

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA MARIA
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS E HUMANAS
CURSO DE DIREITO**

**DA JURISDIÇÃO REPRESSIVA À JUSTIÇA
RESTAURATIVA: ARRISCANDO O (IM)POSSÍVEL**

MONOGRAFIA DE GRADUAÇÃO

Bruna Daronch

**Santa Maria, RS, Brasil
2013**

DA JURISDIÇÃO REPRESSIVA À JUSTIÇA RESTAURATIVA: ARRISCANDO O (IM)POSSÍVEL

por

Bruna Daronch

Monografia apresentada ao Curso de Graduação em Direito, da
Universidade Federal de Santa Maria (UFSM, RS), como requisito
parcial para obtenção do grau de **Bacharel em Direito**.

Orientadora Profa. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola
Co-orientador Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe

Santa Maria, RS, Brasil
2013

**Universidade Federal de Santa Maria
Centro de Ciências Sociais e Humanas
Curso de Direito**

A Comissão Examinadora, abaixo assinada, aprova a Monografia de
Graduação

**DA JURISDIÇÃO REPRESSIVA À JUSTIÇA
RESTAURATIVA: ARRISCANDO O (IM)POSSÍVEL**

elaborada por
Bruna Daronch

como requisito parcial para obtenção do grau de
Bacharel em Direito

COMISSÃO EXAMINADORA:

Profa. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola
(Presidente/Orientador)

Prof. Dr. Albano Marcos Bastos Pêpe
(Co-Orientador)

Profa. Ma. Mariana Rodrigues Veras
(Universidade do Estado da Bahia)

Profa. Ma. Marília Denardin Budó
(Centro Universitário Franciscano)

Santa Maria, RS, 13 de dezembro de 2013.

*“Se andarmos apenas por caminhos já traçados,
chegaremos apenas aonde os outros chegaram.”*

(Alexander Graham Bell)

AGRADECIMENTOS

A finalização do curso de Direito na Universidade Federal de Santa Maria me deixa feliz e emocionada em razão de ser a finalização de uma etapa importante na minha vida, mas, principalmente, por ser a realização de um sonho que nasceu, em meados de 2008, quando, inesperadamente, ocorreu a minha aprovação no processo seletivo no antigo Programa de Ingresso ao Ensino Superior (PEIES). Os sentimentos que acompanham esta conquista se elevam quando me deparo com a concretização do presente trabalho, pois ele representa a minha visão a respeito de uma das finalidades que possui a Graduação em Direito, qual seja: a necessidade de pensar, de criticar, de refletir, de questionar os sistemas tradicionais de controle social a fim de searriscar novas formas de tratamentos de conflitos, possibilitando, assim, mudanças paradigmáticas.

Durante os últimos 05 anos e 06 meses, muitas pessoas passaram pelo meu caminho, algumas se foram, e outras, felizmente, permaneceram, sendo que todas elas contribuíram para o meu amadurecimento pessoal e profissional que está por ser atingido. Creio que este é o momento oportuno para demonstrar a minha gratidão a quem marcou os momentos da minha Graduação, pois sem essas pessoas todo o percurso não teria sentido algum. Assim, passo a agradecer, do fundo do meu coração,

*Em primeiro lugar, à minha família **José Luiz Daronch, Heidi Anne Daronch e Guilherme Daronch**, pelo amor incondicional, pelo incentivo, pela força nas ocasiões de incertezas e pela confiança em todos os momentos da minha vida;*

Aos meus avós e aos demais familiares pelo afeto, mas, também, por sempre terem confiado no meu potencial;

*Ao meu amado, **Wagner Arami Ferreira Lutz Coelho**, pelo carinho, pelo companheirismo, pela convicção de que tens no meu sucesso, mas, principalmente, pelo amor que preservamos nesta linda história que nos uniu de uma forma tão intensa e prematura;*

*Ao estimado advogado e professor, **José Fernando Lutz Coelho**, por ter, no momento de maior indecisão da minha vida, aconselhado-me a optar pelo Curso de Direito, mas, principalmente, por ter me mostrado, em suas humildes atitudes, que “a vida é uma festa” e que “a gente leva da vida, a vida que a gente leva”, o que me faz demonstrar a minha eterna gratidão e respeito;*

*À minha amiga, **Iara Ferreira Coelho**, por estar presente nos momentos mais alegres e mais conflitantes destes últimos anos, sempre me dando os conselhos verdadeiros que eu tanto precisava;*

*Ao promotor de Justiça aposentado, **João Marcos Adede y Castro**, por ter me dado a primeira oportunidade de estágio durante a Graduação, mas, também, por me dar a chance de conhecer a importância do Ministério Público na proteção dos direitos da sociedade;*

À professora, à Defensora Pública Federal e à amiga, **Josianne Zanoto**, por me ensinar a necessidade de se levar a alegria e o bom humor em todos os momentos da vida (por mais difíceis que eles sejam), demonstrando que, no final, “tudo vai dar certo”. Além disso, gostaria de registrar a minha gratidão por ter me despertado a possibilidade de, futuramente, buscar o ingresso na Defensoria Pública, demonstrando como a carreira pode ser gratificante e encantadora;

À minha querida orientadora, **Angela Araújo da Silveira Espindola**, por ter aceitado a missão de me orientar no presente trabalho monográfico, mas, principalmente, por ter me sugerido o tema da Justiça Restaurativa, demonstrando uma nova forma de (re)pensar o Direito, dando-lhe um sentido humano e transdisciplinar;

Ao meu querido co-orientador, **Albano Marcos Bastos Pepê**, pelos conselhos acadêmicos, pela amizade, pelo empréstimo de acervo bibliográfico, pelas reflexões realizadas nas ensolaradas e nas chuvosas manhãs de sábado na sua agradável residência em Itaara, RS, que transformaram esta pesquisa em um trabalho tão profundo e inspirador;

Aos professores de Graduação pelos ensinamentos intelectuais e saberes técnicos;

Aos meus supervisores de estágio, **Daniela de Quadros Mallmann Paz, Joel Oliveira Dutra, João Marcos Adede y Castro, José Fernando Lutz Coelho, Jerusa Burmann Viecili, Valéria Brondani e Josianne Zanoto**, por terem complementado os meus estudos jurídicos com a introdução da prática processual, mediante a demonstração das principais atuações de um membro do Ministério Público, de um advogado e de um Defensor Público;

À advogada, **Raffaella da Porciuncula Pallamolla**, por ter me presenteado, em 18 de julho de 2013, com o livro titulado “Justiça Restaurativa: da teoria à prática”, o qual contribuiu, de forma significativa, para a construção do presente trabalho monográfico;

À Juíza de Direito, **Uda Roberta Doederlein Schwartz**, por ter auxiliado e incentivado à concretização do projeto de extensão, atualmente denominado “Rompendo Muros”, realizado no Presídio Regional e na Penitenciária de Santa Maria, fazendo-me conhecer a realidade prisional, contribuindo para que eu pesquisasse e escrevesse sobre práticas alternativas no tratamento do conflito penal;

À **Mariana Rodrigues Veras** e à **Marília Denardin Budó** por gentilmente terem aceitado o convite de compor a banca deste trabalho de monografia;

À minha companheira de trabalho, de estudos e de confidências pessoais, **Rafaela Fernanda Fontoura Pszebiszeski**, por ter lido o presente trabalho e ter feito as pertinentes sugestões e correções;

À minha prima, **Tanny Oliveira Lima Bohner**, pela ajuda na busca dos livros na Biblioteca Central no campus da Universidade Federal de Santa Maria e pela tradução do resumo deste trabalho na língua estrangeira;

Aos amigos, aos colegas de faculdade e aos queridos colegas de estágio do Núcleo da Defensoria Pública da União de Santa Maria e da Promotoria de Justiça de Santa Maria, em especial **Renata Minuzzi Dorneles, Rafaela Fernanda Fontoura Pszebiszeski, Débora Caramori Rorato, Aimée Mastella e Charlon Luiz Zalewski**, por terem oportunizado inúmeros momentos de alegria e de descontração, mas, principalmente, por terem me dado a oportunidade de construir essa linda relação de amizade que temos hoje e que espero manter para o resto da minha vida.

Por último e não menos importante, à **Universidade Federal de Santa Maria**, em especial ao **Curso de Direito**, que me acolheu, com a prestação de um ensino público e de qualidade, e em breve concretizará o meu sonho de concluir a Graduação.

RESUMO

Monografia de Graduação
Curso de Direito
Universidade Federal de Santa Maria

DA JURISDIÇÃO REPRESIVA À JUSTIÇA RESTAURATIVA: ARRISANCANDO O (IM)POSSÍVEL

AUTOR: **BRUNA DARONCH**

ORIENTADOR: **ANGELA ARAÚJO DA SILVEIRA ESPINDOLA**

CO-ORIENTADOR: **ALBANO MARCOS BASTOS PÊPE**

Data e Local da Defesa: Santa Maria, 13 de dezembro de 2013.

Com o advento do Estado Moderno, o sistema processual penal teve como finalidade precípua a aplicação de penas privativas de liberdade ao infrator pela prática de condutas contrárias à ordem jurídico-social, imputando-lhe a culpa e a dor pelo ato delituoso. A punição se tornou, além de uma resposta para a sociedade, uma justa retribuição pelo mal cometido e um símbolo de ameaça estatal, distanciando-se dos princípios e dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito. Assim, através de um método fenomenológico-heurístico, o presente trabalho possui dois enfoques principais. O primeiro consiste na demonstração da crise do sistema penal tradicional, tanto no seu viés processual, quanto na órbita da execução da pena de prisão. O segundo decorre do primeiro, na medida em que surge a necessidade de averiguar um modelo alternativo de tratamento de conflitos penais. Nessa problemática, a Justiça Restaurativa, através de uma “nova lente” de analisar o crime, atravessa a superficialidade do paradigma repressivo e mergulha fundo na intersubjetividade do conflito, oportunizando um espaço dialogal entre a vítima, o ofensor e a própria comunidade atingida com a prática do delito. Busca-se, portanto, uma restauração dos sujeitos de forma harmônica com os princípios consagrados na Constituição Federal de 1988, pois, além de haver a possibilidade da reparação do dano, aplicam-se os princípios da resolução alternativa do conflito, do consenso, do respeito absoluto aos direitos humanos e, por fim, mas não menos importante, da dignidade da pessoa humana.

Palavras-Chaves: crise do paradigma dominante; justiça restaurativa; intersubjetividade do conflito; espaço dialogal.

ABSTRACT

Graduation Monograph
Law School
Federal University of Santa Maria

FROM REPRESSIVE JURISDICTION TO RESTORATIVE JUSTICE: RISKING (IM)POSSIBLE

Author: **BRUNA DARONCH**

Adviser: **ANGELA ARAÚJO DA SILVEIRA ESPINDOLA**

Co Adviser: **ALBANO MARCOS BASTOS PÊPE**

Date and Place of the Defense: Santa Maria, December 13, 2013.

With the advent of the modern State, the criminal procedural system had as the main purpose the implementation of freedom custodial sentences to the offender, due to a behaviour that is contrary to the legal and social order, charging him the guilt and pain by the criminal act. The punishment became, beyond a response to society, a fair retribution to the harm committed and a state threat symbol, distancing themselves from principles and fundamentals which underpin the Democratic State of Law. Hence, through a phenomenological method hermeneutics, the present study approached two main perspectives: The first one consist in demonstration of the crisis from traditional criminal justice system, both in its procedural bias, as in the orbit of the prison sentence execution. The second perspective derives from the first one, since it emerges the need to investigate an alternative model of criminal conflict treatment. In this sense, through a "new lens" to analyze the crime, the Restorative Justice cross the superficiality from the repressive paradigm and deepened into the conflict intersubjectivity, providing opportunities to a dialogical space between the victim, the offender and the community achieved with the offense practice. Therefore, it has been aimed a subject restoration through a harmonious way with the principles enshrined in the Federal Constitution of 1988, as beyond the possibility of repairing the damage, applies the principles of conflict alternative resolution, of consensus, the absolute respect for human rights and, last but not least, the dignity of the human person.

Key-Words: dominant paradigmatic crisis; restorative justice; intersubjectivity of the conflict; dialogical space.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1A INSUSTENTABILIDADE DO PARADIGMA PUNITIVO-RETRIBUTIVO E SUA CONSEQUENTE CRISE	15
1.1 A consolidação do paradigma punitivo-retributivo com o advento do Estado Moderno	15
1.2 A falência da pena privativa de liberdade como forma de recuperação do infrator da lei e de prevenção de práticas delituosas	27
1.3 A insuficiência de penas substitutivas como forma de superar o paradigma dominante.....	37
1.4 A cientificidade do processo penal e falta de participação dos protagonistas envolvidos no conflito.....	44
2A REDEFINIÇÃO DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA RESTAURATIVA	53
2.1 Os pilares e os princípios que alicerçam a Justiça Restaurativa e suas diferenças com o paradigma dominante.....	53
2.2 As práticas restaurativas na busca pela restauração da vítima, do ofensor e da comunidade através de diálogos transdisciplinares	63
2.3 Os resultados restaurativos de conciliação, de mediação e de perdão entre os protagonistas envolvidos.....	72
2.4 A Justiça Restaurativa no Brasil é (im)possível?.....	77
2.4.1 A aplicabilidade da Justiça Restaurativa em Juizados da Infância e da Juventude.....	79
2.4.2 A ampliação da Justiça Restaurativa e as (in)adequações do projeto de Lei n.º 7.006/2006.....	82
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS	91

INTRODUÇÃO

Com o advento do Estado Moderno, o sistema processual penal teve como finalidade precípua a aplicação de penas privativas de liberdade ao infrator pela prática de condutas contrárias à ordem jurídico-social, imputando-lhe a culpa e a dor pelo ato delituoso. A punição se tornou além de uma resposta para a sociedade, uma justa retribuição pelo mal cometido e um símbolo de ameaça estatal, distanciando-se dos princípios e dos fundamentos que alicerçam o Estado Democrático de Direito.

