplo. Constatam, assim, que “à medida que nossas instituições crescem, elas se tornam mais impessoais”⁴³².

Uma forma de romper com essa impessoalidade é, sem dúvida, por meio da realização de reuniões restaurativas, as quais possibilitam a criação de um sentimento de envolvimento, participação e de conexão entre as pessoas, o que ajuda a promover a renovação do sentimento de comunidade, hoje tão perdido. Em decorrência da absoluta necessidade das reuniões acontecerem de modo voluntário, as partes, invariavelmente, se sentem à vontade para participar efetivamente das reuniões, isso significa que, de algum modo, elas têm voz para chegar a um resultado. Noutras palavras, elas contribuem, de modo determinante, para a decisão acerca dos danos causados pelo infrator.

Atualmente, o termo “microcomunidade” tem sido utilizado para descrever o relacionamento entre as pessoas reunidas em uma reunião restaurativa. Em um momento inicial, o primeiro vínculo comum compartilhado entre os participantes é, tão somente, a infração. Porém, ao final do processo, outros vínculos passam a ser compartilhados entre eles, tal como a própria reunião restaurativa, que significa (ou pode significar) um importante evento emotivo capaz de forjar relacionamentos entre os

⁴³⁰ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 149.

⁴³¹ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Trad. Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 9.

⁴³² WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 149-50.

participantes. Inclusive, finalizadas as reuniões restaurativas, outros relacionamentos podem ser reconhecidos sempre que os participantes se encontrarem, seja com um aceno de mão, ainda que silencioso, ou de um sorriso consciente.⁴³³

Além disso, de acordo com Antonio Beristain, enquanto o modelo de justiça penal retributivo marginaliza a comunidade, assim como as vítimas, localizando-a abstratamente no Estado, o modelo de justiça restaurativa compreende a comunidade como catalisadora de um processo restaurativo *versus* o passado.⁴³⁴

Segundo Marcelo Gonçalves Saliba, existem algumas razões pelas quais a participação da comunidade no processo restaurativo⁴³⁵, o que inclui a mediação penal, parece ser indispensável, tais como o fortalecimento dos vínculos entre os pilares de sustentação do tripé (vítima-ofensor-comunidade), a reinserção social mais efetiva, a contribuição para a conscientização social da importância do processo para a comunidade e, enfim, para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito⁴³⁶.

Fazendo referência à Kay Pranis, planejadora de justiça restaurativa do Departamento Prisional de Minnesota, nos Estados Unidos, Ted Wachtel, Terry O'Connell e Ben Wachtel esclarecem que as reuniões restaurativas não necessitam serem isoladas de todo e qualquer envolvimento do estado. É preciso que o poder judiciário, enquanto estado, seja responsável por manter a legalidade das reuniões, enquanto que a comunidade fica responsável pela moralidade do encontro. Segundo eles, “o governo tem a responsabilidade pela supervisão e deve garantir que o processo e o resultado fiquem dentro dos limites da lei”, enquanto que a comunidade “pode transmitir um sentimento único de certo e errado”, baseada num sentimento

⁴³³ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 151.

⁴³⁴ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia**: à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 174.

⁴³⁵ Sobre isso, tem-se a lição de Selma Pereira de Santana, para quem a ideia de participação dos membros da comunidade “significa ultrapassar o aproveitamento da boa vontade dos particulares e das suas atividades assistenciais ao Estado, para se tocar àquel'outra, da chamada formalizada das pessoas individuais à participação, na execução de políticas criminais comunitárias.”. Ainda, para a autora, “trata-se, na realidade, de conferir àquelas comunidades, competência jurídica e de ação, para a realização de específicas tarefas político-criminais, bem como de reconhecer, às pessoas individuais, a pretensão de participar daquelas tarefas e incentivar o seu exercício.” (SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 12-13.)

⁴³⁶ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 163.

de consideração mútua entre os indivíduos com os quais se sentem conectados e não com base no medo da punição, que aflige principalmente ao ofensor.⁴³⁷

A participação efetiva na comunidade pode ocorrer, por exemplo, com a atuação de mediadores na mediação penal. Tal como lembrou Marcelo Gonçalves Saliba, ao se determinar a participação da comunidade na solução do conflito, colocando-a como parte de um tripé que fornece sustentação para a mediação enquanto prática restaurativa que melhor se adéqua ao novo sistema de justiça criminal que se pretende difundir no Brasil, não se espera uma representatividade quantitativa dos membros da comunidade. O que se espera é, na verdade, uma representatividade qualitativa, “de membros do grupo que sejam alçados à condição de líderes e legítimos representantes, conscientes de seu papel social, sua responsabilidade e necessidade de observância dos Direitos Humanos”⁴³⁸.

Sob outra perspectiva, Howard Zehr sustenta que, da mesma forma como as vítimas se sentem lesionadas com o crime, o que gera necessidades, a comunidade também se sente lesionada e, como consequência, possui necessidades análogas. Segundo ele, é preciso que a comunidade tenha consciência de que o ocorreu (o crime) é errado, de que providências estão sendo tomadas, a fim de se evitar a reincidência. Além disso, tal informação pode contribuir para a redução dos estereótipos e dos medos infundados. Por isso, afirma que “o crime perturba o sentido de inteireza da comunidade”.⁴³⁹

Tem-se pouca dúvida de que, em tais reuniões restaurativas, assim como na mediação penal propriamente dita, as pessoas são tratadas com muito mais respeito e se sentem muito mais inseridas na comunidade do que nos processos em trâmite perante o sistema de justiça criminal tradicional, onde opera a impessoalidade e o autoritarismo do próprio poder judiciário que, com frequência inusitada, transmite apenas retidão e superioridade moral em relação às partes, suprimindo a livre expressão de emoções de todos eles.

Em geral, tem-se consciência de que o crime causa um impacto de maior gravidade nas vítimas, por outro lado, porém, deve-se levar em conta que a infração

⁴³⁷ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 154.

⁴³⁸ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 122.

⁴³⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 184.

também provoca uma agitação emocional na vida da família e dos amigos da vítima, assim como nos seus vizinhos e na comunidade como um todo, tendo em vista que “o incidente sabota os sentimentos de segurança e bem-estar”⁴⁴⁰.

Ou seja, se os fatos se mostram significativos para a comunidade, não se restringindo a questões particulares, a participação dela na resposta a ser determinada ao ofensor e ao caso penal propriamente dito deve ser considerada legítima. Logo, é necessário levar em conta esse grande impacto emocional que atinge, ao invés de concentrar todas as preocupações, de modo restrito, na determinação da culpa do ofensor e na sua conseqüente condenação.⁴⁴¹

O distanciamento que as comunidades possuem atualmente do âmbito das decisões da justiça penal tradicional fez com que Agnes Heller chamasse atenção para o fato de que a comunidade não pode realizar um julgamento distante e imparcial, como se nenhuma participação tivesse com os acontecimentos desviantes e até mesmo aqueles que assim não podem ser considerados. De acordo com a autora, “nós julgamos como membros de nossa comunidade. Porque julgamos, também somos responsáveis pela comunidade”; para ela, se determinadas pessoas da nossa sociedade vivem em extrema pobreza e em condições desumanas, se crianças são violentadas por seus pais, se deixamos isso acontecer, “somos responsáveis em conjunto pelas ofensas cometidas pelas pessoas socializadas sob tais condições”, tendo em vista que somos as restrições sociais ou parte delas. Logo, “temos o direito de julgar porque assumimos que cada qual é autor livre de suas ações. Entretanto, se somos os autores livres das circunstâncias em outro nível, nada mais somos que restrições sociais para aqueles que julgamos”; como conseqüência, é necessário que promovamos o nosso próprio julgamento.⁴⁴²

⁴⁴⁰ WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa**: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010, p. 13.

⁴⁴¹ A esse respeito, válida é a lição de Nils Christie, para quem as reuniões restaurativas “poderiam também ajudar a restaurar a vida social em geral nas comunidades. Poderiam ser importantes arenas de participação. As pessoas nos arredores iriam se conhecer, talvez pudessem ser convidadas, ou até mesmo tomar parte nas discussões – pelo menos o fariam depois. Em tais casos, a vizinhança renasce, antigas formas de lidar com desvios e conflitos reaparecem, e a eterna demanda pelo controle estatal será de certa forma reduzida. Talvez algumas antigas formas de tratamento dos conflitos ressurgam.” (CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 375.)

⁴⁴² HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 237.

Para além de promover a pacificação das situações problemáticas entre vítima e ofensor, a participação da comunidade constitui, também, uma oportunidade de pacificação interna *corporis*, por meio de autoquestionamentos acerca das razões pelas quais levaram todos àquele encontro restaurativo. É necessário que a comunidade, enquanto sociedade, compreenda que “uma sociedade que não protege e não presta assistência às vítimas de seus crimes não obtém níveis de cidadania dignos para o momento histórico em que a humanidade se encontra”⁴⁴³.

Quando há resolução de conflitos provenientes da mediação penal, tem-se a construção de comunidades mais saudáveis. É preciso reconhecer que as leis, a noção de justiça tal como é enxergada hoje, assim como as prisões, possuem limites e, por isso, não são capazes de solucionar todos os problemas. A partir disso, pode-se afirmar que as práticas restaurativas, tal como a mediação penal que surge como o pilar de sustentação da própria justiça restaurativa e do seu novo paradigma emerge como uma oportunidade real de fortalecimento e (re)construção de comunidades.

Sendo assim, vítima, ofensor e comunidade têm muito a contribuir para as práticas restaurativas, mormente para a mediação penal, e, com isso, auxiliar na adoção de um direito penal imbuído de características mais humanitárias, promover a solidariedade entre as pessoas e dar maior eficácia aos mecanismos tradicionais de funcionamento do Estado que se quer chamar de Democrático de Direito, além de aumentar a capacidade e o interesse dos cidadãos em participar de organizações sociais e, concomitantemente, impedir que os conflitos se tornem cada vez maiores, haja vista que o tripé acaba por fortalecer as instituições estatais através da cooperação ativa dos cidadãos com elas.

A aproximação das partes significa, antes de tudo, o reconhecimento da autonomia do ser humano para a formalização do seu próprio projeto de desenvolvimento. Paralelamente a isso, tal como previu Pedro Scuro Neto, o fortalecimento comunitário e social tem como finalidade auxiliar na sustentação do novo modelo de justiça criminal, concordando-se com a posição por ele adotada de que a comunidade constitui um antídoto para a alienação e para a tirania, além de

⁴⁴³ CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: RT, n. 31, p. 230, jul./set.2000.

ser necessária e indispensável para a construção de uma sociedade que se possa chamar de boa e justa⁴⁴⁴.

4.3.1.3 Mediação e justiça restaurativa: rumo a superação do paradigma retribucionista

*“nossa visão do mundo é moldada pelas lentes específicas através das quais vemos esse mesmo mundo”.*⁴⁴⁵

A justiça restaurativa, assim como a mediação, possui um conceito aberto, pronto a ser aprimorado a cada particularidade de um caso concreto. Como já dito, ambas não possuem, destarte, uma definição teórica única; são, na realidade, marcadas por desenvolvimentos práticos assimétricos, sendo necessário determinar, nessa perspectiva, quais são os pontos de contato entre ambas, muito embora eles já tenham perpassado as linhas anteriores desse texto.