O presente trabalho monográfico possui dois enfoques principais. O primeiro consiste em demonstrar a crise do sistema penal tradicional, tanto no seu viés processual, quanto na órbita da execução da pena privativa de liberdade. O segundo decorre do primeiro, na medida em que surge a necessidade de averiguar um modelo alternativo de tratamento de conflitos penais. Nessa problemática, a Justiça Restaurativa, mediante uma “nova lente” de analisar o crime, atravessa a superficialidade do paradigma dominante - eminentemente repressivo - e mergulha fundo na intersubjetividade do conflito, oportunizando um espaço dialogal entre a vítima, o ofensor e a própria comunidade atingida com a prática do delito.

Por se tratar de um tema atual, sobre o qual ainda não há respostas homogêneas na doutrina, tampouco legislação pátria específica, este estudo se mostra pertinente, além de contribuir, incontestavelmente, para a evolução acadêmica da Instituição, possibilita a aplicação de um direito penal transdisciplinar na busca da redefinição de justiça. Diante disso, questiona-se: em que medida a Justiça Restaurativa supera o paradigma punitivo dominante no Estado vigente?

Para que tal problematização seja respondida, utiliza-se como o método de abordagem o fenomenológico-hermenêutico, na medida em que é abordada a compreensão de fenômenos jurídicos; como métodos de procedimentos utilizam-se o histórico e o comparativo, principalmente pela análise histórica do paradigma punitivo construído na Modernidade e consolidado nos tempos atuais, mas também por estabelecer um confronto entre a Justiça Repressiva e a Justiça Restaurativa, através de estudo comparativo entre o conceito de crime, a compreensão de responsabilidade e a própria visão de justiça em cada uma das perspectivas abordadas; e, por fim, faz-se uso de pesquisa bibliográfica como técnica de

pesquisa, mas sem deixar de lado a busca em outras fontes, ideias ou pontos de vista críticos que puderam enriquecer e colaborar para o desenvolvimento do trabalho.

Como forma de atingir o objetivo principal de verificar as possibilidades de superação do paradigma punitivo dominante através de práticas restaurativas no tratamento do conflito penal, examina-se, em um primeiro momento, o paradigma punitivo estabelecido com o advento da Modernidade, mediante a exposição das principais deficiências do sistema processual penal, da falência da pena privativa de liberdade como forma de prevenção e de ressocialização do infrator da lei, bem como explicar a insuficiência de introdução de penas substitutivas no sistema penal para se atingir a ruptura com o modelo repressivo tradicional.

Com o envolvimento do leitor nessa transição paradigmática, proporciona-se a reflexão de uma redefinição de justiça, mediante a aplicação de práticas restaurativas de conciliação, de mediação e de perdão entre vítima, ofensor e comunidade. Por fim, e tendo como intuito a averiguação da aplicabilidade prática da Justiça Restaurativa, citam-se os projetos realizados nos Juizados da Infância e da Juventude, bem como se exaltam as (in)adequações do projeto de Lei n.º 7006/2006 em trâmite na Câmara dos Deputados, que propõe alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei nº 9.099/1995, para facultar o uso de práticas restaurativas no sistema de justiça criminal em casos de crimes e contravenções penais.

Salienta-se que não se tem a pretensão neste trabalho de esgotar todas as questões, dúvidas e extensões que, ainda, permeiam a Justiça Restaurativa, pois essa alternativa de tratamento de conflito deve ser vislumbrada como um modelo incipiente na seara criminal, o que, por si só, já justifica o fato de que o seu conceito e os seus trâmites serem, ainda, considerados vagos e inconclusos. Além disso, ressalta-se que não foi possível, diante dos objetivos do trabalho, incluir todos os autores que possuem obras de qualidade sobre o tema desenvolvido.

Todavia, deixa-se evidente que os defensores dessa ideia têm a convicção de que ela é uma renovação de esperança de construir algo novo para superar a ineficácia do sistema processual penal, na medida em que o modelo corporifica a confrontação das partes envolvidas no conflito, com a utilização instrumental da conciliação e da mediação, mediante o uso de fórmulas que devem observar os direitos fundamentais da vítima e do infrator.

Em face disso, o trabalho é estruturado em dois grandes capítulos. Com a finalidade de demonstrar a insustentabilidade do paradigma punitivo-retributivo o primeiro capítulo foi dividido em quatro partes. Os primeiros subcapítulos marcam três momentos distintos da história das sanções no direito penal, expondo-se a consolidação da pena privativa de liberdade com o advento do Estado Moderno (subcapítulo 1.1); a sua falência como forma de recuperação do infrator da lei e de prevenção de práticas delituosas (subcapítulo 1.2); e, finalmente, a insuficiência de sanções substitutivas, mediante a inclusão de penas restritivas de direitos e a criação dos Juizados Especiais Criminais com a finalidade primária a diminuição de população carcerária brasileira (subcapítulo 1.3).

Já a última parte deste primeiro capítulo visa explanar cientificidade do processo através da falta de participação da vítima e do ofensor nos atos processuais e do excesso de espaço dos atores do processo, principalmente, do Estado na figura do magistrado (subcapítulo 1.4).

Posteriormente, no segundo capítulo, atinge-se o tema principal desta pesquisa, na medida em que se analisa a redefinição de justiça na perspectiva restaurativa. Através de um enfoque mais teórico, os três primeiros subcapítulos foram dedicados à análise dos pilares e dos princípios que alicerçam a Justiça Restaurativa e suas diferenças com o paradigma dominante (subcapítulo 2.1); as práticas restaurativas na busca pela restauração da vítima, do ofensor e da comunidade através de diálogos transdisciplinares (subcapítulo 2.2), enfatizando a participação de cada um dos protagonistas envolvidos e o papel do mediador nos encontros restaurativos; e, por fim, os possíveis resultados de conciliação, de mediação e de perdão entre os protagonistas envolvidos (subcapítulo 2.3).

Como forma de complementação, o último subcapítulo tem como finalidade a verificação da (im)possibilidade de uma aplicação prática no Brasil de todos os preceitos elencados anteriormente, mediante a demonstração do modo pelo qual as práticas restaurativas estão sendo conduzidas nos Juizados da Infância e da Juventude, dando-se ênfase aos projetos pilotos realizados na cidade de São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo e na cidade de Porto Alegre, capital do Rio Grande do Sul, bem como da viabilidade de extensão de tais práticas à esfera penal dos adultos, principalmente através da promulgação do projeto de Lei n.º 7.006/2006 que visa institucionalizar, em âmbito nacional, a Justiça Restaurativa.

Portanto, considerando a problemática e os objetivos propostos, obtiveram-se as conclusões que seguem no decorrer da presente monografia.

1 A INSUSTENTABILIDADE DO PARADIGMA PUNITIVO-RETRIBUTIVO E SUA CONSEQUENTE CRISE

*Cada crime uma sentença.
Cada sentença um motivo, uma história de lágrima,
sangue, vidas e glórias, abandono, miséria, ódio,
sofrimento, desprezo, desilusão, ação do tempo.
Misture bem essa química.
Pronto: eis um novo detento
Lamentos no corredor, na cela, no pátio.
Ao redor do campo, em todos os cantos.¹*

Prisão é de fato uma monstruosa opção. O cativo das cadeias perpetua-se ante a insensibilidade da maioria, como forma ancestral de castigo. Para recuperar, para ressocializar, como sonham os nossos antepassados? Positivamente, jamais se viu alguém sair de um cárcere melhor do que quando entrou. E o estigma da prisão? Quem dá trabalho ao indivíduo que cumpriu pena por crime considerado grave? Os egressos do cárcere estão sujeitos a uma outra terrível condenação: o desemprego. Pior de tudo, são atirados a uma obrigatória marginalização. Legalmente, dentro dos padrões convencionais não podem viver ou sobreviver. A sociedade que os enclausurou, sob o pretexto hipócrita de reinseri-lo depois em seu seio, repudia-os, repele-os, rejeita-os.²

1.1 A consolidação do paradigma punitivo-retributivo com o advento do Estado Moderno

Nos séculos XVII e XVIII, os teóricos contratualistas explicaram que para a sociedade não viver em um conflito generalizado é necessário o estabelecimento de um contrato social. Dando o devido destaque à filosofia de Thomas Hobbes, cabe à figura de um homem (ou de uma assembleia de homens) a concentração de autoridade como forma de garantir unidade e controle da sociedade, tendo definido a essência do Estado como o poder de “usar a força e os recursos de todos, da maneira que considerar conveniente, para assegurar a paz e a defesa comum³”.

Com base nessas premissas, Hobbes⁴ elenca como um dos direitos do Estado soberano o de “punir com castigos corporais ou pecuniários, ou com a ignomínia, a qualquer súdito, de acordo com a lei que previamente estabeleceu”.

Assim, o Direito Penal passa a ser um dos mecanismos estatais para a concretização do ideal civilizatório e o resguardo dos valores e interesses expressos

¹Trecho da música Diário de um detento do grupo Racionais MC's.

²E Silva, Evandro Lins *apud* KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. In: **Desconstrução das práticas punitivas**. Virgílio de Mattos [org.]. Belo Horizonte: CRESS 6ª Região/CRP-MG, 2010, p. 18-19.

³HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 131.

⁴*Ibidem*, p. 137.

no contrato, motivo pelo qual quando uma pessoa viola a legislação vigente, mediante a prática de atos tipificados como crime, surge o poder-dever de o Estado impor uma sanção, na medida em que um bem jurídico foi violado e a paz social foi desestruturada. Neste sentido, as considerações de Salo de Carvalho⁵ sobre o desenvolvimento do poder estatal na Modernidade são pertinentes:

A justificativa do Estado é baseada na hipótese de que o homem, no estado de natureza, gozaria amplamente sua liberdade, não havendo qualquer restrição aos desejos. No entanto a impossibilidade de convívio se estabelece em face da tensão entre desejos ilimitados e bens limitados. O uso da violência define, pois, as relações na primeira natureza. A forma de anular o estado de guerra, corrupção do estado de natureza, é a instituição do poder civil. A incerteza do gozo dos bens, face à possibilidade de expropriação pela força, conduz à elaboração do acordo. Os homens, em troca da segurança, optam por limitar sua liberdade, alienando certo domínio ao repositório comum denominado Estado. Como regulador instituído, caberia ao poder instituído executar esta quantidade alienada em caso de violação das leis de convivência.

Cesare Beccaria⁶, teórico reconhecido pela evolução humanística das penas, explica que “as leis foram as condições que agruparam os homens, no início independentes e isolados, à superfície da terra”, sendo que o fundamento do direito de punir resulta da soma das pequenas parcelas de liberdade que cada indivíduo cede e deposita ao Estado. Em outro tipo de análise, Michel Foucault⁷, citando Rusche e Kirchheimer, estabelece a relação entre os vários regimes punitivos e os sistemas de produção em que se efetuam, somente confirmando que as condições históricas, com seus fundamentos científicos e suas alterações paradigmáticas, são determinantes para definir o tipo de repressão imposto pelo Estado:

[...] assim, numa economia servil os mecanismos punitivos teriam como papel trazer mão-de-obra suplementar e constituir uma escravidão ‘civil’ ao lado da que é fornecida pelas guerras ou pelo comércio; com o feudalismo, e numa época em que a moeda e a produção estão pouco desenvolvidas, assistiríamos a um brusco crescimento dos castigos corporais – sendo o corpo na maior parte dos casos o único bem acessível; [...]. Mas como o sistema industrial exigia um mercado de mão-de-obra livre, a parte do trabalho obrigatório diminuiria no século XIX nos mecanismos de punição, e seria substituída por uma detenção com fim corretivo.

Para uma análise substancial dos fundamentos do poder de punir, imprescindível o estudo da transição do abandono das penas cruéis e torturantes

⁵CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27.

⁶BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2ª ed., Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 18.

⁷FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 25.

enraizadas na Idade Média até a consolidação da pena de prisão como uma resposta imediata ao ato criminoso na Modernidade.