A justiça restaurativa pode ser implementada por diversas práticas como, por exemplo, a mediação entre vítima e ofensor (VOM – *victim-offender mediation*), as conferências de família (FGC – *family group conferencing*)⁴⁴⁶ e os chamados círculos restaurativos⁴⁴⁷, sem prejuízo de novas práticas que podem se revelar com os encontros restaurativos.

O ponto de intersecção mais relevante entre a mediação e a justiça restaurativa pode ser fixado a partir das premissas teóricas já tratadas: a justiça restaurativa significa (ou pode significar) um meio pelo qual se pretende superar o paradigma retribucionista, o que só é (ou será) possível por meio de princípios que encontram sua efetivação máxima na mediação penal que, portanto, pode ser considerada a via mais adequada para sustentar o novo paradigma.

⁴⁴⁴ SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.

⁴⁴⁵ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 80.

⁴⁴⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 117-19.

⁴⁴⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 119-20.

A mediação representa a modalidade de justiça restaurativa que melhor promove a reapropriação do processo pelas partes, tendo em vista que ela – que possui natureza extrajudicial e pré-processual – separa-se, por completo, do sistema de justiça criminal tradicional, de modo a não permitir que haja sobreposição dos dois modelos (retribucionista e restaurativista), o que acaba por proporcionar a diminuição da estigmatização do ofensor e leva a efeito os enunciados mais fundamentais do novo paradigma; diferentemente do que acontece com as outras formas de justiça restaurativa que, dependendo do caso, podem cumular-se com medidas punitivas, revelando um verdadeiro *bis in idem*, inadmissível a título processual.⁴⁴⁸

Além disso, a mediação é capaz de proporcionar a recuperação do papel ativo das partes no sistema de justiça, assim como uma mudança de objeto em relação ao crime, ou seja, o crime passa a ser concebido como um conflito entre indivíduos que culmina na geração de danos materiais e psicológicas para as vítimas e, até mesmo, para comunidade, ao contrário do que se passa no sistema tradicional que considera o crime como uma mera transgressão da lei.⁴⁴⁹

A esse respeito, Howard Zehr faz um alerta para que possamos enxergar o crime com outras lentes. Ao invés de compreender o crime como uma mera violação da lei, é mais prudente entendê-lo como “violação de pessoas e relacionamentos”, na medida em que “o crime também representa um relacionamento dilacerado entre vítima e ofensor”; mais do que isso, o crime representa, invariavelmente, um agravo à vítima e, também, ao ofensor.⁴⁵⁰ Por isso, elaborou um quadro a fim de mostrar, de modo bastante claro, quais são as distinções mais marcantes em relação ao modo como o “crime” é visto à luz dos diferentes paradigmas, através das diferentes lentes:

⁴⁴⁸ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73-4.

⁴⁴⁹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 73.

⁴⁵⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 171. Em relação ao ofensor, Howard Zehr faz uma observação interessante no sentido de que “para eles o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa. Em parte, prejudicam os outros porque foram prejudicados. E não raro são prejudicados ainda mais pelo sistema judicial. Tal dimensão nasce, em certa medida, de outras questões da justiça retributiva.”

Lente retributiva	Lente restaurativa
1. O crime é definido pela violação da lei	1. O crime é definido pelo dano à pessoa e ao relacionamento (violação do relacionamento)
2. Os danos são definidos em abstrato	2. Os danos são definidos concretamente
3. O crime está numa categoria distinta dos outros danos	3. O crime está reconhecidamente ligado a outros danos e conflitos
4. O Estado é a vítima	4. As pessoas e os relacionamentos são as vítimas
5. O Estado e o ofensor são as partes no processo	5. A vítima e o ofensor são as partes no processo
6. As necessidades e direitos das vítimas são ignorados	6. As necessidades e direitos das vítimas são a preocupação central
7. As dimensões interpessoais são irrelevantes	7. As dimensões interpessoais são centrais
8. A natureza conflituosa do crime é velada	8. A natureza conflituosa do crime é reconhecida
9. O dano causado ao ofensor é periférico	9. O dano causado ao ofensor é importante
10. A ofensa é definida em termos técnicos e jurídicos	10. A ofensa é compreendida em seu contexto total, isto é, ético, social, econômico e político

Ademais, há que se levar em conta que a mediação constitui uma forma de se conferir modernidade à justiça restaurativa que, como se sabe, tem suas raízes em sociedades bem mais simples e estáticas.⁴⁵¹

Porém, não há que se questionar a possibilidade de admitir a justiça restaurativa e a mediação em sociedades bem mais complexas, como a nossa, por duas razões principais que foram devidamente sistematizadas por Leonardo Sica. A primeira delas reside no fato de que o pensamento crítico da criminologia, que foi um dos responsáveis por desnudar as funções latentes do sistema penal, evidenciou a posição pouco sustentável do atual modelo de justiça, demonstrando que se trata de um modelo fracassado e com altíssimos custos sociais, clamando por uma (re)construção de um novo modelo.⁴⁵²

Em segundo lugar, diz respeito ao olhar moderno que deve ser lançado sobre a mediação, a saber, a possibilidade de se trabalhar com mecanismos de diversidade, pluralismo e criação de espaços mais democráticos, ao contrário do que ocorre com a intervenção punitiva do sistema tradicional que faz aprofundar o déficit comunicativo⁴⁵³ entre o sistema de justiça e os cidadãos.

⁴⁵¹ A esse respeito, v. ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 93-148.

⁴⁵² SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 74-5.

⁴⁵³ A esse respeito, vale a lição de Leonardo Sica, para quem é possível constatar o déficit comunicativo em dois níveis: "(i) entre o sistema de justiça e os cidadãos e (ii) entre as partes envolvidas num determinado conflito submetido à justiça penal (ofensor e vítima). No segundo nível, o diálogo entre as partes é bloqueado, de um lado pela supressão da vítima, em geral dublada pelo

Diante disso, pode-se dizer que a mediação representa (ou pode representar) uma maneira diversa de manter a ordem ou, ainda, restabelecer a paz sob o manto da lei; isso significa dizer que a mediação é capaz de desenhar novas atitudes e comportamentos no âmbito criminal, seja em relação aos controlados, mas, também, aos controladores.⁴⁵⁴ Trata-se da criação e ampliação de novos espaços públicos de liberdade, onde o poder acaba por adquirir visibilidade e se torna objeto de deliberação para além do Poder Judiciário.

Ganha força, então, a deliberação coletiva na resolução dos conflitos, até então solucionados pelo poder representante do Estado opressor. Com isso, as distâncias entre as pessoas podem ser encurtadas, ao contrário do que ocorre no processo adversarial, onde há, ordinariamente, uma repulsa entre elas. É por isso que Leonardo Sica afirma que “a sinalização é evidente no sentido do paradigma restaurativo, na direção da criação de espaços públicos de diálogo e mediação”.⁴⁵⁵

Faz-se necessário esclarecer, ainda, que a mediação penal não tem o condão de substituir o processo penal, assim como a pena. Tanto a justiça restaurativa quanto a mediação devem ser enxergadas como “uma forma complementar de reação penal e não como um substituto penal”⁴⁵⁶. A partir dessa perspectiva, Mirreille Delmas-Marty, citada por Leonardo Sica, entende que a mediação penal é vizinha das categorias do direito penal, mantendo com elas uma relação ambígua de proximidade e exclusão. Deve ser assim porque, na hipótese de a mediação fracassar, o caso penal é reconduzido ao sistema penal, “na tentativa de impedir que a situação penal do delinquente seja agravada devido ao fracasso”⁴⁵⁷.

Disso se extrai que a mediação se encontra numa fronteira móvel, na medida em que visa, por um lado, demarcar a fronteira da penalidade sob uma perspectiva mais humanista, mais flexível, de modo que as próprias partes assumam a gestão

promotor público que incorpora a atitude hostil impessoal, e, por outro, pela opressão sobre o ofensor, que, pressionado pela ameaça da pena, procura apenas enquadrar seu comportamento a partir do marco legal definido, ou seja, tenta demonstrar que não praticou o ato típico ou que praticou-o justificadamente. E, quando mais severa a reprimenda prevista, acentua-se a tendência do ofensor em neutralizar a ofensa praticada com o argumento de que está sofrendo uma injustiça (as chamadas “técnicas de neutralização”).” (SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 62.)

⁴⁵⁴ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 75.

⁴⁵⁵ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 76.

⁴⁵⁶ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80.

⁴⁵⁷ DELMAS-MARTY, Mireille *apud* SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 80.

da justiça e, ao mesmo tempo, não tem a pretensão de substituir o processo penal, nem mesmo as penas dele decorrentes.

É por isso que Christa Pelikan⁴⁵⁸ assevera que essa relação pode ser considerada de “autonomia condicional”, justamente porque a mediação deve preservar a sua fundamentação lógica, diversa do sistema de justiça penal tradicional, notadamente punitivista, e, concomitantemente, permanece conservado o espaço público para o sistema de justiça penal clássico, ainda que de modo subsidiário, a fim de aperfeiçoar, se for o caso, os seus mecanismos e preservar o que há de bom nele.

4.4 AVALIAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS E PROJETOS JÁ IMPLEMENTADOS NO BRASIL

4.4.1 Porto Alegre/RS

A capital gaúcha pode ser considerada pioneira no desenvolvimento dos procedimentos restaurativos; desde 2002 eles têm sido testados e, desde 2005, eles têm sido efetivamente aplicados de forma sistemática junto à 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.

Desde então o Programa Justiça para o Século 21 procura mobilizar e articular, de forma pioneira no Brasil, a implantação efetiva das práticas da Justiça Restaurativa no país. Dentre os seus objetivos, ganha destaque a necessidade de se ter “a presença da família do infrator e de representantes da comunidade para o debate do ato infracional, a fim de firmar um comprometimento de todas as partes na recuperação social do jovem infrator”⁴⁵⁹. Além disso, busca-se a implantação de tais práticas visando à pacificação de conflitos e violências que envolvem, especialmente, crianças e adolescentes, por meio da introdução dos valores e

⁴⁵⁸ PELIKAN, Christa. **Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal**. Projeto Dikê. Seminário Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa, APAV, 2003, p. 73-8. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/>>. Acesso em: 31.out.13.

⁴⁵⁹ Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=91&pg=0#.Uf_gCJK1Gql>. Acesso em: 05.ago.2013.

concepções que regem a Justiça Restaurativa, nos mais variados serviços de atuação do sistema de garantia de direitos, o que se faz por meio dos chamados círculos restaurativos.

Conforme se extrai do próprio *site* do Programa Justiça para o Século 21⁴⁶⁰, a sua estruturação se deu por meio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul – AJURIS –, com o apoio de órgãos financiadores de variados convênios realizados com o Ministério da Justiça, através da Secretaria da Reforma do Judiciário, do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD –, do Programa Criança Esperança, assim como da Secretaria Especial de Direitos Humanos da Presidência da República – SEDH.⁴⁶¹

Além disso, o projeto também conta, no âmbito do Executivo Estadual, com o apoio da Fase – Fundação de Atendimento Socioeducativo –, assim como da Secretaria Estadual de Educação. No âmbito municipal, tem o apoio da Fundação de Assistência Social e Cidadania – FASC – além das Secretarias Municipais de Educação e de Direitos Humanos e Segurança Urbana.⁴⁶²

Tal como os demais projetos piloto (Bandeirante/DF e São Caetano do Sul/SP), a experiência realizada em Porto Alegre consolidou atividades e capacitações que proporcionaram a atuação em áreas estratégicas, ganhando destaque a Justiça Restaurativa no âmbito judicial, bem como no atendimento socioeducativo, cujos reflexos se estendem para a comunidade em geral onde se insere.