No início da clássica obra “Vigiar e Punir: nascimento das prisões”, Michel Foucault descreve, detalhadamente, uma cena de suplício ocorrida em 02 de março de 1757, o qual demonstra que esse tipo de penalização representou uma atitude desumana por parte do Estado, na medida em que transformava a execução da pena em um espetáculo para a comunidade local com a finalidade precípua de evitar a prática de novos delitos. Na maioria dos casos, o condenado era obrigado a proclamar a sua própria condenação, confessando publicamente o crime cometido; a prender o suplício no próprio ato delituoso, mediante a exposição do cadáver do condenado no local do crime, executando a pena nas mesmas circunstâncias da natureza do delito; além de sofrer castigos em um ritmo lento e progressivo com o objetivo de “salvar a alma”. Assim, “o ciclo está fechado: da tortura à execução, o corpo produziu e reproduziu a verdade do crime⁸”. Diante dessa cena de horror, Foucault⁹ explica que:

O suplício penal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune: não é absolutamente a exasperação de uma justiça que, esquecendo seus princípios, perdesse todo o controle. Nos ‘excessos’ dos suplícios, se investe toda a economia do poder.

Assim, os reiterados espetáculos de suplícios foram, durante muitos anos, a resposta do direito penal. Isso porque a pena de prisão não se mostrava uma reação apta e adequada aos anseios sociais, sendo um mero pressuposto para a aplicação de penas cruéis e torturantes. As sanções penais desse período histórico, segundo Bitencourt¹⁰, eram submetidas ao arbítrio dos governantes, considerando o *status* social a que pertencia ao réu, sendo a pena de prisão excepcional, pois restrita àqueles casos em que os crimes não tinham suficiente gravidade para sofrer condenação à morte ou à pena de mutilação.

Foucault enuncia que os suplícios tornaram-se revoltantes, visto pela perspectiva do povo; vergonhoso, considerando a visão da vítima; e, de qualquer

⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 38-41 passim.

⁹*Ibidem*, p. 32.

¹⁰BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 09.

modo, perigoso, ensejando que a “justiça criminal puna em vez de se vingar¹¹”. Assim, o autor¹² demonstra a mudança na conscientização das pessoas:

O protesto contra os suplícios é encontrado em toda a parte na segunda metade do século XVIII: entre os filósofos e teóricos do direito; entre juristas, magistrados, parlamentares; nos *chairs de deléance* entre os legisladores das assembleias. É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre soberano e condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera do povo, por intermédio do suplicado e do carrasco. O suplício tornou-se rapidamente intolerável.

Com o surgimento do Estado Moderno, ocasionou-se uma quebra do paradigma até então dominante, substituindo a visão teocêntrica do período medieval para dar espaço ao antropocentrismo, tornando o homem e toda a sua realidade o centro do universo, bem como buscando construir a ordem social através de uma visão racional de mundo. Essa época influenciou e interferiu em todas as áreas do conhecimento científico, não sendo diferente para o discurso jurídico, principalmente, na seara criminal. Nesse contexto, o promotor de justiça Marcelo Gonçalves Saliba¹³ aduz que “razão e ordem unem-se numa relação espiral na modernidade, estando no centro da espiral a razão e o no extremo oposto a ordem, amarrando e entrelaçando o conhecimento e as ciências humanas.”

Iniciou-se, desse modo, um movimento de grande mudança no desenvolvimento das penas privativas de liberdade, na criação e na construção de prisões organizadas, tendo como objetivo a punição do ato e, simultaneamente, a recuperação dos apenados.

Foucault¹⁴ explica que na Idade Moderna consolidou-se a denominada “sobriedade punitiva” com o escopo de que “o castigo penal fira mais a alma do que o corpo¹⁵”, descrevendo que:

Desaparece, destarte, em princípios do século XIX, o grande espetáculo da punição física: o corpo suplicado é escamoteado; exclui-se do castigo a encenação da dor. Penetramos na época da sobriedade punitiva. Podemos considerar o desaparecimento dos suplícios como um objetivo mais ou menos alcançado, no período compreendido entre 1830 e 1848. Claro, tal afirmação em termos globais deve ser bem entendida. Primeiro, as transformações não se fazem em conjunto e nem de acordo com um único processo. Houve atrasos. Paradoxalmente, a Inglaterra foi um dos países

¹¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 63.

¹²*Ibidem*.

¹³SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 34.

¹⁴FOUCAULT, op. cit., p. 16-17.

¹⁵*Ibidem*, p. 18.

mais reacionários ao cancelamento dos suplícios talvez por causa da função do modelo que a instituição do júri, o processo público e o respeito ao habeas corpus havia dado à sua justiça criminal.

O Estado Moderno se deparou com circunstâncias até então despercebidas, mas que passaram a ter um peso significativo na sociedade, como, por exemplo, a valorização da liberdade como bem jurídico; a necessidade de ocultação do castigo e de isolamento do sujeito que impôs a sanção; a crise da pena de morte e da excessiva crueldade dos castigos corporais em face do enaltecimento da dignidade da pessoa humana; e, por fim, a conveniência de aplicação de pena proporcional ao crime cometido, levando-se em conta as circunstâncias pessoais do delinquente, seu grau de malícia, e, sobretudo, a impressão de ser eficaz sobre o espírito dos homens, e ao mesmo tempo, cruel para o corpo do condenado, justificando a imposição da pena carcerária.

Ferrajoli afirma que três direitos constituem e justificam o Estado Moderno: a vida, a liberdade e a propriedade. Assim, conduz a ideia de que a sanção moderna se configura como técnica de privação desses bens, sendo que a liberdade, por exemplo, é subtraída pelas penas de prisão, restando assegurado “o ajuste proporcional da gravidade dos delitos às medidas de pena estabelecidas pelo legislador sobre a base da hierarquia dos bens e dos interesses eleitos por ele como merecedores de tutela¹⁶”.

Em pouco tempo, o teatro punitivo da Idade Média, que se vangloriava em meados do século XVIII, e que teria agido essencialmente sobre o espírito dos cidadãos, “foi substituído pelo grande aparelho uniforme das prisões cuja rede de imensos edifícios se estenderá por toda a França e a Europa¹⁷”. Nesse sentido, a pena de prisão “marca um momento importante na história da justiça penal: seu acesso à humanidade¹⁸”, mostrando-se um caminho necessário para impor a paz social como resposta à prática de infrações penais, dando início à consolidação do paradigma punitivo-retributivo até os dias atuais.

Assim, o que se deseja na Modernidade é o estabelecimento de ordem, sendo que qualquer ato que combate tal objetivo deve ser reprimido. Para isso, o sociólogo Zygmunt Bauman enfatiza que se faz necessário “varrer o assoalho e

¹⁶FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 361.

¹⁷*Ibidem*, p.96.

¹⁸FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 195.

estigmatizar os traidores ou expulsar os estranhos¹⁹ com a finalidade de “tornar ou conservar o ambiente compreensível e propício à ação sensata²⁰”. A partir dessa compreensão, é possível interpretar que o Estado Moderno busca beleza e limpeza, no sentido de que qualquer espécie de “sujeira” parece não ser compatível com o mundo civilizado; e, por fim, busca ordem, que seria uma forma de repetição compulsória, estabelecida por um regulamento, que decide quando e como deve ser feita uma determinada coisa, para que em todas as circunstâncias parecidas não exista indecisão ou hesitação.

Da mesma forma em que um objeto pode ser considerado “puro” ou “impuro”, o ser humano também passa a ser submetido a tal classificação, na medida em que o infrator da lei é rotulado e estigmatizado pela sociedade como um indivíduo anormal, estranho, incontrolável e causador de desordem, sendo necessário o seu isolamento do meio social, mediante a restrição da sua liberdade nos muros de uma instituição total. Sendo assim, a resposta conveniente do Estado pela prática do ato delituoso é a pena, “vista como a única capaz de colocar a ordem na desordem, afastar o caos e a ambivalência, para fazer prevalecer a razão”, segundo as reflexões de Saliba, pois, enquanto o crime expressa a “sujeira”, a sanção penal restabelece o *status* de “beleza”, o qual foi interrompido.²¹

Carvalho aduz que “o projeto da modernidade, no âmbito do direito penal, fomenta a proposição de modelos universais de legitimação das sanções” como forma de resposta da prática do delito, “em qualquer situação, independente dos indivíduos implicados e das características do dano.²²”

Diante desta breve análise histórica, é possível concluir que o direito penal está, intimamente, ligado com a pena. A doutrina arriscou em afirmar que “sem pena, não há direito penal, numa relação inversa também verdadeira²³”. Assim, o fundamento da punição mediante uma pena pode ser explicado por intermédio de duas teorias específicas. Segundo o garantista Ferrajoli²⁴, a pena, na concepção da

¹⁹BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998, p. 14

²⁰*Ibidem*.

²¹SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41.

²²CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 47.

²³*Ibidem*, p. 43.

²⁴FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 236.

teoria absoluta ou retributiva²⁵, “é um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, como ‘retribuição’ do crime”. Com base nesse entendimento, a sanção é a imediata consequência jurídica do delito, traduzindo-se pela expiação e pela purificação, que, através do sentimento de dor, tem como finalidade reparar, purgar e castigar o infrator. Nas expressões de Odete Maria de Oliveira²⁶, a pena de prisão exprime a seguinte ideia: “pune-se porque pecou.”.

Carvalho²⁷, com base nas lições de Ferrajoli, sustenta que essa doutrina parte do pressuposto de que é “justo impor (retribuir) o mal pelo mal”, sendo que a pena é “um mecanismo de rememoração de sistemas punitivos primitivos baseados na vingança de sangue”, o que somente corrobora a impregnação da “lógica repressiva que exerce fascínio sobretudo ao pensamento político reacionário.”.

O criminalista Bitencourt²⁸ ensina que a pena tem como finalidade fazer justiça e nada mais, pois a culpa do criminoso deve ser compensada com a imposição de um mal e o fundamento da sanção estatal está no questionável livre-arbítrio, entendido como “a capacidade de decisão do homem para distinguir entre o justo e o injusto”. Por isso, a teoria retributiva apenas corrobora o fato de que, com o advento do Estado Moderno, o sistema processual penal teve como finalidade precípua a aplicação de penas privativas de liberdade ao infrator pela prática de condutas contrárias à ordem jurídico-social, imputando-lhe, tão somente, a culpa e a dor pelo ato delituoso.

Todavia, as críticas a essa doutrina culminaram pela sua insuficiência, na medida em que não se sustenta a aplicação de uma sanção penal que não possui quaisquer fins sociais como forma de justificação. Até porque o desgaste dessa narrativa se complementa em face da superveniência de uma “cadeia de princípios

²⁵Defendida por Kant e Hegel. Enquanto o primeiro possuía uma ordem ética e moral, pois a lei seria um imperativo categórico que deve ser respeitado em quaisquer condições, de modo que aquele que a descumpria não era, sequer, digno de cidadania. Logo, a pena tinha o objetivo exclusivo de impor um mal decorrente da violação de um dever jurídico; o segundo justificava a pena pela necessidade de recomposição do direito violado, pois a pena encontra sua justificação na necessidade de restabelecer a vigência da vontade geral, a qual foi negada pelo delinquente. Nesse sentido: Salo de Carvalho e Cezar Roberto Bitencourt.

²⁶OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3ª ed., Florianópolis: Editora da UFSC, 2003, p. 64.

²⁷CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 58.

²⁸BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106-107.

que configura as Constituições contemporâneas, em grande medida decorrentes da incorporação dos preceitos internacionais do direito humanitário²⁹.

Além do mais, a pena retributiva está baseada em critérios de “retaliação do sujeito³⁰”, como se a sanção fosse neutralizar e purificar o delito, o que é inadmissível em um Estado que se enquadra como de Direito. Neste mesmo enfoque, Roxin³¹ sintetiza as principais críticas a essa teoria:

A teoria da retribuição não nos serve, porque deixa na obscuridade os pressupostos da punibilidade, porque não estão comprovados os seus fundamentos e porque, como profissão de fé irracional e além do mais contestável, não é vinculante. Nada se altera com a substituição, que amiúde se encontra em exposição recente, da ideia de retribuição (que recorda em demasia o arcaico princípio do talião), pelo conceito dúbio de <expição>, na medida em que, se com ele se alude apenas uma <compensação de culpa> legitimada estatalmente, subsistem integralmente as objeções contra uma <expição> desse tipo. Se, pelo contrário, se entende a expiação no sentido de purificação interior conseguida mediante o arrependimento do delinquente, trata-se então de um resultado moral, que por meio da imposição de um mal mais facilmente se pode evitar mas que, em qualquer caso, se não pode obter pela força.

Em razão das deficiências constatadas, surgiu a teoria relativa da pena, também denominada de preventiva ou utilitarista, a qual, seguindo com as lições do Ferrajoli, “consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário para a prevenção de delitos futuros³²”. Nesse aspecto, a finalidade primordial da pena possui sentido preventivo, pois serve para assegurar a segurança da sociedade e a defesa social, demonstrando que o delito já não é mais fundamento da pena, mas seu pressuposto. Sintetizando, Odete Maria³³ afirma que “não se castiga porque pecou, mas para que não peque.”.

Segundo Carvalho, a pena adquire uma finalidade intimidatória, com base nas ideias de proporcionalidade, necessidade e culpabilidade, na medida em que “o exemplo aplicado ao infrator seria o meio necessário para constranger o corpo social

²⁹CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 60.

³⁰*Ibidem*, p. 59.

³¹ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed., Lisboa: Coleção Vega Universidade, 1998, p. 19-20.

³²FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 236.