Atualmente, com oito anos de existência, o referido programa ultrapassa a aplicação experimental das práticas restaurativas na esfera do Poder Judiciário. Hoje em dia, ele abarca aplicações em diferentes situações de conflito, o que acabou por mobilizar um estudo teórico mais aprofundado, bem como uma intensa capacitação dos profissionais envolvidos no Programa, o que é fundamental para garantir um ambiente favorável à materialização de novas práticas no campo da Justiça Penal.

⁴⁶⁰ Todas as informações referentes ao Programa Justiça para o Século 21 foram retiradas no *site* <www.justica21.org.br>, nos diversos canais que se pode acessar, especialmente no *link* “Biblioteca”, “Justiça Restaurativa em Poa” e “Justiça para o Século 21”.

⁴⁶¹ **CPR JIJ**: Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI>. Acesso em: 05.ago.2013

⁴⁶² BRANCHER, Leonardo; PUGGINA, Rodrigo. Violência, justiça restaurativa e o projeto “Justiça para o Século 21”. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 10, n. 55, abr-mai 2009, p. 222.

Nessa trajetória, evidentemente exitosa, cerca de dez mil pessoas foram atingidas pelas atividades de formação em Justiça Restaurativa, o que se fez por meio de cursos presenciais. Tal numerário é, de fato, muito significativo, tendo contribuído, ademais, para a formação de pessoal capacitado em outros estados da Federação, tais como Piauí, Maranhão, Pará, Espírito Santo, Minas Gérias, Rio de Janeiro, São Paulo, Amazonas e Distrito Federal.⁴⁶³

Na capital gaúcha, a Central de Práticas Restaurativas está em funcionamento desde o ano de 2005; porém, foi oficializada pelo Tribunal de Justiça do Estado a partir do ano de 2010, como um serviço integrante da estrutura do Juizado da Infância e da Juventude. Dentre as suas funções, ganham evidência:

1) capacitação em serviço, oportunizando espaço para formação continuada de novos coordenadores de práticas (reuniões de auto supervisão, campo para estágios supervisionados); 2) difusão operacional das práticas restaurativas na Rede da Infância em Porto Alegre, mediante a participação induzida de profissionais da rede de atendimento nos círculos restaurativos, sempre que o adolescente tivesse contato com outros programas sociais antes de ingressar no ato infracional.⁴⁶⁴

A Central de Práticas Restaurativas de Porto Alegre realizou um levantamento de dados numéricos que demonstram o sucesso do Programa. No ano de 2009 foram ofertados 120 procedimentos restaurativos; em 2010, 496 procedimentos; em 2011, 475 procedimentos; em 2012, 369 procedimentos. Verificou-se, ainda, os tipos infracionais com maior incidência no encaminhamento, quais sejam, lesões corporais, produção e tráfico ilícito de drogas e roubo. Apurou-se, por fim, o grau de satisfação dos participantes dos referidos procedimentos, o que gira em torno de 73% de participantes satisfeitos.⁴⁶⁵

Em relação aos encaminhamentos feitos em razão de tráfico ilícito de drogas, a informação que se tem é de que são realizados círculos restaurativos familiares, tendo sido considerados os membros da família como vítimas secundárias do fato ocorrido. Pelo que consta, tais círculos têm produzidos efeitos

⁴⁶³ **CPR JIJ**: Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI>. Acesso em: 05.ago.2013

⁴⁶⁴ **CPR JIJ**: Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI>. Acesso em: 05.ago.2013.

⁴⁶⁵ **CPR JIJ**: Central de práticas restaurativas do juizado regional da infância e da juventude de POA. Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.Uf_qUZK1GqI>. Acesso em: 05.ago.2013.

positivos nos envolvidos, na medida em que se percebe uma dificuldade nas famílias em dialogar e dar solução às situações problemas no bojo familiar e, com isso, o papel desempenhado pelo Coordenador do Procedimento tem grande importância vez que é ele quem vai buscar facilitar esse diálogo, fazendo uso de técnicas específicas.⁴⁶⁶

Como se pode notar, o Programa que vem sendo desenvolvido em Porto Alegre é, realmente, muito exitoso e tem contribuído em grande medida para a implantação das práticas restaurativas em outros estados da Federação o que é, de fato, uma forma de democratizar a justiça com práticas mais humanizadoras e de solidariedade para com o outro.

Porém, conforme referem Leonardo Brancher e Rodrigo Puggina, que trabalham diariamente no “Projeto “Justiça para o Século 21”, ainda há “muito pela frente”. É preciso, segundo eles, auxiliar de modo gradual e constante os jovens para que eles “consigam dar uma guinada em suas vidas”. Diante disso, lembram de um provérbio indígena norte-americano que diz, em suma, que habita em cada um de nós dois cachorros: um deles, caracteriza-se por ser muito bom, enquanto o outro se distingue por ser cruel e mau. Ocasionalmente, quando os cachorros brigam, dizem que quem ganha a disputa é aquele que é alimentado com mais frequência.⁴⁶⁷

Em sendo assim, a partir do referido provérbio indígena é possível aplicar a mesma lógica aos seres humanos, isto é, “se um jovem carente não tem condições de “alimentar” seu lado bom, vamos nós alimentá-lo com muito amor, carinho, afeto, atenção e respeito. Não deixemos que o cão mau e cruel vença, para depois simplesmente sairmos a caçá-lo.”⁴⁶⁸

⁴⁶⁶ **Relatório 2012 da CPR JIJ.** Disponível em: <http://www.justica21.org.br/j21.php?id=458&pg=0#.Uf_u_JK1Gql>. Acesso em: 05.ago.2013.

⁴⁶⁷ BRANCHER, Leonardo; PUGGINA, Rodrigo. Violência, justiça restaurativa e o projeto “Justiça para o Século 21”. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 10, n. 55, abr-mai 2009, p. 226.

⁴⁶⁸ BRANCHER, Leonardo; PUGGINA, Rodrigo. Violência, justiça restaurativa e o projeto “Justiça para o Século 21”. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 10, n. 55, abr-mai 2009, p. 226.

4.4.2 Bandeirante/DF

Ao tomar conhecimento dos novos modelos de solução de conflitos penais em diversos países, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, estimulado pela Resolução nº 12 da Organização das Nações Unidas, tornou pública em meados do ano de 2004 a Portaria Conjunta nº 15⁴⁶⁹, por meio da qual instituiu Comissão apta a estudar a possibilidade de implementação da chamada Justiça Restaurativa no âmbito de competência do Poder Judiciário do Distrito Federal, bem como verificar o desenvolvimento de ações para implantar, se fosse o caso, um projeto piloto na comunidade do Núcleo Bandeirante.

Já no ano de 2005 tal projeto piloto entrou em funcionamento, no domínio dos Juizados Especiais de competência geral do fórum do Núcleo Bandeirante, sendo aplicado nos processos criminais referentes às infrações de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles casos penais em que é possível promover composição civil e transação penal.

No mês de outubro de 2006 foi publicada Portaria Conjunta sob o nº 52 e, com isso, o Programa Justiça Restaurativa se tornou um serviço vinculado à Presidência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, tendo como objetivo geral, segundo informações disponibilizados pelo próprio *site* do referido tribunal, “ampliar a capacidade de resolução de conflitos por consenso no âmbito dos crimes de menor potencial ofensivo”⁴⁷⁰.

No ano seguinte, em 2007, foi instituído o Centro de Resolução Não-Adversarial de Conflitos – CNRC –, por meio da Portaria GPR 406⁴⁷¹, subordinado à Presidência do precitado Tribunal e ao qual o serviço de Justiça Restaurativa se encontra igualmente subordinado; porém, passados alguns meses, foi publicada nova Portaria sob o nº GPR 680⁴⁷², que levou a cabo a desvinculação do

⁴⁶⁹ Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/2004/publ_portaria_conjunta_2004.asp>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁷⁰ Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/aceso-rapido/acoes/aceso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa>>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁷¹ Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/publicacoes/portarias_gpr_word/2007/00680.rtf>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁷² Disponível em: <http://www2.tjdft.jus.br/administrativo/publicacoes/portarias_gpr_word/2009/00680.rtf>. Acesso em: 01.ago.2013.

mencionado serviço de execução de práticas restaurativas do então denominado CNRC.

Dentre as atribuições do Programa de Justiça Restaurativa, fornecidas pelo próprio TJDFT, pode-se enumerar as que seguem: (i) selecionar, recrutar, formar e treinar facilitadores; (ii) acolher, orientar e preparar as partes e a comunidade em geral para a participação nos encontros restaurativos; (iii) ordenar as atividades dos facilitadores na condução dos encontros restaurativos; (iv) promover estudos visando o aprimoramento do programa; dentre outras.⁴⁷³

Procurou-se, também, elencar os benefícios da aplicação da Justiça Restaurativa no TJDFT, mormente por terem contribuído “substancialmente para a especialização e democratização da prestação jurisdicional”; dentre os benefícios, ganham destaque: (i) diminuição dos impactos dos crimes na vida de todas as pessoas envolvidas; (ii) “a percepção de justiça por parte desses envolvidos, o que decorre, sobretudo, da participação na solução do conflito”, além de fomentar o desenvolvimento da autonomia das pessoas; (iii) grande contribuição para obtenção e manutenção de relação sociais equilibradas e movidas pela solidariedade e (iv) maior legitimidade social na administração da Justiça.⁴⁷⁴

Por fim, vale indicar que a mediação penal é a prática restaurativa mais difundida nesse projeto, o que demonstra a possibilidade exitosa de ser implementada em outros estados, como forma de romper com o paradigma punitivista e ajudar na construção de uma cultura que se coadune com o novo paradigma restaurativista.

4.4.3 São Caetano do Sul/SP

Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania; esse é o nome do projeto de justiça restaurativa que vem sendo desenvolvido em São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, sob o comando do Juiz da Vara da Infância e da Juventude da

⁴⁷³ Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa/atribuicoes>>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁷⁴ Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/acesso-rapido/acoes/acesso-a-justica-e-cidadania/justica-restaurativa/pratica-e-beneficios>>. Acesso em: 01.ago.2013.

Comarca, Eduardo Rezende Melo, em colaboração com a pedagoga e especialista em Mudanças Educacionais, Madza Ednir e, ainda, com a Terapeuta e Mediadora – também especializada em capacitação de práticas de resolução de conflito – Vania Curi Yazbek, além de diversos parceiros que se propuseram a participar efetivamente do projeto.

Tal projeto piloto foi implantado em 2005, juntamente com os de Porto Alegre e Brasília, e foi financiado pela Secretaria de Reforma do Judiciário e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento; teve, também, o apoio do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O que se buscou com a implantação de tal projeto foi, de acordo com os autores do relatório publicado em 2008, a “construção de um modelo socialmente democrático de resolução de conflitos, marcado por um forte envolvimento comunitário”⁴⁷⁵, por meio dos chamados círculos restaurativos. Objetivou-se, ainda, a promoção de responsabilidade ativa e cidadã dos membros das comunidades e escolas em que foi inserido, a fim se levar a efeito uma parceria entre justiça e educação cujo objetivo era (e é) a construção de um espaço de resolução de conflitos de modo consensual, nos âmbitos escolar, comunitário e forense.

Ele, o projeto, foi dividido em três movimentos. O primeiro deles, que ocorreu no ano de 2005, teve como foco as escolas, onde se utilizou apenas uma técnica restaurativa, os chamados círculos restaurativos; em um segundo momento, já em 2006, estendeu-se as práticas restaurativas para a comunidade em geral e se levou a cabo uma diversificação de técnicas restaurativas; por fim, em 2007, chegou-se ao terceiro movimento, em que se buscou uma maior integração e articulação de técnicas restaurativas e de espaços de resolução de conflitos. Segundo os autores do relatório, foi necessário implementar movimentos complementares para que o Projeto da referida Comarca pudesse contribuir, mais efetivamente, para o delineamento de uma política nacional de implementação da chamada Justiça Restaurativa no país, são eles:

Maior opção de técnicas restaurativas passíveis de serem utilizadas, levando-se em consideração a facilidade de aprendizado e de disseminação, a melhor adequação a contextos institucionais específicos, aos tipos de conflito e de relação das pessoas neles envolvidas, apontando

475

Disponível

em:

<http://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadorialInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/SaoCaetanoSul/Publicacoes/jr_sao-caetano_090209_bx.pdf>. Acesso em: 30.jul.2013.

para a necessidade de diversificar as técnicas utilizadas em escolas, na comunidade e nas instâncias judiciais;
 Maior complementaridade entre as diversas instâncias de resolução de conflitos e técnicas utilizadas, com fluxos de procedimentos melhor definidos em cada instância (escolar, comunitária, judiciária) bem como na articulação entre elas.

Pôde-se perceber, claramente, os objetivos – geral e específicos – da implantação de tal projeto na Comarca; dentre eles, o que ganha destaque, porém, é a busca incessante por técnicas que pudessem levar a efeito aquilo que se chamou de *democratização da justiça*, o que só pôde ser realizado através da (i) articulação das várias esferas governamentais, estabelecendo-se responsabilidades mútuas entre elas; (ii) modulação de técnicas adequadas e aptas a solucionar cada tipo de conflito, individualizando-os; (iii) capacitação profissional para todos os atores envolvidos no projeto, capacitando-os; (iv) estruturação da relação político-institucional entre os vários campos de resolução de conflitos, isto é, escolas, conselhos tutelares, comunidade, justiça e programas sócio-educativos.

Os resultados contabilizados ao longo dos três anos (2005 a 2008) demonstram o sucesso do projeto, o que se percebe pelos resultados numéricos apresentados, mormente acerca dos encontros realizados no âmbito do espaço institucional da Justiça, que é o que mais nos interessa, isto é, no Fórum da Comarca; são eles:

Nº de círculos realizados	Nº de acordos	Nº de acordos cumpridos
39	37	34

Quantidade de pessoas envolvidas no conflito	Quantidade de pessoas da comunidade que as acompanhou	Total de participantes
59	71	130

Trata-se, portanto, de um projeto piloto de implantação daquilo que se convencionou chamar de Justiça Restaurativa – práticas restaurativas para a solução de conflitos – bem sucedido e cujo sucesso é verificado através dos números de acordos cumpridos, isto é, mais de 87%, em que pese as diversas dificuldades e obstáculos encontrados frente ao sistema de justiça penal comum, que faz coro com um sistema retributivo de justiça, diametralmente oposto as finalidades restaurativas.

4.5 O PROJETO DE LEI EM TRÂMITE NO CONGRESSO NACIONAL

Em meados do ano de 2005 foi apresentada à Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados, pelo Instituto de Direito Internacional de Brasília – IDCB – a sugestão nº 98/2005, propondo a realização de audiência pública para se discutir questões referentes à Justiça Restaurativa no Brasil, como alternativa à Justiça Penal atuarial. Tal sugestão teve como fundamento principal, dentre outros secundários, a necessidade de se lançar um novo olhar sobre o crime e encontrar respostas mais adequadas para a solução dos conflitos. Fez-se, também, um alerta para a recomendação da Organização das Nações Unidas – ONU –, no sentido de se adotar as práticas restaurativas com a finalidade de se diminuir os índices de violência e aumentar a participação da comunidade nas resoluções dos seus próprios problemas.

Também no ano de 2005 foi apresentada a sugestão nº 99/2005 à mesma Comissão, pelo Instituto de Direito Comparado, cuja finalidade era introduzir as práticas restaurativas nos procedimentos previstos no Código de Processo Penal e na Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Ambas foram aprovadas, a audiência pública foi realizada e a sugestão nº 99/2005 foi transformada no Projeto de Lei autuado sob o nº 7.006/2006. Há cerca de sete anos tramita no Congresso Nacional o referido Projeto de Lei, cuja finalidade é promover alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal), e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Lei dos Juizados Especiais), a fim de se facultar a utilização de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal brasileiro atual.

Em que pese ser uma proposta bastante simples, sem muitas especificações técnicas acerca da implantação efetiva dos procedimentos de Justiça Restaurativa no Brasil, o projeto traz a lume algumas considerações importantes e que podem contribuir, em maior ou menor medida, – se for devidamente aprovado pelo Congresso Nacional – para a *democratização da justiça* no país.

Porém, conforme refere Pallamolla, é necessário que se tenha uma ampla discussão nacional sobre o tema a fim de que não se aprove uma legislação falha

que tolha o potencial da justiça restaurativa.⁴⁷⁶ Nessa mira, vale verificar os questionamentos apresentados por Josefina Castro:

Se, em grande medida, o poder de sedução e o sucesso destes novos dispositivos de justiça informal podem ser atribuídos à fluidez e indefinição conceptual que os caracteriza e que lhes proporciona uma natureza plástica capaz de servir diferentes e até contraditórios objetivos, a existência de um tão amplo consenso deve pelo menos fazer-nos pensar. Que pretendemos com a institucionalização destes dispositivos? Realizar um ideal de justiça comunicacional baseada no diálogo entre o ofendido e o autor da ofensa e, portanto, uma justiça mais próxima, mais participativa e reconstrutiva, ou responder a objetivos mais pragmáticos de simplificação e aceleração da justiça penal?⁴⁷⁷

Noutro giro, conforme anotou Pallamolla, também existem vantagens para que os procedimentos da justiça restaurativa sejam devidamente regulamentados, principalmente pela análise dos princípios formulados pelas Nações Unidas. De acordo com a autora, é possível afirmar que tal regulamentação chega a ser imprescindível, desde que se tenha um amplo debate prévia sobre a matéria.⁴⁷⁸

Em suma, pode-se concluir que, se por um lado, legislar sobre a matéria pode promover a sua padronização e, com isso, possibilitar a sua melhor aplicação; por outro, existe o sério risco de, simultaneamente, limitar a diversidade de seus programas e, com isso, colocar em risco a informalidade e flexibilidade que se busca com tais práticas.

Então, é preciso sopesar qual o melhor caminho para a viabilização das práticas restaurativas de forma ampla no território nacional. Sabe-se que de acordo com a cultura jurídica conservadora prevalente em nosso país, é bem provável que a adoção desta nova forma de solução de conflitos ocorra de forma tímida, com a adoção reduzida das práticas restaurativas.

Assim, não tem dúvida de que é necessária uma regulamentação acerca da recepção dos resultados dos procedimentos restaurativos pela justiça criminal tradicional, ainda que se tome por base os programas e projetos em andamento para tornar esta legislação mais flexível.

Contudo, para tanto, é necessário levar em consideração alguns fatores relativos à seleção dos casos, aos processos e as experiências restaurativas, tais

⁴⁷⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 177.

⁴⁷⁷ CASTRO, Josefina. **O processo de mediação em processo penal**: elementos de reflexão. Revista do Ministério Público, nº 105, ano 27, jan-mar 2006, p. 153.

⁴⁷⁸ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 178.

como aqueles apresentados por Castro, a fim de se institucional os procedimentos relativos à justiça restaurativa e mediação penal. São basicamente três os critérios apresentados pela autora: (i) quanto à seleção dos casos, assevera que se não pode tratar a mediação como uma panaceia universal, isto é, nem todas as situações são susceptíveis de mediação, muitas vezes em decorrência das próprias condições das pessoas envolvidas; (ii) com relação ao desenvolvimento do processo de mediação, é necessário que se analise cada, individualizando-os, a fim de que sejam realizadas diferentes abordagens e, assim, se evite a burocratização das práticas e, por fim, (iii) no que toca às experiências, “é necessário que a avaliação vá para além do inquirir a curto prazo da satisfação dos intervenientes, com todas as ambiguidades que um parâmetro destes coloca, ou que contemple apenas elementos quantitativos relativos aos resultados, descurando a qualidade dos processos”.⁴⁷⁹

Diante de tais recomendações e do fato que é necessária uma ampla discussão em âmbito nacional sobre o assunto, é necessário verificar a proposta apresentada no Congresso Nacional, mormente verificar suas possíveis falhas e contribuições.

Ao analisar a proposta legislativa, Rafaella Pallamolla já aponta uma primeira falha no artigo 1º do texto: ele estabelece a pretensão da lei regular “o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais”. Segundo a autora, o termo “facultativo” parece problemático, levando em consideração que o texto proposto não determina a quais contravenções e crimes a justiça restaurativa possa, efetivamente ser aplicada. Logo, o risco de se encaminhar apenas crimes de bagatela, de pouca relevância, para tais procedimentos parece ser eminente; com isso, cria-se o risco de verdadeira diminuição do seu campo de atuação.⁴⁸⁰

Nesse ponto, ganha relevo, portanto, a questão da quantidade de pena como critério de seleção dos casos aptos a serem apreciados no âmbito restaurativo. Em que pese se saber que a quantidade de pena não é tão relevante para fazer tais determinações, nem mesmo ideal, sendo muito mais relevante a disposição e as condições das partes em participar, Leonardo Sica faz constar que

⁴⁷⁹ CASTRO, Josefina. **O processo de mediação em processo penal**: elementos de reflexão. Revista do Ministério Público, nº 105, ano 27, jan-mar 2006, p. 154.

⁴⁸⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 179.

“não há como fugir da quantidade de pena como um critério inicial, o qual, no entanto, deve servir como marco legal de referência a ser balizado conforme outras critérios”⁴⁸¹, posição com a qual se concorda, uma vez que ela reforça que apenas casos de bagatela e de menor importância sejam encaminhados para a justiça restaurativa.

De acordo com o artigo 2º do referido projeto de lei, “considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontro entre a vítima e o autor do fato delituoso”, além de ser possível, quando se entender apropriado, a participação de outras pessoas ou membros da comunidade afetos, que poderão participar ativamente na resolução dos problemas decorrentes do crime ou da contravenção penal, “num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa”⁴⁸².

Na sequência, o referido projeto legislativo determina que “o acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes”, cujo objetivo é suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas por determinada conduta tida como criminosa no ordenamento jurídico vigente.