³³OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão: um paradoxo social**. 3ª ed., Florianópolis: Editora da UFSC, 2003, p. 64.

a não incorrer na mesma conduta³⁴". A prevenção do crime ocorre de três maneiras, segundo Roxin³⁵:

corrigindo o corrigível, isto é, o que hoje chamamos de ressocialização; intimidando o que pelo menos é intimidável; e, finalmente, tornando inofensivo mediante a pena de privação da liberdade os que não são corrigíveis e intimidáveis.

A teoria preventiva possui duas facetas diversas. A primeira denominada preventiva geral³⁶, que tem como objetivo evitar violações futuras, agindo sobre uma generalidade de pessoas e intimidando o delinquente para que outros indivíduos não pratiquem delitos. A punição não é, em nenhum momento, direcionada ao indivíduo que praticou o delito, de forma em que não há finalidade moral ou educativa.

Parafraseando as lições de Feuerbach, Bitencourt³⁷ esclarece que:

A pena é, efetivamente, uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos; é, pois, uma 'coação psicológica' com a qual se pretende evitar o fenômeno delitivo. Presumia-se, assim, que 'o homem racional e calculista encontra-se sob uma coação, que não atua fisicamente, como uma cadeia a que deveria prender-se para evitar com segurança o delito, mas psiquicamente, levando-o a pensar que não vale a pena praticar o delito que se castiga'.

Apesar disso, a teoria preventiva não leva em consideração aspecto relevante da psicologia do delinquente, qual seja: a confiança de não ser descoberto. Disso se conclui que "o pretendido temor que deveria infundir no delinquente, a ameaça de imposição de pena, não é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo³⁸". Todavia, a crítica mais antiga à prevenção geral sustentou que qualquer tentativa de instrumentalização do indivíduo fere a dignidade humana, pois é inadmissível que se imponha um mal a alguém (que, no caso, seria a pena) com a finalidade de que outros se omitam em cometer um mal (ideia de prevenção de práticas delituosas futuras). Roxin³⁹ sintetiza tal ideia:

E, efectivamente, para um ordenamento jurídico que não considere o indivíduo como objecto à mercê do poder do Estado nem como material

³⁴CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

³⁵ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed., Lisboa: Coleção Vega Universidade, 1998, p. 20.

³⁶Defendida pelos teóricos Bentham, Beccaria, Schopenhauer e Feuerbach.

³⁷BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 123.

³⁸*Ibidem*, p. 125.

³⁹ROXIN, Claus, *op.cit*, p. 24-25.

humano que possa ser utilizado, mas sim como portador, plenamente equiparado a todos, de um valor como pessoa, tem de ser inadmissível tal instrumentalização do homem.

Por sua vez, a prevenção especial, considerada o segundo desdobramento da teoria utilitarista, procura evitar a prática de condutas, dirigindo-se, exclusivamente, ao condenado, com o fim de que ele não torne a praticar atos criminosos. Ao contrário da prevenção geral, a especial não possui o interesse de restaurar a ordem jurídica ou a intimação geral do corpo social, pois “o delito não é apenas a violação da ordem jurídica, mas, antes de tudo, um dano social, e o delinquente é um perigo social (um anormal) que põe risco a nova ordem⁴⁰”. Assim, o delinquente passa a ser o “centro do palco punitivo⁴¹”, sendo o principal destinatário da pena e o protagonista da execução.

Esse viés teórico possui outra divisão, na medida em que a prevenção especial pode ser analisada de forma negativa ou positiva. Na primeira “a ideia central é a ‘eliminação ou neutralização’ e, na segunda, o ideal está na ‘ressocialização⁴²’. Beccaria, por exemplo, não admitia como fundamento do *juspuniendi* a vingança, mas essencialmente a ressocialização da pena de prisão, modificando o Direito Penal frente às atitudes cruéis do Estado Medieval, trazendo uma visão humanística da pena. Em face disso, o teórico fundamentou a punição através da concepção utilitarista da pena, pois procurou demonstrar a necessidade de um “exemplo para o futuro, mas não uma vingança pelo passado⁴³”. Assim, o objetivo da pena era a prevenção (especial e geral), causando “uma impressão mais eficaz e mais durável no ânimo dos homens e que seja a menos dolorosa para o corpo do réu⁴⁴”.

Entretanto, as suas contribuições não evitaram o surgimento de posicionamentos contrários. Segundo Roxin⁴⁵, a prevenção especial “não possibilita uma delimitação do poder punitivo do Estado”, deixando o cidadão ‘inadaptado’ por tempo indeterminado ao arbítrio jurídico penal estatal. Isso porque a aplicação da

⁴⁰Santiago Mir Puig *Apud* BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 131.

⁴¹CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 75.

⁴²SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 53.

⁴³BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 36.

⁴⁴*Ibidem*, p. 36.

⁴⁵ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed., Lisboa: Coleção Vega Universidade, 1998, p. 21.

pena carcerária somente será válida quando se obtiver a correção definitiva do delinquente.

Diante disso, cabe a seguinte indagação: o Estado possui legitimidade para impor, coativamente, ao cidadão a sua ressocialização? Os críticos ao modelo preventivo respondem negativamente, justificando que qualquer introdução de valor moral violaria a liberdade individual de escolher as suas próprias crenças e ideologias⁴⁶, além de afrontar ao paradigma constitucional de tutela dos direitos fundamentais em geral. Isso somente demonstra que a punição tornou-se, além de uma resposta para a sociedade e de uma justa retribuição do mal cometido, um símbolo de ameaça estatal com o intuito de prevenir o cometimento de condutas futuras contrárias ao ordenamento jurídico.

Criticando o efeito correccionalista da pena, Fabrício Ramacci⁴⁷ aduz que:

[...] a exasperação da ideia de correção, ínsita na doutrina de emenda, é bloqueada pela proibição constitucional de tratamento contrário ao senso da humanidade, tanto nas formas de violência à pessoa, quanto nas de violência à personalidade (v.g. lavagem cerebral) porque contrastante com a dignidade humana e com a liberdade de desenvolver e inclusive manter a própria personalidade.

Em face do exame crítico, foi criada uma terceira teoria denominada mista ou unificadora, que tenta agrupar em um conceito único o fim das penas, sopesando os pontos positivos da classificação acima mencionada, mas, principalmente, englobando a pluralidade funcional da sanção penal. Nas palavras de Mir Puig, “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena⁴⁸”.

Essa adição de teorias é adotada, por exemplo, aqui no Brasil. O Código Penal⁴⁹, no seu artigo 59, aduz que a pena será fixada, “conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. Por sua vez, o artigo 1º da Lei n.º 7.210 de 11 de julho de 1984⁵⁰, diz que a execução penal tem por finalidade

⁴⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 137.

⁴⁷Fabrício Ramacci *Apud* CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 87-88.

⁴⁸BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p. 142.

⁴⁹BRASIL. **Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

⁵⁰BRASIL. **Lei 7210, de 11 de julho de 1984**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

“efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.”. No mesmo sentido, dispõe a exposição de motivos da Lei de Execuções Penais, no seu item 14, que “as penas e medidas de segurança devem realizar a proteção dos bens jurídicos e a reincorporação do autor à comunidade⁵¹”.

Ilusoriamente, imaginou-se que a união de ambas as teorias amenizaria as suas desavenças individuais. Entretanto, ocorreu o contrário, na medida em que as críticas se somaram. Mais uma vez, os modernistas tentaram explicar o fundamento de aplicação da pena por parte do Estado, mediante teorias subsidiárias de prevenção geral positiva fundamentadora e limitadora⁵².

Muito embora a racionalidade penal moderna tenha construído diversas teorias para fundamentar e legitimar a imposição da pena privativa de liberdade, é possível afirmar que as suas finalidades não foram atingidas, principalmente analisando o cárcere através de uma perspectiva empírica.

Mesmo com a Constituição Federal de 1988 enumerando diversas limitações do poder de punir, situados, principalmente, no artigo 5º, incisos XLV, XLVI, XLVII e XLIX⁵³, na categoria de direitos fundamentais, a falência da pena privativa de liberdade como forma de obter a intimidação e ressocialização do indivíduo é um fato incontroverso tanto no discurso jurídico quanto no senso comum. No entanto, cabe analisar, no presente trabalho monográfico, as principais causas que contribuíram para esse fracasso, bem como as consequências fáticas e jurídicas do modelo carcerário imposto pela Modernidade.

Até porque, conforme reflete Carvalho, “as metodologias devem ser adequadas à vida, e não a vida servir às fórmulas metodológicas, ou seja, se as

⁵¹BRASIL. **Exposições de Motivos n.º 213**, de 09 de maio de 1983 da Lei 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/LEIS/L7210_84.PDF>. Acesso em: 17 set. 2013.

⁵²Em apertada síntese, a visão fundamentadora da pena, defendida por Welzel e Gunter Jacoks, tem como pretensão a imposição, coativa, de valores éticos na pessoa responsável pelo ato criminoso. Já a visão limitadora, sustentada por Hassemer e Claus Roxin, funda-se na própria limitação do poder punitivo estatal e observância de garantias constitucionais, com uma concepção democrática, social e humanista. Nesse sentido: BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 145-152 passim.

⁵³BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

metodologias não têm inserção no real são elas mesmas um equívoco⁵⁴, tornando-se a teoria uma mera ficção jurídica.

Na mesma linha de pensamento, aduz Bitencourt⁵⁵ que “definitivamente, deve-se mergulhar na realidade e abandonar, de uma vez por todas, o terreno dos dogmas, das teorias, do dever-ser e da interpretação das normas”, com a finalidade de se analisar, criticamente, a ineficácia e a ausência de credibilidade do direito penal em resolver conflitos e desavenças criados pela sociedade.

1.2 A falência da pena privativa de liberdade como forma de recuperação do infrator da lei e de prevenção de práticas delituosas

Ultrapassada a questão dos fundamentos teóricos do poder de punirelencados no subcapítulo anterior, pode-se afirmar que o Direito, como forma de controle social, encarna, na visão moderna positivista, a função de definir o bem e o mal, “tornando-se um monumento incontestado e incontestável, legitimado por sua própria existência, emanado de um ente imparcial e detentor do poder⁵⁶”, representado pela figura do Estado.

Nas palavras de Zaffaroni e Pierangeli, o sistema penal representa “controle social punitivo institucionalizado⁵⁷”, pois, a partir da suspeita da prática de um delito até a imposição e a execução de uma pena, pressupõe-se a atuação de um aparelhado policial e judicial para o cumprimento de um procedimento previsto em leis. A consequência imediata do cumprimento de tais regras estatais é o etiquetamento do indivíduo como estigmatizado, violento e até desumano.

Isso promove uma seletividade social, dando vazão a um sistema excludente, característico da sociedade moderna, pautado-se pela eliminação do desviante da lei, encarcerando-o com a finalidade precípua de afastá-lo do convívio

⁵⁴ CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 52.

⁵⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 154.

⁵⁶ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 63.

⁵⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral**. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

junto à sociedade. Howard S. Becker⁵⁸, ao tratar do desvio e das rotulações dele advindas, alude, com propriedade, que:

Uma pessoa recebe o status como resultado da violação de uma regra, e a identificação prova-se mais importante que a maior parte das outras. Ela será identificada primeiro como desviante, antes que outras identificações sejam feitas. Formula-se a pergunta: “Que tipo de pessoa infringiria uma regra tão importante?” E a resposta é dada: “Alguém que é diferente de nós, que não pode ou não quer agir como um ser humano moral, sendo portanto capaz de infringir outras regras importantes.” A identificação desviante torna-se a dominante.

Tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante produz uma profecia auto-realizadora. Ela põe em movimento vários mecanismos que conspiram para moldar a pessoa segundo a imagem que os outros têm dela.

Conforme esclarece Carvalho⁵⁹, a realidade punitivista brasileira constitui-se por assumir, sem pudores, “a posição de que determinadas pessoas simplesmente não servem, são descartáveis, não merecem qualquer dignidade, são desprezíveis e por isso serão oficialmente abandonadas.”.

Isso significa que a estigmatização e exclusão social do infrator da lei, segundo Saliba⁶⁰, “são marcas indelegáveis e mais que uma retribuição ou meio de defesa da sociedade, a criminalização e a punição tornaram-se meios para o livre desenvolvimento do capitalismo em ascensão.”. Em outras palavras, Foucault⁶¹, na década de 70, já afirmava que:

Ao fazer da detenção a pena por excelência, ela introduz processos de dominação característicos de um tipo particular de poder. Uma justiça que diz ‘igual’, um aparelho judiciário que se pretende ‘autônomo’, mas que é investido pelas assimetrias das sujeições disciplinares, tal é a conjunção do nascimento da prisão, ‘pena das sociedades civilizadas’.

Diante de todo esse contexto, criou-se uma grande expectativa de que a pena de prisão seria um avanço para a recuperação do infrator e prevenção de condutas criminosas, principalmente pelo fato de causar ao indivíduo um isolamento

⁵⁸BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, p. 44.

⁵⁹CARVALHO DE, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Organizadora: Ruth Maria ChittóGauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 146. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

⁶⁰SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 64.