Quanto ao procedimento, ainda que de modo singelo, estabelece que o juiz, com a anuência do Ministério Público, quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, “poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa”. Aqui, o problema é saber quais são esses requisitos do procedimento restaurativo, tendo em vista que a proposição legislativa não os fixa; pelo contrário, sequer dá quaisquer parâmetros para se compreender os mínimos requisitos autorizadores das práticas restaurativas. Eis, pois, a primeira falha a proposta⁴⁸³.

Ademais, Raffaella Pallamolla aponta outros dois problemas quanto a esse artigo, com os quais se concorda. O primeiro deles é pelo fato de se condicionar o encaminhamento do caso somente com a anuência do Ministério Público; ter-se-ia, assim, uma espécie de duplo consentimento, pelo magistrado e pelo promotor. Quanto a esse ponto, levando-se em conta o viés preponderantemente punitivo

⁴⁸¹ SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal**: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 235.

⁴⁸² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁸³ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

adotado pelo órgão do Ministério Público que se tem conhecimento, o duplo consentimento significaria uma verdadeira barreira para a adoção da justiça restaurativa. Segundo a autora, o ideal seria condicionar o envio somente a uma autoridade: se o encaminhamento ocorrer antes do oferecimento da denúncia, deverá partir do órgão ministerial; se, por outro lado, ocorrer depois do oferecimento da inicial acusatória, caberia ao juiz da causa anuir sobre o encaminhamento à justiça restaurativa.⁴⁸⁴

O segundo ponto prejudicial apontado por ela quanto ao referido artigo 6º, diz com a cautela que se deve ter quanto à documentação proveniente dos autos de inquérito policial, assim como do próprio processo penal na hipótese de já ter havido denúncia pelo Ministério Público, para que se não corra o risco de fazer do procedimento restaurativo uma reprodução do processo penal, “onde o ofensor será acusado e deverá confessar sua culpa”⁴⁸⁵, tendo em vista que nele não se busca decidir sobre a culpa do ofensor, mas, sim, promover um encontro entre as partes para que elas possam acordar sobre uma possível reparação à vítima que, como se sabe, não é condição necessária para o acordo e resolução do conflito.

Além disso, como bem anotou Paula Gil Larruscahim, o legislador não atentou para a importância fundamental – e constitucional – do defensor no procedimento. Segundo a autora, “o defensor fica completamente excluído da cena, o que é extremamente problemático na perspectiva do artigo 5º, LV, da CF/88, já que nem o referido artigo nem o Projeto mencionam em que fase do ‘processo tradicional’ pode se dar esse procedimento restaurativo”⁴⁸⁶.

Acerca do referido núcleo de justiça restaurativa, determina a proposição que ele funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, “contando com recursos materiais e humanos para o funcionamento eficiente”, bem como será composto “por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica

⁴⁸⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 182-83.

⁴⁸⁵ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 183.

⁴⁸⁶ LARRUSCAHIM, Paula Gil. **Justiça restaurativa: tecendo um conceito para a margem**. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. *A crise do processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal*. Notadez: Sapucaia do Sul, 2006, p. 188.

interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada”⁴⁸⁷.

Eis, aqui, a importância da sensibilização e formação de lideranças e profissionais capazes de lidar com as práticas restaurativas. É necessário que tais profissionais desenvolvam ou aprimorem competências e habilidades profissionais, isto é, sejam preparados, a fim de se adequarem à lógica restaurativa e, assim, contribuam para a devida efetivação das práticas consensuais.

No entanto, no projeto não consta qualquer referência à capacitação dos profissionais envolvidos com as referidas práticas, o que é lamentável e configura segunda falha da proposta. O projeto limita-se, infelizmente, a fixar as funções de cada coordenação (administrativa e técnica interdisciplinar), bem como estabelecer o perfil dos facilitadores. Algo, evidentemente, bastante deficitário frente a um projeto que pode ser muito importante para a democratização da justiça penal contemporânea. Além disso, tal como constatou Raffaella Pallamolla, o que parece ter ficado de fora desse artigo “é o incentivo para que também sejam capacitados mediadores provenientes da comunidade, condição aconselhável para aproximar a justiça restaurativa da comunidade e evitar que esta seja percebida como mais um serviço pertencente apenas à estrutura judiciária”⁴⁸⁸, historicamente marcada pela pouca participação dos indivíduos, podendo-se falar, inclusive, em sua participação como sendo praticamente inexistente.

Também buscou-se determinar os atos do procedimento restaurativo, que vêm delimitados no artigo 7º: (i) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento; (ii) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente e (iii) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito. Em verdade, tudo indica que a finalidade desse artigo foi introduzir na legislação a forma como a justiça restaurativa se dará procedimentalmente, ainda que tenha sido feito de modo muito singular e necessite de grandes contribuições teóricas para atingir a sua verdadeira finalidade⁴⁸⁹.

⁴⁸⁷

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁸⁸

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 182.

⁴⁸⁹

Disponível

em:

<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

Por outro lado, a proposição legislativa estabelece que o procedimento restaurativo abrangerá técnicas de mediação pautadas nos princípios da voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, confidencialidade, interdisciplinaridade, responsabilidade, mútuo respeito e boa-fé. Em relação aos princípios, caminhou bem a proposta, indo ao encontro dos direitos e garantias constitucionais.⁴⁹⁰

O projeto de lei estabeleceu, ainda, que tais procedimentos “deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário”, a fim de que se viabilize a reintegração social de todos os envolvidos⁴⁹¹.

Em sua parte final, foram propostas algumas inclusões, com conteúdos variados, no Código Penal e de Processo Penal, para: (i) extinguir a punibilidade na hipótese de o acordo restaurativo restar efetivamente cumprido; (ii) interromper o curso da prescrição penal pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento; (iii) estabelecer que a autoridade penal possa sugerir, no relatório do inquérito policial, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo; (iv) determinar que o Ministério Público poderá deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo; (v) suspender o curso da ação penal quando for recomendável o uso de práticas restaurativas⁴⁹².

Faz-se, também, uma sugestão de introduziu o Capítulo VIII no Código de Processo Penal; dentre as inovações legislativas sugeridas, merece destaque as seguintes:

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e conseqüências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça

⁴⁹⁰ Quanto aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, Raffaella Pallamolla fez uma ressalva: “Todavia, volta-se a alertar para o provável risco de que juízes entendam tais princípios em termos estritamente jurídicos, o que tenderia a desencadear a não homologação do acordo em razão de considerarem-no insuficiente ou desproporcionalmente brando. Por isso, é necessário que se construam, ao menos doutrinariamente, limites superiores aos acordos, preservando-se considerável margem às partes para que decidam o teor da reparação, a fim de evitar a anulação da autonomia das mesmas”. (PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 184.)

⁴⁹¹ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

⁴⁹² Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 – O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 – O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos⁴⁹³.

Nesse ponto, pode-se dizer que se encontram os requisitos autorizadores do envio do caso para a justiça restaurativa. Entretanto, o artigo peca ao condicionar a decisão de encaminhamento à personalidade e aos antecedentes criminais do ofensor, assim como às circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal. Tais requisitos podem significar uma verdadeira barreira para o canalização dos casos à justiça restaurativa, mormente daqueles ofensores considerados reincidentes e daqueles que tenham cometido os delitos com emprego de violência ou grave ameaça. Tal como ocorre na fixação da pena-base no processo penal, em que tais circunstâncias devem ser consideradas, conforme prevê o artigo 59, do Código Penal, a redação proposta reproduz a mesma lógica lá empregada: uma lógica de punição e perpetuação do direito penal do autor que, definitivamente, não prospera na proposta de resolução de conflitos ora apresentada. Trata-se, portanto, de um erro grave que deve, sem sombra de dúvidas, ser suprimido da redação legislativa então apresentada.

Por outro lado, a redação proposta para o artigo 560, do Código de Processo Penal, mostra-se verdadeiramente importante, pois trata dos casos de desistência ou descumprimento do acordo firmada na esfera restaurativa. Prevê o artigo que “enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo”; se, todavia, houver desistência ou descumprimento do acordo já pactuado, “o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original,

493

na forma da lei processual”. Logo, o insucesso do processo restaurativo autoriza, apenas, a retomada do processo penal, sem que o magistrado possa prejudicar a situação do réu em decorrência de um confissão, por exemplo, devendo permanecer inalterada a presunção de inocência do acusado, constitucionalmente assegurada. Ou seja, o insucesso não pode ser valorado negativamente por parte do magistrado para que, de alguma maneira, isso possa prejudicar o ofensor.

Por derradeiro, o último artigo acrescentado ao Código de Processo Penal é o 562 que prevê: “O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final”, com o que se está absolutamente de acordo. Ademais, segundo determina o parágrafo único do precitado artigo, o juiz poderá deixar de homologar o acordo restaurativo na hipótese de verificar a ausência dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, assim como quando o acordo deixar de “atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos”. Constata-se, porém, que ainda faltam disposições sobre como recepcionar os acordos na esfera da justiça penal tradicional. Sobre isso, Raffaella Pallamolla fez a seguinte sugestão:

Ou seja, ao existir acordo cumprido, sendo ele relativo a um delito de pequena gravidade, deveria ocasionar a não imposição de pena, servindo para extinguir a punibilidade do ofensor. Em se tratando de um caso de maior gravidade, o acordo cumprido poderia ser valorado de outra forma, por exemplo, contribuindo para redução da pena aplicada.⁴⁹⁴

Quanto à Lei nº 9.099/95, faz-se a sugestão de introduzir no seu artigo 62 a possibilidade de se utilizar práticas restaurativas nos juizados especiais além das tentativas de conciliação e de transação penal, sempre observando os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade⁴⁹⁵. É preciso, porém, ter-se em mente que a justiça restaurativa se difere da justiça chamada comercial, por vezes adotada nos Juizados Especiais e, por isso, não se pode buscar uma produtividade extrema em face do princípio da celeridade até então adotado nos Juizados. Desta forma, a lógica a ser aplicada nesses casos é diversa daquela de “esvaziamento de prateleiras a qualquer custo”, de modo que as práticas restaurativas não podem ser transformadas, sob o viés utilitarista, em instrumentos capazes de reduzir a carga de processos dos tribunais.

⁴⁹⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 188.

⁴⁹⁵ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=69BECA4AB3351ECA851909084AD6306A.node2?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01.ago.2013.

Especificadamente sobre a transação penal, acrescenta ao artigo 76, da Lei nº 9.099/95, o parágrafo 7º que prevê: “Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá officiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa”. Com isso, ao que parece, o órgão Ministerial poderia encaminhar para as partes para o núcleo de justiça restaurativa ao invés de oferecer proposta de transação penal para o ofensor.

Trata-se, portanto, de uma inovação legislativa que se quer, ainda que necessite de muito aprimoramento técnico e teórico, mais democrática em comparação com o sistema de justiça penal contemporâneo e com os métodos e práticas tradicionais usuais que, como se viu, violam diariamente direitos e garantias individuais de todos aqueles que se vêem envolvidos em delitos, a saber, ofensores, ofendidos e a comunidade em geral.

Ao sistematizar as ideias de Marc Groenhuijsen, Raffaella Pallamolla esboçou a necessidade de se determinar, ao menos, alguns elementos referentes aos procedimento restaurativo, dentre os quais ganham destaque: (i) definir os tipos de casos que comportam solução fora dos tribunais e quais as condições para tanto; (ii) demarcar os limites temporais entre o delito e o processo restaurativo para que essa constitua uma opção viável, para que não transcorra o prazo prescricional e se tenha um parâmetro para o cumprimento do acordo e (iii) verificar as consequências das diferentes modalidades de programas restaurativos, inclusive para se definir as hipóteses de coisas julgada como, por exemplo, quando o acordo é devidamente cumprido e o processo criminal arquivado.⁴⁹⁶

Ainda que o projeto esteja, desde 19 de maio de 2006 aguardando apreciação do plenário da Câmara dos Deputados (talvez por que a proposta não interesse àqueles que estão no Poder), busca-se por meio da inovação legislativa (que vai ao sentido contrário das propostas de lei cada vez mais severas e prejudiciais aos acusados, de modo geral, em matéria penal e processual penal), enfim, efetivar direitos e garantias individuais *para além do discurso oficial de democratização no Brasil*; é preciso ir além e colocar em prática mecanismos de

⁴⁹⁶ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 192.

justiça efetivamente democráticos e que causem, sempre que possível, menores danos aos cidadãos e a comunidade.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ Todas as informações referentes à tramitação do Projeto de Lei nº 7.006/2006 estão disponíveis em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 01.ago.2013.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

“O essencial é a capacidade de saber manter o sonho e, ao mesmo tempo, saber adequá-lo à realidade. A realidade, seja lá o que signifique essa ambígua palavra, não é a realização do sonho, mas é sempre alguma coisa a mais e alguma coisa a menos do que o sonho. Dar ao sonho legitimidade em relação ao real significa saber que a realidade não é simplesmente a aceitação do existente.”⁴⁹⁸

“O poder punitivo é como o bife à milanesa com batatas fritas”⁴⁹⁹, na medida em que ninguém se pergunta o porquê da existência dele. É, na verdade, como se ele sempre estivesse ali, mas não é bem assim. Destarte, pode-se dizer que não é inerente ao Estado esse caráter punitivo; ele é proveniente de uma série de fatores que, com o passar do tempo, são incorporados ao Estado, determinando as suas ações e reações.

No Brasil, particularmente, não restam dúvidas que o Estado se consolidou de maneira manifestamente punitiva e, por isso, o poder punitivo está presente em todos os cantos, prevalecendo, na esfera penal, sobre os demais modelos de resolução de conflitos.

Tem-se consciência que essa consolidação é decorrente de diversos fatores. Dentre eles, desponta o fato de o Estado deixar de se preocupar com questões sociais e de bem-estar para, em detrimento delas, agigantar-se com medidas repressivas e autoritárias a fim de demonstrar quem é o detentor do *poder* e *coerção*. Além disso, outra forma de coerção do poder punitivo se manifesta quando o Estado substitui a vítima, confiscando-a, nos casos em que ela sofreu um dano decorrente de uma ofensa criminal. Nesses casos, o *cacique*, o *rei* ou a autoridade competente, revestida no papel do Estado, isola a vítima do processo, chamando para si a responsabilidade de resolução do conflito.

⁴⁹⁸ Tradução livre do original: “La cosa essenziale è la capacità di saper mantenere il sogno e al tempo stesso di saper commisurare anche la realtà. La realtà, qualunque cosa voglia significare questa ambigua parola, non è la qualcosa di meno del sogno. Dare al sogno legittimità rispetto al reale significa sapere che la realtà non è semplicemente l'accettazione dell'esistente.” (IACONO, Alfonso M. La storia à ancora progresso? In: **In che cosa credere?** Pisa: Edizioni ETS, 2003, p. 96.)

⁴⁹⁹ *Abrasileirando* a expressão, seria o mesmo que o “arroz com feijão”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 18.

A esse respeito, o exemplo dado por Eugenio Raúl Zaffaroni ilumina a questão: na hipótese de uma pessoa agredir a outra, quebrando-lhe um osso, o papel do Estado se restringe a penalizar o agressor, sob a alegação de que o faz para dissuadir terceiros de quebrar ossos ou, ainda, para ensinar-lhe a não fazê-lo novamente; àquele que teve seu osso fraturado, resta recorrer à Justiça civil e lá procurar uma explicação para o que se passou e ver o seu dano reparado – inclusive em termos financeiros –, correndo o risco de não obter nenhum tipo de resposta se o ofensor não possuir bens.⁵⁰⁰

Em casos semelhantes a esse, o poder punitivo acaba por reduzir a pessoa com o osso partido a um simples dado, na medida em que ela não toma parte da decisão punitiva do conflito. A ela, impõe-se a obrigação de mostrar o seu osso partido e, em não o fazendo, o poder punitivo a ameaça na condição de testemunha, até mesmo podendo forçá-la a mostrar o mal que o agressor lhe causou.

É o que acontece, atualmente, no Brasil, já que as vítimas são consultadas apenas a título testemunhal ou podem figurar como assistente da acusação, o que em nada a integra ao processo. Após o Estado se apropriar do conflito, tornando-se apto a decidi-los, a vítima foi relegada ao esquecimento. Desde então, encontra-se no ostracismo e lá deve permanecer até que seja considerada para o fim de participar, efetivamente, da resolução do caso penal.

Porém, restituir a vítima com seriedade ao conflito é um verdadeiro obstáculo para o poder punitivo, ao se considerar que o confisco da vítima faz parte da sua estrutura fundante. Logo, no dia em que isso ocorrer de modo realmente satisfatório, o poder punitivo passará a ser qualquer outro modelo de solução de conflitos, mas deixará de ser exatamente o que é: poder punitivo.

Por isso, o resgate do papel da vítima na atualidade é bastante complexo, já que pode ter como consequência a renegação do papel do Estado. Pode-se dizer, assim, que a participação da vítima não faz qualquer sentido no processo penal tal como concebido pelos ordenamentos jurídicos modernos.

Para além disso, ao se analisar o atual sistema de justiça criminal, a partir da pena e da prisão, constatou-se que ele está em crise, crise esta denunciada há tempos. As ideias de pena, que estão nas raízes do sistema penal, sempre estão relacionadas com o castigo, com a punição e com o afastamento, físico e psíquico,

⁵⁰⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 19.

do corpo social; elas invariavelmente se assentam num *maniqueísmo simplista*⁵⁰¹ que divide as pessoas entre boas e más.

Por outro lado, mais do que ser o instrumento máximo da pena privativa de liberdade, a prisão pode ser considerada *um gigante sobre um solo de barro*⁵⁰², frente a sua total irracionalidade em termos de seus próprios objetivos estabelecidos. Afinal, em que consiste a racionalidade de se retribuir um sofrimento causado pela conduta criminosa com um outro sofrimento derivado da pena? Se o discurso oficial do Estado Democrático justifica a imposição da pena para se evitar, ou ao menos reduzir, as condutas negativas, assim como os acontecimentos desagradáveis e geradores de aflições, qual é a razão da insistência na produção de mais sofrimento com a imposição da pena?

Tais perguntas não podem ser respondidas sem que haja uma contradição, uma vez que o discurso oficial é *um* e as finalidades que se almejam alcançar com ele são *outras*. O sistema penal, tal como é (e está) construído, não tem o condão de aliviar as dores daqueles que sofreram perdas causadas por situações conflituosas, violentas e até mesmo cruéis, praticadas por indivíduos que, inicialmente, infringiram um comando legal e, mais do que isso, desrespeitaram e agrediram seus semelhantes.

Ao revés, o sistema penal maneja tais sentimentos dolorosos a fim de encontrar legitimidade para o agir mais truculento, repressor, violento e doloroso do próprio poder punitivo. Além disso, ao manipular as consternações dos indivíduos atingidos por seus semelhantes, o sistema penal faz crescer o sentimento de vingança que não traz paz de espírito e acaba sendo autodestrutivo. Assim, a partir dos *antigos* sofrimentos, criam-se novas dores. Por isso, pode-se sustentar que *“a pena, definitivamente, apenas soma novos danos e dores aos danos e dores causados pela conduta etiquetada como crime”*⁵⁰³.

Deste modo, é possível se afiançar que o discurso legitimador do sistema penal constitui uma publicidade enganosa que busca dar cobertura aos seus reais e perversos desejos punitivos sob uma pretensa capa de efetivação dos direitos e

⁵⁰¹ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 10.

⁵⁰² MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) **Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva**. São Paulo: IBCCrim, 199, p. 270.

⁵⁰³ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 53.

garantias fundamentais, especialmente os previstos na Constituição da República de 1988, assim como de renovação com os compromissos do chamado Estado Democrático de Direito, daí se sacando hipotéticas obrigações de criminalização.

Com efeito, diante das circunstâncias acima arroladas, pode-se dizer que o atual sistema de justiça criminal se caracteriza, ainda, por ter presente o paradigma retributivo, que atende a uma racionalidade já vigente e opera naquilo que já está pré-estabelecido. Fundado no retribucionismo, parte da falácia que um mal justo (a pena) se opõe a outro mal injusto (o crime); assim, impõe-se a punição como forma de retribuição. Aos aspectos acima arrolados, soma-se o fato de que paradigma retributivo serve para que o poder punitivo seja reafirmado, para que o Estado legitime e consolide o seu poder.

Todavia, frente aos diversos e complexos problemas referentes à criminalidade presenciados e vivenciados diariamente no país, pode-se dizer que o paradigma vigente é disfuncional, por uma série de fatores, dentre os quais se pode destacar o fato do aparato institucional ser demasiadamente custoso e intrincado e não funcionar para a devida responsabilização penal dos infratores; este mesmo aparato não proporcionar um verdadeiro sentimento de justiça nos envolvidos; além de ter se observado o aumento da violência; a crise do sistema de justiça criminal e a necessidade de inserção da vítima no processo, com a conseqüente mudança do papel do Estado.

Para além disso, em casos penais derivados de delitos de pequena gravidade, *v.g.*, o direito penal é, evidentemente, demasiado; por outro lado, nos casos de crimes graves, parece ser inútil. Nessa quadra, o que realmente importa no sistema de justiça criminal tradicional são os resultados que produz, as punições, sem se preocupar com os meios utilizados para tanto, quase que numa lógica de *punição a qualquer custo*.

Em decorrência disso, juntamente com as penas privativas de liberdade e com as prisões, o paradigma afunda-se numa crise difícil de ser superada, crise esta que é, por muitos, considerada o reflexo de uma democracia fracassada e da consolidação de um estado punitivo que tende à repressão a qualquer custo.

Instaurada, pois, a crise, urge a necessidade de uma revolução paradigmática. Nesse contexto, despontou o chamado paradigma restaurativo, levado a efeito pela Justiça Restaurativa, fortemente influenciada pelas correntes abolicionistas e pela vitimologia. Enquanto as vertentes abolicionistas buscavam

superar a pena de prisão tal como estruturada nos modernos ordenamentos jurídicos e as tradicionais formas punitivas, chegando-se a cogitar, inclusive, a abolição de todo o sistema penal; a vitimologia denunciou a incapacidade do sistema em atender às necessidades mais básicas das vítimas. Em razão das críticas desferidas em desfavor do atual sistema, elas contribuíram genuinamente para o desenvolvimento das propostas restaurativas.