⁶¹FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 195.

do mundo exterior, proporcionando reflexão e, quiçá, remorso pelo mal causado à vítima e à sociedade. Foucault explica, com propriedade, essa perspectiva:

As razões positivas em seguida: o isolamento constitui 'um choque terrível', a partir do qual o condenado, escapando às más influências, pode fazer meia-volta e redescobrir no fundo de sua consciência a voz do bem; o trabalho solitário se tornará então tanto um exercício de conversão quanto de aprendizado; não reformará simplesmente o jogo de interesses próprios ao *homoeconomicus*, mas também os imperativos do indivíduo moral. [...] Entre o crime e a volta ao direito e à virtude, a prisão constituirá um 'espaço entre dois mundos', um lugar para as transformações individuais que devolverão ao Estado os indivíduos que este perdera.

Contudo, tal resultado não foi obtido, não faltando justificativas para se atingir tal conclusão, sendo escolhidas algumas delas para serem desenvolvidas no presente trabalho monográfico.

Primeiramente, salienta-se que a pena carcerária com a justificativa de reeducar o indivíduo para a liberdade em condições de não liberdade transformou-se em um verdadeiro paradoxo, servindo apenas como contribuição para o aumento das mais diversas consequências maléficas à integridade física, à identidade pessoal, mas, principalmente, à mente e à dignidade do ser humano submetido a tal condição.

Erving Goffman, ao fazer um estudo crítico da influência que o isolamento social causa na personalidade indivíduo, classifica o cárcere como um tipo de instituição total⁶², na medida em que ele pressupõe o seu "fechamento" com o mundo externo, absorvendo toda a vida do recluso.

Além de o sistema rotular o indivíduo como um delinquente, ele se torna um mero "sujeito passivo" em virtude de estar desprovido de qualquer tipo de iniciativa e de escolha na tomada de decisões, submetendo-se, em qualquer hipótese, às regras do sistema penitenciário impostas pelo poder dominante, diminuindo toda e qualquer tentativa de ressocialização e reinserção social.

Alessandro Baratta⁶³ analisa os efeitos da restrição de liberdade nessas instituições totais na seguinte perspectiva:

⁶²Instituição total pode se definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situações semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, leva uma vida fechada e formalmente administrada. Nesse sentido: GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 16.

⁶³BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia crítica. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011, p. 183-184.

As características desse modelo, do ponto de vista que mais nos interessa, podem ser resumidas no fato de que os institutos de detenção produzem efeitos contrários à reeducação e à reinserção do condenado, e favoráveis à sua estável inserção na população criminosa. O cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, porque este promove a individualidade, o autorrespeito do indivíduo, alimentado pelo respeito que o educador tem dele. [...]

Exames clínicos realizados com os clássicos testes de personalidade mostraram os efeitos negativos do encarceramento sobre a psique dos condenados e a correlação desses efeitos com a duração daquele. A conclusão a que se chegam estudos deste gênero é que ‘a possibilidade de transformar um delinquente antissocial violento em um indivíduo adaptável, mediante uma longa pena carcerária, não parece existir’ e que ‘o instituto da pena não pode realizar a sua finalidade como instituto de educação’.

Bitencourt⁶⁴ deduz que o ingresso da pessoa em uma instituição total acarreta “uma série de depressões, degradações, humilhações e profanações do ego.” Atesta, ademais, que o cárcere enseja a “coisificação da pessoa”, acarretando a perda de sua própria identidade, na medida em que:

Desde o momento que a pessoa é separada da sociedade, também é despojada da função que nela cumpria. Posteriormente, o interno é submetido aos procedimentos de admissão, onde é manuseado, classificado e moldado. Isso implica uma coisificação da pessoa, pois é classificado como um objeto para ser introduzido na burocracia administrativa do estabelecimento, onde deverá ser transformado paulatinamente através de operações de rotina. Esse procedimento leva a uma nova despersonalização e depreciação do ego.

A partir disso, pode-se afirmar que a pena privativa de liberdade está em profunda crise e, de um modo geral, o direito penal já pode ser considerado um sistema fracassado, pois não atingiu as expectativas das teorias absolutas, relativas e ecléticas da pena. Nesse sentido, o penalista italiano Massimo Pavarini⁶⁵ mencionou, em entrevista para a Folha de São Paulo realizada em meados de 2009, que:

Sempre se fala 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. Após dois séculos de investigação, todas as pesquisas dizem que não temos provas de que a prisão efetivamente seja capaz de reabilitar. Isso acontece em todos os lugares do mundo.

(...)

As prisões já não produzem suficientemente medo para limitar a criminalidade. Todos os criminólogos são céticos. O direito penal fracassou em todas as suas finalidades. Não conheço nenhum teórico otimista.

⁶⁴BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 166-167.

⁶⁵PAVARINI, Massino. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Folha de São Paulo, São Paulo, 31 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>> Acesso em 18 jun. 2013.

Simultaneamente ao fato de o ambiente carcerário ter sido convertido em “meio artificial, antinatural, que não permite realizar nenhum trabalho reabilitador⁶⁶”, as condições reais que desenvolve a sua execução contribuem para torná-lo um sistema cruel e desumano. Nos dizeres de Antônio Garcia-Pablos y Molina⁶⁷:

A pena não ressocializa, mas estigmatiza, que não limpa, mas macula, como tantas vezes se tem lembrado aos ‘expiacionistas’; que é mais difícil ressocializar a uma pessoa que sofreu uma pena do que outra que não teve essa amarga experiência; que a sociedade não pergunta por que uma pessoa esteve em um estabelecimento penitenciário, mas tão-somente se lá esteve ou não.

Apesar de não se ter uma comprovação científica sobre a real influência da experiência carcerária na multiplicação da criminalidade, principalmente pelo fato de que a personalidade e os demais aspectos pessoais do indivíduo são, também, relevantes para a prática de delitos, pode-se dizer que existem diversos fatores que ensejam a afirmação.

As mais variadas deficiências na estrutura física do estabelecimento, como, por exemplo, escassez de higiene, falta de espaço para separação adequada dos presos conforme o tipo de delito, carência de assistência à saúde, à educação, somado ao descaso com os direitos humanos do apenado, com a distribuição do tempo ao ócio, ao trabalho, ao lazer e ao exercício físico, podem ser elencado como alguns dos fatores que contribuem para a ineficácia do sistema carcerário.

O sistema penitenciário brasileiro, na visão de Loïc Wacquant⁶⁸, encontra-se em um estado apavorante, comparando as prisões a “campos de concentração de pobres”, e a “empresas públicas de depósito industrial dos dejetos sociais”, enfatizando as suas principais causas:

[...] condições de vida e de higiene abomináveis, caracterizadas pela falta de espaço, ar, luz e alimentação [...]; negação de acesso à assistência jurídica e aos cuidados alimentares de saúde, cujo resultado é a aceleração dramática da difusão da tuberculose e do vírus HIV entre as classes populares; violência pandêmica entre detentos, sob forma de maus-tratos, extorsões, sovas, estupros e assassinatos, em razão da superlotação superacentuada, da ausência de separação entre as diversas categorias de criminosos, da inatividade forçada [...] e da carência da supervisão.

⁶⁶BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 154.

⁶⁷Antônio Garcia-Pablos y Molina *Apud Ibidem*, p. 155.

⁶⁸WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 11.

Bitencourt diz, então, que as instituições totais possuem um “caráter crimínogeno”⁶⁹, e nos dizeres de Ferrajoli, funcionam como “escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada”⁷⁰. O jurista italiano⁷¹ defende, ainda, que a pena carcerária lesa a dignidade da pessoa humana, comparando-a, inclusive, a crueldade das penas da Idade Média. Nesse sentido, reflete que:

É preciso reconhecer que a prisão tem sido sempre, em oposição a seu modelo teórico e normativo, muito mais do que ‘a privação de um tempo abstrato de liberdade’. Inevitavelmente, tem conservado muitos elementos de *aflição física*, que se manifestam nas formas de vida e de tratamento, e que diferem das antigas penas corporais somente porque não estão concentradas no tempo, senão que se dilatam ao longo da duração da pena. Ademais, a aflição corporal da pena carcerária acrescenta-se a *aflição psicológica*: a solidão, o isolamento, a sujeição disciplinária, a perda da sociabilidade e da afetividade e, por conseguinte, da identidade, além da aflição específica que se associa à pretensão reeducativa e em geral a qualquer tratamento dirigido a vergar e a transformar a pessoa do preso.

Desse modo, as principais causas que fundam a falência da pena privativa de liberdade podem ser divididas em três grandes grupos: o material, que engloba as más condições de saúde e higiene, falta de distribuição de tempo dedicado ao ócio, ao trabalho, ao lazer, ao exercício físico; o psicológico, na medida em que a o cárcere é um lugar em que se desestimula a mente, aprofundando as tendências criminosas; e, por fim, os sociais, sob o argumento de que a prisão ocasiona uma desadaptação profunda do meio social, isolamento sofrido, devido ao ambiente de chantagem e violência.

Como se não bastasse, o indivíduo ao ser jogado no cárcere possui, além da liberdade, outros direitos fundamentais violados, como, por exemplo, a intimidade, a privacidade e a integridade física. Goffmann vai mais longe, pois afirma que estar preso implica em uma “morte civil”⁷², tornando o apenado, segundo Celso Lafer, um “apátrida”⁷³, pois há perda de uma série de direitos garantidos pelas leis e pela Carta

⁶⁹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 157.

⁷⁰FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 378-379.

⁷¹*Ibidem*, p. 379.

⁷²Nas exatas palavras de Goffman, morte civil significa que “os presos podem enfrentar, não apenas uma perda temporária dos direitos de dispor do dinheiro e assinar cheques, opor-se a processos de divórcio ou adoção, e votar, mas ainda podem ter alguns desses direitos permanentemente negados.”. Nesse sentido: GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 25.

⁷³LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt, ESTUDOS AVANÇADOS 11 (30), 1997, p. 58.

Constitucional, significando a própria imposição de não ser considerado um membro da sociedade, retirando-se, inclusive, o seu *status* de cidadão.

A partir dessas constatações, pode-se afirmar que, empiricamente, o cárcere modifica o comportamento e a personalidade do apenado, trazendo consequências maléficas, bem como contribuindo para o aumento dos índices de reincidência, de modo que, nas palavras de João Farias Junior⁷⁴, “a prisonização leva à desorganização da personalidade, à deformação do caráter, à degradação do comportamento e ao abandono dos padrões de conduta da vida extramuros”.

Odete Maria⁷⁵ menciona essas consequências após uma extensa pesquisa de campo sobre o mapeamento do sistema prisional:

Por sua vez, tal instituição tem seu objetivo maior no custodiamento e na manutenção da ordem interna dessa sociedade, que concentra um poder repressivo nas mãos de muito poucos, abrindo um infindável abismo entre os mandantes e mandados, um verdadeiro regime totalitário, em que os presos são submetidos panopticamente a um controle externo, através de constante vigilância e minucioso regulamento, a uma estrutura severa e limitada, de privacidade impossível, em que a conduta e a intimidade de cada um é observada pelos demais.

A superlotação carcerária é outro fator atribuído à insustentabilidade da pena privativa de liberdade. Em uma instituição total, é comum haver a mistura de presos perigosos com não perigosos, de reincidentes com não reincidentes, de condenados definitivos com provisórios, muitas vezes sob o domínio de facções criminosas. Foucault descreve que para a prisão atingir a sua finalidade corretiva do indivíduo, torna-se imprescindível que haja a separação dos presos conforme o delito praticado e o estágio em que se encontra o processo criminal:

Consoante se trate de um indiciado ou de um condenado, de um contraventor ou de um criminoso: cadeia, casa de correção, penitenciária devem em princípio corresponder mais ou menos a essas diferenças, e realizar um castigo não só graduado em intensidade, mas diversificado em seus objetivos. Pois a prisão tem um fim, apresentado de saída: ‘Como a lei inflige penas uma mais graves que outras, não pode permitir que o indivíduo condenado a penas leves se encontre preso no mesmo local que o criminoso condenado a penas mais graves...; se a pena infligida pela lei tem como objetivo principal a reparação do crime, ela pretende também que o culpado se emende’.

Enquanto a Lei de Execução Penal aduz, no art. 82, §1º, que “a mulher e o maior de sessenta anos, separadamente, serão recolhidos a estabelecimento

⁷⁴ João Farias Junior *Apud* OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 3ª ed., Florianópolis: Editora da UFSC, 2003, p. 77.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 75-76.

próprio e adequado à sua condição pessoal” e no art. 84, caput, e §1º, afirma, respectivamente, que “o preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado” e que “o preso primário cumprirá pena em seção distinta daquela reservada para os reincidentes”, a situação fática mostra-se complementemente contrária.