Conforme se constatou ao longo da dissertação, o modelo de justiça restaurativa não possui um conceito fechado; ao revés, trata-se de um conceito aberto, passível de ser modificado a todo instante. O mesmo ocorre com a sua estrutura, a qual comporta princípios, valores, finalidades e meios aptos a serem aprimorados a partir de situações bastantes específicas, ou seja, tende-se à observar as particularidades dos casos penais, diferentemente do que ocorre no sistema de justiça criminal tradicional.

Para além de modificar, suprimir ou incluir artigos nos códigos hoje vigentes, a fim de melhorar e reformar as normas substantivas e processuais de um Estado marcado pela consolidação do poder punitivo, de modo a se costurar uma verdadeira colcha de retalhos, pode-se dizer que a denominada justiça restaurativa tem o condão de insuflar um novo espírito na justiça penal de amanhã, por meio da (re)criação da justiça penal, sob o enfoque das partes como protagonistas da justiça penal (vítimas, ofensores e comunidade).

Dentre outras coisas, ele se caracteriza por encontrar meios capazes de reduzir a conflituosidade social ou, pelo menos, mitigar a violência da resposta estatal que, como já expandido, é na contemporaneidade eminentemente punitiva. Outros elementos parecem ser centrais, tais como a necessidade de empoderamento das partes envolvidas, a observância do dano sofrido pela vítima e as necessidades dela decorrentes, tal como a responsabilização para que o ofensor repare o dano e, ainda, as relações afetadas pela ofensa.

Há que se destacar, ademais, que o paradigma restaurativo tende à superação das penas tais como estruturadas nos ordenamentos jurídicos modernos, essencialmente as penas privativas de liberdade que impõem dor e sofrimento ao ofensor. O que se busca é, antes de tudo, possibilitar o diálogo entre as partes envolvidas no caso penal, inclusive com a participação da comunidade, quando possível, nas denominadas reuniões restaurativas. Com isso, abre-se espaço para que o caráter adversarial da justiça criminal tradicional seja substituído por uma

comunicação não-violenta, de escuta respeitosa e de preocupação com os sentimentos do outro.

Para que isso ocorra, porém, é essencial que as partes participem dos encontros restaurativos voluntariamente, pois de nada adianta impor a elas a participação forçada nas reuniões, sob pena de reduzir as características inovadoras da justiça restaurativa, aproximando-a, assim, do atual sistema de justiça criminal, podendo, inclusive, incorrer nos mesmos erros.

Diferentemente do sistema de justiça penal tradicional fundado no retribucionismo, a justiça restaurativa se preocupa muito mais com os meios utilizados para resolver as situações problemáticas do que com os resultados que produz, isto é, o sistema de justiça criminal tenderia a ser avaliado pelo processo em si e pelos objetivos e princípios que o precedem. Por isso, não se teve a pretensão, no presente trabalho, de estabelecer um procedimento a propósito das reuniões restaurativas, em que pese se ter consciência de que ele é necessário para o regular desenvolvimento do processo, como garantia democrática que é.

Constatou-se, ainda, que a mediação penal é a melhor dentre as práticas restaurativas pois promove a reapropriação do processo pelas partes, tendo em vista que ela – que possui natureza extrajudicial e pré-processual – tem autonomia em relação ao sistema de justiça criminal tradicional, de modo a não permitir que haja sobreposição dos dois modelos (retribucionista e restaurativista), o que acaba por proporcionar a diminuição da estigmatização do ofensor e leva a efeito os enunciados mais fundamentais do novo paradigma; diferentemente do que acontece com as outras formas de justiça restaurativa que, dependendo do caso, podem cumular-se com medidas punitivas, revelando um verdadeiro *bis in idem*, inadmissível a título processual.

Além disso, a mediação contribui para a transformação do comportamento das pessoas envolvidas na situação conflituosa, assim como da comunidade, além de aproximá-las e, com isso, possibilitar que as pessoas enxerguem os problemas dos outros, diferentemente do que ocorre no processo penal adversarial em que o distanciamento das partes é a regra; por isso, ela pode contribuir para a superação do chamado déficit comunicativo geralmente resultante, ou revelado, pelo conflito.

Além disso, a mediação é capaz de proporcionar a recuperação do papel ativo das partes no sistema de justiça, assim como uma mudança de objeto em relação ao crime, ou seja, o crime passa a ser concebido como um conflito entre

indivíduos que culmina na geração de danos materiais e psicológicos para as vítimas e, até mesmo, para comunidade, ao contrário do que se passa no sistema tradicional que considera o crime como uma mera transgressão da lei.

Ela possibilita, ainda, trabalhar com mecanismos de diversidade, pluralismo e criação de espaços mais democráticos, assim como a ampliação de novos espaços públicos de liberdade. Por essas razões, e por outras demonstradas no transcorrer do trabalho, a mediação penal pode ser considerada o pilar de sustentação do novo paradigma restaurativo.

Ao se articular os dois modelos de justiça, retributivo e restaurativo, verificou-se que a coexistência de ambos os paradigmas é absolutamente possível, levando-se em consideração, essencialmente, o manejo dos paradigmas tal como feito por Enrique Dussel. Isso implica dizer que a justiça restaurativa não tem (nem deve ter num futuro próximo) o condão de substituir por completo o processo penal e a pena, tal como previstos no sistema de justiça criminal tido como tradicional. O objetivo é promover uma atuação conjunta, complementar, abrindo-se espaços para respostas penais diversas da configuração punitiva.

Logo, não há que se falar *per se* na superação do paradigma retributivo; pois não é disso que se trata. Sustenta-se, sim, que o seu rompimento gradativo pode possibilitar a construção de um novo modelo de justiça criminal, adepto de práticas muito mais humanas, eivadas de *uma sensibilidade* não antes observada nos processos penais tradicionais. Por isso, observa-se no bojo da justiça restaurativa uma lógica diversa que, com isso, proporciona a ela certa autonomia em relação ao sistema criminal.

Além de analisar a justiça restaurativa sob o enfoque teórico, pretendeu-se englobar perspectivas práticas. Selecionou-se, então, três projetos-piloto de justiça restaurativa implementados no país, em Porto Alegre, em São Caetano do Sul e em Bandeirantes. Ainda que os projetos possam ser considerados recentes, a experiência até agora acumulada autorizou algumas ponderações positivas a seu respeito, inclusive em termos numéricos como, por exemplo, no caso de São Caetano do Sul que, entre os anos de 2005 e 2008, teve 39 círculos restaurativos realizadas, com 37 acordos dos quais 34 foram devidamente cumpridos. A conclusão, nesse caso, é matemática: 87% de acordos cumpridos parecem significar um bom resultado, até mesmo para além das expectativas. Por isso, é possível se sustentar que a justiça restaurativa tem condições de ser implementada em todo

território nacional o que demanda, inicialmente, empenho político do Poder Judiciário, do Poder Executivo, do Ministério Público, da Defensoria Pública e da Ordem dos Advogados do Brasil.

Noutra quadra, optou-se por avaliar, também, o Projeto de Lei nº 7.006/2006, em trâmite no Congresso Nacional há cerca de sete anos, que propõe a introdução de dispositivos no ordenamento jurídico brasileiro, a fim de se facultar a utilização de procedimentos restaurativos em conjunto com a justiça criminal.

Não obstante, verificou-se que o projeto possui inúmeras questões problemáticas que exigem ampla discussão em todo território nacional, sob pena de se aprovar uma legislação falha que não leve em consideração o espírito, as finalidades, os objetivos e os principais princípios restaurativos e, com isso, crie obstáculos para a justiça restaurativa.

De toda forma, parece ser necessário legislar sobre o tema, mormente num país em que prevalece a cultura jurídica conservadora e, por isso, soluções diversas das usuais tendem a não ser utilizadas na ausência de um regramento. Faz-se necessário, igualmente, estabelecer como os resultados restaurativos serão recepcionados pela justiça criminal tradicional. A ausência de regulamentação, porém, não deve ser óbice para o uso da justiça restaurativa, de modo que, a partir de incentivos institucionais e comunitários, novos projetos sejam implementados no Brasil, até porque, é preciso ter em mente que, quando se trata de justiça restaurativa, a prática tem muito a ensinar à teoria.

É preciso ter presente que, mesmo diante das tendências dominantes favorecedoras do agigantado poder punitivo, pensar e propor novos modelos de soluções de conflitos no âmbito do sistema de justiça criminal é impositivo, mesmo que possa parecer uma pretensão excessivamente à contramão, na medida em que “situar-se na contra-mão de tendências dominantes em um determinado momento histórico é apenas uma contingência, que longe está de significar qualquer impossibilidade de reverter essa mão”⁵⁰⁴.

Por isso, mesmo que as nossas súplicas sejam feitas na contramão, é preciso registrar que hoje o povo clama, ainda que não tenha consciência e lucidez do que isso realmente significa, pela recuperação do desejo de liberdade, pela contenção do agigantamento do poder punitivo, pelo resgate de um direito penal

⁵⁰⁴ KARAM, Maria Lúcia. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. ix.

mínimo, assim como de um processo penal orientado pela supremacia da liberdade em detrimento do poder de punir.

Mais do que isso, é preciso encontrar meios de romper com os enganosos discursos de legitimação do sistema penal, de (re)construir pensamentos e práticas igualitárias e libertárias, cujo ponto de partida deve ser a sensibilidade, a solidariedade, a honestidade e a tolerância entre as pessoas, a fim de se respeitar e assegurar os direitos fundamentais positivados na Constituição da República de 1988.

Por fim, é preciso ter em mente que o rigor punitivo não tem o condão de reduzir as condutas negativas e indesejadas de nossos semelhantes; que somar ao dano do crime a dor da pena é o mesmo que multiplicar sofrimento, tão arraigado no Brasil que ainda não se conscientizou que o fim da desigualdade e da exclusão, aliado à necessária alimentação saudável, moradia confortável, educação de qualidade, dentre outras condições básicas de sobrevivência, só irá difundir a felicidade e o respeito mútuo entre as pessoas.⁵⁰⁵

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁵⁰⁵ As idéias expostas dos últimos três parágrafos são fruto das reflexões de Maria Lúcia Karam, devidamente colacionadas na obra “Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo”.

ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ALVES, J. A. Lindgren. A desumanização do humano. In: **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Ano 4, número 7 e 8. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, p. 47.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência: introdução ao jogo e a suas regras**. 11. ed. São Paulo: Loyola, 2006.

AMBOS, Kai. **Direito penal: fins da pena, concurso de pessoas, antijuridicidade e outros aspectos**. Trad. Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.

AUGUSTO, Acácio. Para além da prisão-prédio: as periferias como campo de concentração a céu aberto. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ARGÜELO, Katie. Do Estado Social ao Estado Penal: Invertendo o Discurso da ordem. In: BITTAR, Walter Barbosa (Coord.). **A criminologia no século XXI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 119-44.