Segundo o relatório elaborado, em maio de 2013, pelo Conselho Nacional do Ministério Público⁷⁶, há um flagrante desrespeito a esses preceitos legais. Isso porque, em todas as regiões do Brasil, a adequada separação entre os mais diversos tipos de apenados, em sua vasta maioria, não ocorre. Da mesma forma em que a maioria dos presos primários cumpre pena com os presos reincidentes, eles não são mantidos separados conforme a natureza do delito cometido, não ocorrendo a individualização da pena, expressamente prevista no artigo 5º da Lei n.º 7.210/1984⁷⁷. Nesse sentido, os dados sobre as distribuições dos apenados são reveladores⁷⁸:

Tabela 01: Constatções Diversas

Regiões	Os presos primários são mantidos separados dos presos reincidentes?		Os presos são mantidos separados conforme a natureza do delito cometido (periculosidade)?		Os presos são mantidos separados de acordo com a identificação de grupos ou facções criminosas?		Há grupos ou facções criminosas identificados no estabelecimento?		Total de Respondentes
	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	
Centro Oeste	50	236	92	194	75	211	26	260	286
Nordeste	43	256	80	219	76	223	44	255	299
Norte	30	138	40	128	40	128	9	159	168

⁷⁶Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www2.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2013.

⁷⁷ Art. 5º: Os condenados serão classificados, segundo os seus antecedentes e personalidade, para orientar a individualização da execução penal.

⁷⁸Conselho Nacional do Ministério Público, op. cit, p. 58.

Sudeste	118	451	175	394	224	345	141	428	569
Sul	114	162	122	154	140	136	67	209	276
Total Geral	335	1.243	509	1.089	555	1.043	287	1.311	1.598

Fonte: Fonte: Sip-MP, Resolução CNMP nº 56, 28/05/2013

Além do mais, os apenados provisórios, que estão respondendo o processo penal sob a custódia do Estado, são mantidos, em elevados índices, junto com aqueles que já possuem condenação transitada em julgado. Não esgotando o tema, acrescenta-se que há um flagrante desrespeitado com as formas de cumprimento de pena conforme os três tipos de regime existentes no ordenamento jurídico (fechado, semiaberto e aberto), pois, em todas as regiões brasileiras, uma vasta quantidade de presos não são separados após a concessão do benefício de progressão de regime. Isso significa que aquele apenado que está em regime mais brando (aberto⁷⁹) troca experiências noturnas com aquele que cumpre pena em regime mais rigoroso (fechado⁸⁰), desvirtuando toda e qualquer tentativa eficaz de reinserção social. Mais uma vez, os números ilustram a realidade carcerária⁸¹:

Tabela 02: Constatções Diversas

Regiões	Os presos primários são mantidos separados dos presos em cumprimento de pena?	Os presos que cumprem pena em regimes distintos são mantidos separados?	Os maiores de 60 anos são mantidos separados dos demais?	Total de Respondentes
---------	---	---	--	-----------------------

⁷⁹Art. 36: (...) §1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga.

⁸⁰ Art. 34: (...) §1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno.

⁸¹Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www2.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2013, p. 58.

	SIM	NÃO	SIM	NÃO	SIM	NÃO	
Centro Oeste	44	242	112	174	27	259	286
Nordeste	60	239	107	192	26	273	299
Norte	30	138	56	112	19	149	168
Sudeste	129	440	175	174	58	511	569
Sul	66	210	122	71	20	256	276
Total Geral	329	1.269	509	520	150	1.448	1.598

Fonte: Fonte: Sip-MP, Resolução CNMP nº 56, 28/05/2013

As estatísticas acima apresentadas têm a única finalidade de demonstrar, mediante dados concretos, que a lei brasileira não é, efetivamente, cumprida, denotando o extraordinário abismo entre a vontade do legislador e a realidade fática, o que, por si só, já desmorona o paradigma até então construído.

Em face de todas as constatações acima, pode-se deduzir os motivos pelos quais considerável parte dos presos retorna ao ambiente carcerário, tornando inócuas as teorias elencadas no subcapítulo anterior. Becker⁸², com base em suas pesquisas sociológicas, consegue explicar a razão pelo qual aquele que ingressa em um grupo dominante tende a reiterar a prática de sua conduta. Assim, expõe:

A segunda coisa que acontece quando alguém ingressa num desses grupos é que aprende como levar adiante sua atividade desviante com um mínimo de contratempo. Todos os problemas que enfrenta para escapar da imposição da regra que está infringindo foram enfrentados antes por outros. Soluções foram encontradas. Assim, o jovem ladrão encontra-se com ladrões velhos, mais experientes, que lhe explicam como se livrar da mercadoria roubada sem correr o risco de ser apanhado. Cada grupo desviante tem um grande repertório de conhecimento sobre assuntos desse tipo, e novo recruta aprende rapidamente. Assim, o desviante que ingressa num grupo desviante organizado e institucionalizado tem mais probabilidade que nunca de continuar nesse caminho. Ele aprendeu, por um lado, como evitar problemas; por outro, assimilou uma fundamentação para continuar.

⁸²BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, 48-49.

Goffman⁸³ expõe, através de um viés psicológico, o motivo pelo qual o retorno ao cárcere torna-se frequente:

Por seu raciocínio, depois de um delinquente ter sido submetido a castigo injusto ou excessivo, bem como a tratamento mais degradante do que o prescrito em lei, passa a justificar o seu ato – o que não podia fazer quando o cometeu. Decide ‘descontar’ o tratamento injusto na prisão, e a vingar-se, na primeira oportunidade, através de outros crimes. Com essa decisão, torna-se um criminoso.

Apesar desse complexo aparato institucional e suas drásticas consequências ao ser humano, é possível afirmar que o atual sistema criminal é avaliado, tão somente, pelo montante de prisões decretadas pelo Poder Judiciário. De forma em que o binômio “crime punido e cumprimento de pena de prisão” passa a ser o suficiente para a efetivação de justiça.

Em contrapartida, a pena privativa de liberdade não se mostra uma resposta adequada para a responsabilização adequada dos infratores, trazendo uma *falsa* satisfação de justiça. Nas palavras de Marcos Rolim⁸⁴, quando o Poder Judiciário se “depara com delitos de pequena gravidade, o direito penal é demasiado; quando se depara com crimes graves, parece inútil.”

Não obstante, o sistema institucionalizado continua elencando a prisão como única resposta possível à sociedade, mas, no fim das contas, torna-se uma mera “máquina de reprodução de injustiças e sofrimento⁸⁵”. Isso porque, conforme explica Carvalho⁸⁶,

O padrão científico (positivista) desenvolvido na modernidade induz o campo das ciências criminais a simplificar ao extremo a questão criminal. Esta redução de complexidade implica que a pena criminal seja proposta como mecanismo exclusivo de controle social. Independente da diversidade do ilícito praticado, as doutrinas penais, notadamente os modelos dogmáticos ortodoxos, projetaram como solução única e universal ao problema do crime a pena criminal.

⁸³GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010, p. 56.

⁸⁴ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 233.

⁸⁵FERREIRA, Carolina Costa. **As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro**. Disponível em:

<<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/231>>. Acesso em: 17 jun. 2013, p. 02.

⁸⁶CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro: fundamentos e aplicação judicial**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 120.

Diante das condições em que o sistema carcerário se apresenta, somada a sua capacidade de maximizar a prática de novos delitos, resta cada vez mais latente que o Poder Público possui um verdadeiro descaso em reverter tal situação, e, principalmente, em repensar um modelo alternativo de tratamento do conflito penal. Ao contrário do que se projetou no início da era Moderna, a prisão deixou de ser um mecanismo humanizador para ser enquadrada como sucedâneos eventos cruéis e degradantes, ensejando a perda, gradual e definitiva, de legitimidade do modelo repressivo-punitivo, potencializando, nas palavras de Carvalho⁸⁷, “a criação de projetos alternativos de redução dos danos ocasionados pelas agências do controle social burocratizado.”.

Impõe-se, portanto, a necessidade de substituição do presente modelo com a finalidade de harmonizá-lo com o Estado Democrático do Direito, mediante a introdução de novas práticas de tratamento dos mais diversos conflitos criados pela sociedade.

1.3 A insuficiência de penas substitutivas⁸⁸ como forma de superar o paradigma dominante

Como forma de superação do paradigma dominante e de rompimento com a lógica punitivista enraizada na Modernidade, o legislador brasileiro estabeleceu uma política de substitutivos penais para melhorar a qualidade de vida dos grupos

⁸⁷CARVALHO DE, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Organizadora: Ruth Maria ChittóGauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 146. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

⁸⁸Neste trabalho, distinguem-se as expressões “penas substitutivas” e “penas alternativas”. Ambas são espécies das denominadas “medidas alternativas”. Na primeira modalidade, parte-se do pressuposto de que o juiz terá de aplicar, primeiramente, a pena de privativa de liberdade e somente depois poderá *substituir* por penas restritivas de direitos. Isso ocorre com a grande maioria de crimes tipificados na legislação brasileira, pois quando um indivíduo é condenado, por exemplo, pelo crime de furto simples (art. 155, caput, do CP), é possível a substituição da pena de reclusão para alguma das penas elencadas no art. 44 do CP. Todavia, na segunda modalidade, o juiz tem a possibilidade de aplicar, automaticamente, a pena *alternativa*. Cabe referir que uma no ordenamento jurídico brasileiro se enquadra nesse tipo de sanção a conduta do usuário de drogas, tipificada no art. 28 da Lei 11.343/2006. Nesse sentido: Salo de Carvalho; Mariana de Assis Brasil Weigert; Fernanda Rezek Andery.

criminalizados, mas, principalmente, para diminuir os elevados índices de encarceramento.

Salo de Carvalho e Mariana de Assis Brasil e Weigert⁸⁹ sintetizam que o Código Penal da década de quarenta respalda a prisão como sanção por excelência, prevendo como penas a reclusão, a detenção e a multa, sendo que no ano de 1984, sobreveio uma reforma legislativa com o objetivo de “alinhar o sistema jurídico brasileiro aos preceitos humanizadores do direito penal garantista”. Demonstrando-se ciente dos “malefícios do encarceramento denunciados pela criminologia crítica nas décadas de 1960 e de 1970”, ela unificou a reclusão e a detenção sob o rótulo de pena privativa de liberdade e incorporou, junto com a multa, a pena restritiva de direitos como sanção substitutiva. Ao regradar as espécies de penas restritivas, previu-se a prestação de serviço à comunidade, a interdição temporária de direitos e a limitação de final de semana como forma de garantir ao condenado a responsabilização penal qualitativamente proporcional ao delito cometido, de forma que a pena tenha “fundo educativo, moral, justo e, acima de tudo, social⁹⁰.”

Com a promulgação da Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, o constituinte originário autorizou, além da restrição de liberdade, diversas outras formas de individualização da pena (art. 5º, inciso LXVI⁹¹), bem como determinou aos Estados e à União a atribuição de criar juizados especiais com competência para processar e julgar causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante um procedimento oral e sumaríssimo (art. 98, inciso I, CF⁹²). Neste momento, foi introduzida no ordenamento jurídico brasileiro uma semente do que, hoje, denomina-se “justiça penal consensual”.

Obedecendo ao preceito constitucional, mas, principalmente, tentando superar os sintomas da crise da justiça repressiva, sobreveio a criação do Juizado

⁸⁹ CARVALHO, Salo de; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. In: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, Ano XXXIII, Volume 33, número 64, julho de 2012, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p227/22471>>. Acesso em 27 set. 2013.

⁹⁰ANDERY, Fernanda Resek. Medidas Alternativas. In: **Revista da Faculdade de Direito UFG**, volume 25, número 1, ano 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12025>>. Acesso em 30 set. 2013.

⁹¹BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

⁹²BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

Especial Criminal, mediante a edição da Lei n.º 9.099 de 26 de setembro de 1995, para a conciliação, o julgamento e a execução dos crimes e contravenções penais de menor potencial ofensivo, compreendendo aqueles que cominam pena máxima não superior a 02 (dois) anos (artigos 60 e 61⁹³). Assim, com base nos critérios de oralidade, informalidade, economia processual e celeridade, esse novo procedimento objetiva, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (art. 62).

A legislação trouxe mecanismos importantes com a finalidade de propiciar resultados conciliatórios entre vítima, Ministério Público e ofensor, mitigando a pena de prisão como resultado único e exclusivo da jurisdição criminal. A composição civil dos danos (art. 72⁹⁴), a transação penal (art. 76⁹⁵) e a suspensão condicional do processo (art. 89⁹⁶), sem contar a introdução do procedimento sumaríssimo, são apenas alguns exemplos de transformações ocorridas com pretensa mudança legiferante.

Em ato contínuo, houve a promulgação da Lei n.º 9.714, de 25 de novembro de 1998⁹⁷, o qual atendeu, mais uma vez, o apelo da política criminal vigente e ampliou as possibilidades de adoção de penas restritivas de direitos, não só reprisando as contidas na legislação anterior, mas aumentando o rol do art. 43⁹⁸, acrescentando a prestação pecuniária e a perda de bens e valores. O propósito consistiu notadamente em evitar a experimentação do cárcere pelos delinquentes que incorreram em crimes culposos ou aqueles que cominem pena não superior a 04 (quatro) anos, desde que sem grave ameaça ou violência à pessoa, além do preenchimento dos demais requisitos do art. 44 do Código Penal⁹⁹.

Contudo, as expectativas das reformas não atingiram o seu pleno êxito. Isso porque, ao contrário do que ocorre, as penas substitutivas deveriam ser sistemas

⁹³ BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ *Ibidem*.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ Importante mencionar que outras leis objetivaram a introdução de penas substitutivas no ordenamento jurídico brasileiro, podendo-se citar: Lei n.º 9.503/1997, Lei n.º 9605/1998, Lei 10.259/2001, Lei n.º 11.313/2003, Lei n.º 11.343/2006, entre outras.