AROCA, Juan Montero. **Principios del proceso penal: uma explicación basada en la razón**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: **Diálogos sobre justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. Criminalidade e Justiça penal na América Latina. **Sociologias**. Porto Alegre, ano 7, n. 13, jan-jun, 2005.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A participação da vítima no processo penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

BATISTA, Vera Malaguti. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org). **Verso e reverso do controle penal: (des) aprisionando a sociedade da cultura punitiva. Homenagem a Alessandro Baratta**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

_____. Prefácio. In: WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres**: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUDRILLARD, Jean. **A sociedade de consumo**. Lisboa: Edições 70, 1995.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós modernidade**. São Paulo: Jorge Zahar, 1998.

BRANCHER, Leonardo; PUGGINA, Rodrigo. Violência, justiça restaurativa e o projeto “Justiça para o Século 21”. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 10, n. 55, abr-mai 2009.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia**: à luz do direito penal e da vitimologia. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada**: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BORGES, Clara Roman. A criminalização do trabalhador informal brasileiro na Copa de 2014. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Curitiba, v. 1, n. 11, p. 100, setembro de 2012. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/index.jsp?ipg=67205>>. Acesso em: 14.jan.14.

_____. **Jurisdição penal e normalização**. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010.

_____. **Um olhar além dos sistemas processuais penais**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 104, p. 147, set. 2013.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional**: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: RT, n. 31, p. 230, jul./set.2000.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **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**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira; BATISTA, Vera Malaguti. **Depois do grande encarceramento**. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

CASTRO, Josefina. **O processo de mediação em processo penal**: elementos de reflexão. Revista do Ministério Público, nº 105, ano 27, jan-mar 2006.

CHALMERS, Alan. **O que é ciência afinal?** São Paulo: Brasiliense, 1993.

CHRISTIE, Nils. Dilema do movimento de vítimas. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 372.

_____. **Una sensata cantidad de delito**. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

CONSO, Giovanni; GREVI, Vittorio. **Profili del nuovo codice di procedura penale**. Padova: CEDAM, 1990.

CORDERO, Franco. **Procedimento penal**. Santa Fe de Bogotá: Temis, 2000.

_____. **Procedura penale**. 5. ed. Milão: Giuffrè, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Manifesto contra os juizados especiais criminais: uma leitura de certa “efetivação” constitucional. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Segurança pública e o direito das vítimas. In: SÁNCHEZ RÚBIO, David; FLORES, Joaquim Herrera; CARVALHO, Salo de (Org.). **Direitos humanos e globalização**: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 46, nº 183, edição especial, jul./set. 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista do Instituto dos Advogados do Paraná**, v. 39, 2010.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do pensamento economicista do direito criminal de hoje**. In: RBCrim (32). São Paulo: RT, 2000. Ano 8, out/dez, p. 300.

DARKE, Sacha; KARAM, Maria Lúcia. Administrando o cotidiano da prisão no Brasil. In: **Discursos sediciosos**: crime, direito e sociedade. Ano 17, números 19 e 20. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013, p. 405.

DELEUZE, Gilles. **Conversações**. Trad. Peter Pál Pelbart. São Paulo: Ed. 34, 1999. In: *Vozes e olhares: uma geração nas cidades em conflito*. São Paulo: Fundação Telefônica, 2008.

DELMAS-MARTY, Mireille. **A imprecisão do direito**: do código penal aos direitos humanos. Barueri: Manole, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: questões fundamentais. A doutrina geral do crime. Parte Geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito processual penal**. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

DIETER, Maurício Stegemann. **Política criminal atuarial**: a criminologia do fim da história. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação**: na idade da globalização e da exclusão. 2. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002.

FERNANDES, Antônio Scarance. **O papel da vítima no processo criminal**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e ragione**: teoria del garantismo penale. 5. ed. Roma: Laterza, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. 11. ed. Petrópolis: Vozes, 1994.

_____. **Vigiar e punir**. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional Brasileiro pensa sobre a criminalidade**. 271 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Departamento de Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2007. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/1450/1/Tese_Laura%20Frade.pdf>. Acesso em: 10.jan.14.

GARLAND, David. As contradições da “sociedade punitiva”: o caso britânico. **Revista de sociologia e política**, Curitiba, n. 13, p. 60, nov. 1999.

HARTMANN, Érica de Oliveira. As reformas do processo penal: rumo ao sistema acusatório? In: **Revista Raízes Jurídicas**, v. 5, n. 2, jul./dez. 2009, p. 227-231.

_____. A validade anti-hegemônica da comunidade das vítimas: uma interlocução entre Thomas Kuhn, Michel Foucault e Enrique Dussel. In: **Revista Raízes Jurídicas**, v. 1, n. 1, jul./dez. 2005, p. 27-44.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Filosofia del derecho**. 5. ed. Buenos Aires: Editorial Claridad, 1968.

HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Trad. Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penis perdues**: Le système penal en question. Paris: Le Centurion, 1982.

_____. **Penas perdidas**. Niterói: Luam, 1993.

_____. Alternativas à justiça criminal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

IACONO, Alfonso M. La storia à ancora progresso? In: **In che cosa credere?** Pisa: Edizioni ETS, 2003.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KANT, Immanuel. **Principios metafísicos de la doctrina del derecho**. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1993.

_____. **Juizados especiais criminais**: a concretização antecipada do poder de punir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (Org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. **Recuperar o desejo da liberdade e conter o poder punitivo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

KOSOVSKI, Ester. Vitimologia, Direitos Humanos e Justiça Restaurativa. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 48, fev-mar. 2008.

KUHN, Thomas. **A estrutura das revoluções científicas**. Editora Perspectiva: São Paulo, 1992.

LARRAURI PIJOAN, Elena. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 9, n. 54, fev-mar. 2009.

LARRUSCAHIM, Paula Gil. **Justiça restaurativa**: tecendo um conceito para a margem. In: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de; CARVALHO, Salo de. A crise do

processo penal e as novas formas de administração da justiça criminal. Notadez: Sapucaia do Sul, 2006.

LEON, Flávia de. Em SP, 6.222 seriam beneficiados. **Folha de São Paulo**. Editoria Caderno Cotidiano, São Paulo, 5.mar.2001. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0503200104.htm>>. Acesso em: 14.jan.14.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista In: **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. 2a. ed. São Paulo: Conceito Editorial, 2011.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. 2. Campinas: Bookseller, 1997.

MARSHALL, Tony. Restorative justice: an overview. JOHNSTONE, Gerry (ed.). **A Restorative Justice Reader**. Cullompton: Willan Publishing, 2003.

MATHIESEN, Thomas. A caminho do século XXI: abolição, um sonho impossível? In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da. (Orgs.) **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCrim, 199, p. 263-287.

MOLINA, Antônio García-Pablos. **Criminologia**: uma introdução a seus fundamentos teóricos. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

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

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In: **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

PASTANA, Debora Regina. **Justiça penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: Ed. UNESP, 2009.

PAVARINI, Massimo. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>>. Acesso em: 20.nov.13.

PAVARINI, Massimo; GIAMBERARDINO, André. **Teoria da pena e execução penal**: uma introdução crítica. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

PELIKAN, Christa. **Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal**. Projeto Dikê. Seminário Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa. Lisboa, APAV, 2003, p. 73-8. Disponível em: <<http://www.restorativejustice.org/>>. Acesso em: 31.out.13.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: SLAKMON, C.; R. DE VITTO; R. GOMES PINTO (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e PNDU, 2005.

PRADO, Geraldo. **Elementos para uma análise crítica da transação penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

_____. Justiça penal consensual. In: **Discursos sediciosos** (9/10). Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 2000.

_____. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de Carvalho; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialógica**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

QUEIROZ, Paulo. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos de um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Iter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

RAUTER, Cristina. **Manicômios, prisões, reformas e neoliberalismo**. In: Discursos sediosos. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998.

REALE JÚNIOR, Miguel. Pena sem processo. In: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes (Org.). **Juizados especiais criminais**: interpretação e crítica. São Paulo: Malheiros, 1997.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford. Centre for Brazilian Studies, 2006.

_____. **O labirinto, o minotauro e o fio de Ariadne.** In: Teses para uma esquerda humanista e outros textos. Porto Alegre: Sulina, 1999.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa:** um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012.

ROXIN, Claus. **Derecho penal:** fundamentos. La estructura de la teoria del delito. Parte General. Tomo I. Madrid: Civitas, 2001.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social.** Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

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

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa:** a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente:** contra o desperdício da experiência. Vol. 1. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2001.

_____. **Para uma revolução democrática da justiça.** 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.

SANTOS, Hugo Leonardo Rodrigues. Seria a transação penal uma prática restaurativa? **Boletim IBCCRIM.** São Paulo, ano 21, n. 246, maio/2013, p. 12-13.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal.** Parte Geral. 3. ed. Curitiba-Rio de Janeiro: ICPC-Lumen Juris, 2008.

_____. **Privatizações de presídios.** Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/privatizacoes_presidios.pdf>. Acesso em: 20.jan.14.

SAPORI, Luís Flávio. A administração da Justiça criminal numa área metropolitana. **Revista Brasileira de Ciências Sociais,** n. 29, p. 143-57, 1995.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. A solução é prender menos. **Folha de São Paulo,** Editoria Caderno Tendências/Debates, São Paulo, 18.jan.2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/01/1399363-leonardo-sica-a-solucao-e-prender-menos.shtml>>. Acesso em: 20.jan.14.

_____. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. In:SLAKMON, Catherine; MACHADO, Maira Rocha; BOTTINI, Pierpaolo Cruz (orgs.) **Novas direções na governança da justiça e da segurança.** Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

_____. Justiça restaurativa: críticas e contra críticas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. vol. 8, n. 47, dez-jan 2008.

SOARES, B. M. Avançando contra a violência. **O Globo**. Rio de Janeiro, 24.abr.2001.

SOBRINHO, Ricardo Kleine de Maria. **Ciência e verdade sob a ótica das vítimas: os paradigmas críticos de Enrique Dussel**. Disponível em: < <http://www.anima-opet.com.br/pdf/anima7/10-Ricardo-Kleine.pdf>>. Acesso em: 30.ago.2013.

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

SOUZA, Jessé. **A ralé brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil: doutrina e jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. Vol. 4. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WACHTEL, Ted; O'CONNELL, Terry; WACHTEL, Ben. **Reuniões de justiça restaurativa: real justice (justiça verdadeira) e guia de reuniões restaurativas**. Pipersville, Pensilvânia, EUA: International Institute For Restorative Practices, The Piper's Press, 2010.

WACQUANT, Loïc. A aberração carcerária. **Le Monde Diplomatique Brasil**, Instituto Paulo Freire. Edição mensal de setembro de 2004. Disponível em: <<https://www.diplomatique.org.br/acervo.php?id=1169>>. Acesso em: 25.nov.13.

_____. **As prisões da miséria**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

_____. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal: impressões sobre o fracasso da Lei nº 9.099/95. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de. (Org.). **Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais**. Rio da Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Sociedade de consumo e globalização: abordando a teoria garantista na barbárie. (Re)afirmação dos direitos humanos. In: **Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **A questão criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. **El sistema penal en los países de América Latina**. In: Sistema penal para o terceiro milênio. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____. **En busca de las penas perdidas**. Buenos Aires: Ediar, 1989.

_____. **O inimigo no direito penal**. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal**. Parte General. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. Vol. 1. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; OLIVEIRA, Edmundo. **Criminologia e política criminal**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Justiça Restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.