⁹⁸ BRASIL. **Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

⁹⁹ BRASIL. **Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 set. 2013

alternativos na justiça criminal, mas passaram a ser “sistemas adicionais, apêndices ou válvulas de escape do insolvente modelo carcerário¹⁰⁰”. Nesse sentido, Ferrajoli¹⁰¹ sustenta que as penas restritivas de direitos e outras semelhantes não são penas alternativas, pois “não excluem, mas integram a pena privativa de liberdade, no curso de cuja execução podem ser aplicadas na maneira inevitavelmente arbitrária e discriminatória”.

Isso porque o escopo do processo continua sendo a imposição de uma “pena” em face do preceito secundário da norma penal incriminadora e da instrumentalidade processual. E como toda sanção penal, apesar de substitutiva, quando descumprida, retorna ao foco principal, prosseguindo ou iniciando a demanda e, assim, o ciclo se recomeça.

E, de fato, é assim que a legislação se impõe. O Código Penal preceitua no art. 44, §4º¹⁰² que “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”. Isso significa que se houver alguma falha na prestação de serviço à comunidade, na prestação pecuniária, na limitação de final de semana, na interdição temporária de direitos ou na perda de bens e valores, o juiz da fase executória deverá restabelecer a pena de prisão e o indivíduo será confinado em uma instituição total, passando-se por todas as consequências negativas elencadas no subcapítulo anterior.

Da mesma forma, caso haja descumprimento dos benefícios de suspensão condicional do processo e transação penal, eles são automaticamente revogados (art. 89, §4º, e art. 77, ambos da Lei n.º 9.099/1995¹⁰³), iniciando-se o processo nos seus trâmites regulares até o proferimento de uma sentença e o julgamentos dos recursos cabíveis.

¹⁰⁰CARVALHO DE, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Organizadora: Ruth Maria ChittóGauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 146. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

¹⁰¹FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 385.

¹⁰²BRASIL. **Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

¹⁰³BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

Alexandre Wunderlich¹⁰⁴ elenca as consequências negativas do Juizado Especial Criminal na prática forense:

O cenário é de horror. Vislumbro um euforismo apagado, uma revolução que não deu certo, um notável avanço que se notabilizou retrocesso, um modernismo que é antigo e uma desburocratização que cada vez mais se burocratiza. A Lei n.º 9.099/95, ressalvadas as exceções absolutamente isoladas, não foi e não está sendo aplicada. Só para exemplificar: conciliações impostas às partes, propostas de transação penal quando não há justa causa para o oferecimento de denúncia ou queixa-crime, propostas de transação penal sem qualquer individualização ou obediência à realidade socioeconômica do autor do fato, audiências preliminares realizadas sem a presença de advogados, sem a vítima, sem o representante do ministério público e até sem juiz.

As críticas não se restringem a esses aspectos, pois enquanto os movimentos radicais ressaltam a “impunidade” dos infratores ao cometerem crimes leves, os movimentos de resistência garantistas exaltam que os substitutos processuais são formas de “aplicação da pena sem acusação formal e sem o devido processo legal”, além da não observância das outras violações às garantias constitucionais.

Seguindo as lições do criminalista¹⁰⁵, faz-se imprescindível assinalar que a criação do procedimento sumaríssimo com a introdução da audiência preliminar de conciliação não logrou êxito em tornar o processo menos estigmatizado para o réu e mais satisfativo para a vítima, na medida em que:

[...] a parte adversa (via de regra sob a imputação de ‘autor do fato’) é intimada através de formas e para atos que – no imaginário social leigo – já interpreta como processuais penais, internalizando a perspectiva de estigmatização do réu e, de forma compreensível, pré-assumindo a postura defensiva diante do litígio (que é assim ignorado em sua dimensão de conflito). Essa dinâmica, que muito temos vivenciado em nossa militância profissional, gera incompreensões, descontentamentos e resistência (sobretudo nas partes imputadas como ‘autoras do fato’) que são obstaculizadores de intervenções e posturas de perspectiva mediadora, ou mesmo meramente conciliatória, prejudicando então a resolução dos conflitos e resultando numa (eventual) ‘linha de produção’ de acordos nos litígios fragmentados ou mesmo num ‘frustrante’ momento (seja na percepção e no interesse das partes, seja na percepção ou interesse do Judiciário), uma vez que o caso prosseguirá na direção do estigma, por vezes do crítico sentimento de vingança, mas sempre no ‘afogamento’ das pautas dos Juízes.

Como se não bastasse, os índices de encarceramento aumentaram, demasiadamente, com o passar dos anos. De acordo com a pesquisa do Instituto

¹⁰⁴WUNDERLICH, Alexandre. Vítima no processo penal (Impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95). In: **Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33-34.

¹⁰⁵*Ibidem*, p. 44-45.

Avante Brasil a partir da coleta de dados do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), verifica-se que, mesmo após a superveniência de reformas legislativas nos anos de 1995 e 1998, o crescimento no número de presos no Brasil é gradual e constante. Enquanto em meados de 1999, o número de presos atingia o montante de 194.074 (cento e noventa e quatro mil e setenta e quatro), em junho de 2012 esse número subiu para 549.577 (quinhentos e quarenta e nove mil e quinhentos e setenta e sete).

Luiz Flávio Gomes¹⁰⁶, analisando a pesquisa empírica, reflete que nos últimos dez anos, “houve um aumento de 78% no montante de encarcerados do país” e “considerados os últimos 23 anos (1990/2012), o crescimento chega a 511%, sendo que no mesmo período toda a população nacional aumentou apenas 30%.”.

Nesse sentido, quadro comparativo é suficientemente esclarecedor:

Tabela 03: Sistema Penitenciário Brasileiro

SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO			
ANO	TOTAL PRESOS	CRESCIMENTO PERCENTUAL ANUAL	CRESCIMENTO ABSOLUTO ANUAL
1990	90.000	-	-
1992	114.337	27,0%	24.337
1993	126.152	10,3%	11.815
1994	129.169	2,4%	3.017
1995	148.760	15,2%	19.591
1997	170.602	14,7%	21.842
1999	194.074	13,8%	23.472
2000	232.755	19,9%	38.681
2001	233.859	0,5%	1.104
2002	239.345	2,3%	5.486
2003	308.304	28,8%	68.959
2004	336.358	9,1%	28.054
2005	361.402	7,4%	25.044
2006	401.236	11,0%	39.834
2007	422.590	5,3%	21.354
2008	451.219	6,8%	28.629
2009	473.626	5,0%	22.407
2010	496.251	4,8%	22.625

¹⁰⁶GOMES, Luiz Flávio. **Encarceramento massivo**: População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. RevistaConsultor Jurídico, 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>>. Acesso em 29 set. 2013.

2011	514.582	3,7%	18.331
2012*	549.577	6,8%	34.995
*Dados atualizados até junho/12 de acordo com os dados DEPEN			

Fonte: GOMES, Luiz Flávio. **Encarceramento massivo**: População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2013.

Os dados acima destroem qualquer tentativa de ruptura com o modelo repressivo tradicional, podendo-se afirmar que as reformas mantêm o sistema tradicional de punição, pois, segundo Juarez Cirino dos Santos¹⁰⁷, “a instituição carcerária segue no papel central e, nas suas margens, encontram-se as ferramentas substitutivas”. Partindo dessas premissas, o mesmo penalista¹⁰⁸, ao comentar sobre a inserção das penas restritivas de direito na legislação brasileira, desperta a atenção para a armadilha dos mecanismos legais de desprisionalização:

[...] os substitutos penais não enfraquecem a prisão, mas a revigoram; não diminuem sua necessidade, mas a reforçam; não anulam sua legitimidade, mas a ratificam: são instituições tentaculares cuja eficácia depende da existência revigorada da prisão, o centro nevrálgico que estende o poder de controle, com a possibilidade do reencarceramento se a expectativa comportamental dos controlados não confirmar o prognóstico dos controladores.

Assim, ao contrário do que se projetou, o procedimento sumaríssimo e seus institutos correlatos em nada modificou o paradigma dominante. A tentativa de diminuir o número de pessoas carceradas, de incluir a vítima no processo com a realização de conciliações e de tornar os o procedimento criminal menos burocrático e mais informal, não foi satisfativa. Na interpretação de Geraldo Prado¹⁰⁹ a respeito do benefício de transação penal, o discurso imposto ao suposto autor da infração passa a ser o seguinte: “você tem o direito de ser punido, mas punido por meio de uma pena que não vai te levar à cadeia”.

Pode-se elencar como uma das justificativas para a reduzida eficácia na implantação de um verdadeiro procedimento consensual no Brasil nos conflitos penais a formação meramente técnica e formalista dos magistrados, os quais não possuem interesse na realização de mediação e conciliação na seara penal.

¹⁰⁷Juarez Cirino dos Santos *Apud* CARVALHO DE, Salo. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. In: **Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Organizadora: Ruth Maria ChittóGauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010, p. 161. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

¹⁰⁸Juarez Cirino dos Santos *Apud, Ibidem*, p. 153.

¹⁰⁹PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns Aspectos Controvertidos. In: **Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 85.

Conforme traduz Alexandre Wunderlich, os juízes estão apenas preparados “para ser um decisor e não um conciliador¹¹⁰”. Em decorrência disso, o processo se limita à subsunção do fato à norma, não sendo conduzido de forma humanista e transdisciplinar.

Por outro lado, Rodrigo Ghringhelli de Azevedo¹¹¹ complementa a crítica da falta de diálogo entre as partes e afirma que:

a estrutura cartorária e hermética do sistema judicial anda permanece intocada. A dinâmica de funcionamento da Justiça, com uma demanda enorme de processos e estrutura insuficiente, e a pressão exercida por partes das corregedorias de justiça para que os juízes tenham alta produtividade, aferida pelo número de processos concluídos, acaba levando à adoção de rotinas muitas vezes à margem das previsões legais, como realização de audiência sem a presença do Ministério Público, sem defensores constituídos para o autor do fato e vítima, e especialmente o privilegiamento da transação penal sobre a conciliação, já que esta última exigiria uma maior preocupação dos magistrados/conciliadores em restabelecer o diálogo entre as partes.

Diante de todas as reflexões apresentadas, é possível verificar que as medidas alternativas e suas conseqüentes penas substitutivas falharam ao tentar modificar o paradigma dominante, contribuindo tão somente para fomentá-lo. Apesar dos devidos avanços, as modificações legislativas não retiraram do Estado o *jus puniendi*, na medida em que a resposta punitiva continua sendo etiquetada como uma “pena”, que, apesar de não privar, imediatamente, a liberdade do sujeito, está, até a extinção da punibilidade, condicionada a tal conseqüência.

Chega-se a conclusão de que as medidas tomadas não são, ainda, suficientes para a desburocratização do conflito penal e, finalmente, para a superação da justiça repressiva.

1.4 A cientificidade do processo penal e a falta de participação dos protagonistas envolvidos no conflito

¹¹⁰WUNDERLICH, Alexandre. Vítima no processo penal (Impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95). In: **Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 39.

¹¹¹DE AVEZEDO, Rodrigo Ghringhelli. Conciliar ou punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: **Diálogos sobre Justiça Dialogal**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 72.

Após a exposição da falência da pena privativa de liberdade como resposta estatal à prática de um ato delituoso, imprescindível a análise da dinâmica do processo penal no direito brasileiro com o intuito de demonstrar que a observância de atos processuais não é a forma mais adequada e democrática de responsabilizar o indivíduo pela prática de um crime.

Quando se comete uma conduta criminoso, o Estado, como ente jurídico e político, “avoca para si o direito (e o dever) de proteger a comunidade e também o próprio réu¹¹²”, detendo a titularidade, em regra, exclusiva¹¹³ do poder de punir, com a finalidade de “cumprir sua função de procurar o bem comum¹¹⁴”. Assim, proibindo-se a autotutela, a busca pelo Poder Judiciário torna-se um caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, assegurando-se a todo e qualquer indivíduo, na qualidade de direito fundamental previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal¹¹⁵ e no artigo 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica promulgado mediante o Decreto n.º 678 de 06 de novembro de 1992¹¹⁶) que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e que “toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei¹¹⁷”.

Alexandre Moraes da Rosa, com base na teoria dos jogos, visualiza o processo penal como um jogo assimétrico¹¹⁸ em que o Estado, com o uso do contraditório como garantia da democracia e mediante a guerra de informações,

¹¹²LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Volume 01, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 23.

¹¹³Pertinente excetuar, neste momento, as ações de iniciativa privada, bem como as ações públicas condicionadas à representação do ofendido.

¹¹⁴LOPES JUNIOR, Aury, loc. cit.

¹¹⁵BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

¹¹⁶BRASIL. **Decreto n.º 678**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

¹¹⁷BRASIL. **Decreto n.º 678**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 06 de novembro 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

¹¹⁸O processo penal, assim, é um jogo assimétrico de informação. Os jogadores não possuem, *ex ante*, todas as informações que comporão o acervo processual ao final da instrução e há necessidade constante de reavaliações das táticas utilizadas. No jogo simétrico os jogadores sabem de antemão o conteúdo das informações existentes. Aqui, diferentemente, as informações são antevistas, mas somente acontecem na cena processual, a saber, no decorrer dos subjogos. (...). Nesse sentido: DA ROSA, Alexandre Moraes. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 23.

estratégias e táticas com o fim de vencer a batalha processual, detém “o monopólio da força e justifica a aplicação da pena¹¹⁹”.

O processo criminal passou a ser visto como uma mera soma de atos previstos no ordenamento jurídico, que segundo Moraes da Rosa¹²⁰, estrutura-se em um conjunto de normas jurídicas; que estabelecem expectativas de ganho/perda em momentos específicos (recebimento/rejeição da denúncia; absolvição sumária; produção probatória); condenação/absolvição – em diversas instâncias; mediante jogadas temporalmente indicadas (denúncia/queixa, defesa preliminar, alegações finais, recursos, similares); para os quais o Estado Juiz emite comandos (despachos, interlocutórias, decisões, acórdãos) de vitória/derrota.

O que se percebe é que a persecução penal se tornou um aparelho repressivo, por meio do qual as partes (réu e comunidade, incluindo-se a vítima) depositam o seu conflito nas mãos do Estado e mediante a representação de atores do processo (promotores, juízes, advogados, defensores públicos) buscam a reconstrução de um evento pretérito para, através da principiologia da verdade real, atribuir-se (ou negar-se) a culpa do ato criminoso, mediante o proferimento de decisões científicas e meramente técnicas, as quais, ao final, podem se resultar em uma pena. Na concepção de Daniel Achutti¹²¹,

O processo penal é, portanto, apresentado como a *fórmula mágica* para a solução dos conflitos na contemporaneidade: através de seu arcabouço teórico cientificamente legitimado, assume lugar de destaque e habilita-se como meio eficiente para a reconstrução de um evento pretérito, a atribuição de culpas no presente e a determinação de uma pena a ser cumprida no futuro.

A ciência jurídica instaurou a busca incessante da verdade de todos os acontecimentos enquadrados como desviantes, modulando o processo como uma forma de simplificação dos fenômenos sociais, “deixando de dialogar com a incerteza e com o reino profano da desagregação”, de forma em que “qualquer elemento que estivesse fora dos pressupostos de racionalidade científica não tem

¹¹⁹DA ROSA, Alexandre Moraes. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 27.

¹²⁰*Ibidem*, p. 29-30.

¹²¹ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abri 2013, p. 07.

(tinha) validade¹²²”. O processo penal passou a ser conduzido de uma forma “racionalista, mecanicista e meramente instrumental¹²³” para caracterizar o acontecimento da vida como um ato criminoso, sendo, segundo a concepção tripartida, somente um fato “típico, ilícito e culpável”.

Assim, o crime, ao invés de ser analisado com um problema social, é interpretado como uma mera violação da lei, cabendo ao Estado restabelecer a ordem, mediante a instauração de um processo adversarial com fomentação de interesses opostos (interesses da acusação *versus* interesses da defesa). O Direito, ainda nas lições de Achutti¹²⁴,

passa a operar em uma lógica de auto-suficiência, de auto-produção: códigos, leis e artigos (meros *textos*) como imperativos legais na aplicação do direito, resultando em pouca (ou nenhuma) reflexão acerca do fenômeno jurídico enquanto fato social, cultural, histórico, político, etc. Ou seja, enquanto um fenômeno essencialmente transdisciplinar. O ensino jurídico, por sua vez, é tomado pelas rédeas da codificação e levado a transmitir apenas “o que diz a lei”, levando muitos juristas de diferentes gerações a considerar a norma como a Justiça *em si*.

Segundo Alexandre Morais da Rosa¹²⁵, a concepção de processo, considerando o senso comum imposto pelo direito, é “um conjunto de atos preordenados a um fim, ou seja, a atividade exercida pelo juiz no exercício da jurisdição, sendo o procedimento seu aspecto meramente formal”. Assim, o processo acaba ficando cabe vez mais burocrático em formas, modelos e ritos, o que, por si só, faz desaparecer a sua estrutura democrática.

Define-se, assim, que, a partir do paradigma retribucionista, o objetivo do processo é a determinação de culpa e administração de dor através de profissionais que representam os interesses do réu e do Estado¹²⁶. Assim, nas exatas palavras de Howard Zehr¹²⁷, o atual paradigma “afasta o processo de justiça dos indivíduos e da comunidade que foram afetados pelo delito. Vítima e ofensor tornam-se espectadores que não participam de seu próprio processo”.

¹²²ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abri 2013, p. 04

¹²³*Ibidem*, p. 05.

¹²⁴*Ibidem*, p. 06.

¹²⁵DA ROSA, Alexandre Morais. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 257-258.

¹²⁶ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 74.

¹²⁷*Ibidem*, p. 76.

Isso porque a justiça criminal vigente apresenta a ideia descrita por Raffaella da Porciuncula Pallamolla, no sentido de que “a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer, e esta não se desvincula da imposição de dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime¹²⁸”.

Em face dessas considerações preliminares, pode-se afirmar que as partes interessadas no conflito não integram efetivamente o processo, pois suas participações restringem-se a eventos esporádicos. Apesar de o réu possuir diversas oportunidades para a apresentação de sua defesa técnica, principalmente aquelas elencadas nos artigos 396-A e 403, §3º, do Código de Processo Penal¹²⁹, sem prejuízo dos eventuais recursos cabíveis, ele tem uma única oportunidade de contar a sua própria versão dos fatos, pois esta fase se restringe ao interrogatório judicial (art. 185 a 196 do mesmo diploma processual¹³⁰).

Conforme demonstra Albert Camus¹³¹, em sua clássica obra literária intitulada “O Estrangeiro”, Mersault, personagem principal da história, depara-se réu em um processo criminal. Com o advento da instrução processual, o personagem demonstra a real distância entre acusado e advogado/promotor, mas, principalmente, em relação ao juiz, refletindo que, apesar do processo existir em razão de sua conduta delituosa, ele, na condição de réu, não possuía voz no processo, sentindo-se um estranho ou, para fazer *jus* ao nome da obra, um estrangeiro. De forma mais agravante, Franz Kafka¹³², em outro clássico literário

¹²⁸PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 68.

¹²⁹BRASIL. **Decreto Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2013.

¹³⁰*Ibidem*.

¹³¹Em diversos momentos da obra, Camus descreve pensamentos marcantes da personagem principal na condição de réu. Um deles é, por demais, esclarecedor: “Mesmo no banco dos réus, é sempre interessante ouvir falar de si mesmo. Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime. Eram, aliás, assim tão diferentes estes discursos? O advogado levantava os braços e admitia a culpa, mas com atenuantes. O promotor estendia as mãos e denunciava a culpabilidade, mas sem atenuantes. No entanto, uma coisa me incomodava vagamente. Apesar das minhas preocupações, às vezes eu ficava tentado a intervir e meu advogado dizia, então, ‘cale-se, é melhor para o seu caso’. De algum modo, pareciam tratar deste caso à margem de mim. Tudo se rolava sem a minha intervenção. Acertaram o meu destino, sem me pedir uma opinião. De vez em quando, tinha vontade de dizer: ‘Mas afinal quem é o acusado? É importante ser o acusado. E tenho algo a dizer.’ Nesse sentido: CAMUS, Albert. **Estado de sítio; O estrangeiro**. Tradução: Maria Jachinta e Antonio Quadros. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 269.

¹³²Nesta obra, Kafka, no mesmo sentido de Camus, transmite o sentimento de Franz ao ser processo sem saber, sequer, o motivo. Um deles é um dos momentos de interrogatório: “(...) O que pretendo é simplesmente tornar pública uma situação de injustiça. Escutem vocês: há cerca de dez dias fui detido; eu mesmo me rio deste fato, mas não é próprio que eu faça aqui. Uma manhã bem cedo fui

denominado “O processo”, demonstra o sentimento de angústia e revolta que a personagem central, Josef K., passa desde o momento de sua detenção até a sua morte em razão não ter conhecimento do motivo pelo qual estava sendo processado e de quem o tinha denunciado às autoridades competentes. No desenrolar da história, fica evidente a insegurança que Josef K. sentia das práticas arbitrárias da polícia, do promotor, do advogado, das testemunhas, e, finalmente, do juiz. Não há restauração ante supressão de garantias constitucionais ou violação da dignidade da pessoa humana.

Desse modo, a literatura apenas corrobora a realidade ocorrida na prática processual¹³³. Francesco Carnelutti, ao escrever sobre as misérias do processo penal, afirma que “o juiz não tem paciência e se a tivesse não teria o tempo para escutar a história do acusado, nem mesmo por resumo¹³⁴”.

E, de fato, não há tempo e interesse de escutar, além da versão do fato delituoso, a realidade em que vive o réu, os motivos pelos quais ensejaram o cometimento da conduta desviante, bem como se lhe comete algum sentimento de arrependimento, de aflição e, quem sabe, de vergonha. Os interrogatórios são rápidos e pragmáticos, na medida em que possuem a finalidade de comprovar os requisitos indispensáveis para a tipificação penal ou eventual excludente previsto em lei¹³⁵, quando não possuem o único objetivo de definir os parâmetros a serem utilizados na fixação da pena¹³⁶. Além do mais, muitos acusados não possuem conhecimento do *real* motivo pelo qual estão sendo denunciados, tampouco possuem esclarecimentos das questões relativas ao andamento do processo, na medida em que lhe são repassadas informações meramente formais da acusação, como, por exemplo, o(s) crime(s) tipificado(s) pelo órgão do Ministério Público.

Os magistrados, engessados no paradigma consolidado, dizem apenas que: “devo saber aquilo que você foi para estabelecer aquilo que será. Foi um

assaltado em meu próprio leito; talvez se tivesse determinado a ordem de detenção (pois conforme o que disse o juiz da instrução acaba de dizer fica excluída essa possibilidade) contra algum pintor de pincel gordo que provavelmente seja tão inocente como eu; mas o caso é que escolheram a mim. Dois grosseiros guardas de polícia ocuparam a sala pegada à minha. Se eu fora um bandido perigoso não teriam podido tomar precauções maiores.”. Nesse sentido: KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução: Torrieri Guimarães. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 77.

¹³³ A referência à literatura é aqui meramente ilustrativa. No entanto, não se desconhece a importância e a vinculação possível entre o tema desta pesquisa com o movimento de Direito de Literatura.

¹³⁴ CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: CL EDIJUR, 2013, p. 53.

¹³⁵ Englobam-se as excludentes de tipicidade, de ilicitude, de culpabilidade e demais institutos penais previstos no Código Penal.

¹³⁶ Neste momento, faz-se referência às fases de fixação da pena: primeira fase (art. 59, CP); segunda Fase (agravantes e atenuantes); e terceira fase (majorantes e minorantes).

delinquente; será um encarcerado. Fez sofrer; sofrerá. Não soube usar sua liberdade; será recluso¹³⁷”.

Enquanto as pessoas diretamente envolvidas no conflito (vítima e réu) possuem uma função secundária; o advogado, o representante do órgão acusatório e o Estado, na figura do magistrado, “que nada podem fazer para *solucionar* o conflito ou para, pelo menos, *apaziguá-lo*, emergem como protagonistas no cenário processual¹³⁸”. Achutti¹³⁹, de forma esclarecedora, expõe a problemática:

Acusado e vítima não possuem local de fala, enquanto juiz, acusador e defensor “dialogam” interminavelmente entre si, atribuindo àqueles um papel meramente coadjuvante, pois *não possuem o conhecimento técnico necessário para enfrentar o processo penal*. Evidentemente que não possuem o referido conhecimento técnico, pois justamente *não são técnicos em direito processual penal*. Não poderia mesmo ser diferente. E essa exclusão, típica dos modernos e, especialmente, dos juristas inviabiliza uma justiça criminal menos dolorosa e mais dialogal: a dor vem com a técnica, e o silêncio, com a desculpa do desconhecimento científico. Como se vê, nada mudou nos últimos mil anos...

Adentrando na legislação brasileira em vigor, é possível afirmar que o Código de Processo Penal peca pela pequena participação direta do réu no processo¹⁴⁰, retirando seu status de protagonista do conflito. Todavia, a falta de participação da vítima torna a situação mais delicada, pois, nas palavras de Achutti, “as vítimas nos processos penais, quando não são mortas, igualmente não possuem fala¹⁴¹”.

Não há que se negar que a promulgação da Lei n.º 11.690, de 09 de junho de 2008, introduziu modificações relevantes no estatuto processual. No que tange à participação da vítima no processo penal é possível afirmar que o artigo 201 foi, substancialmente, alterado¹⁴². Hodiernamente, o ofendido tem o direito de ser

¹³⁷CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: CL EDIJUR, 2013, p. 60.

¹³⁸ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abril 2013, p. 13.

¹³⁹*Ibidem*.

¹⁴⁰Importante registrar que se está enfatizando, tão somente, a defesa pessoal do réu, desconsiderando as inúmeras oportunidades de defesas técnicas durante o processo.

¹⁴¹ACHUTTI, Daniel, op. cit., p. 14.

¹⁴²O artigo 201 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação com a Lei n.º 11.690, de 09 de junho de 2008: Art. 201. Sempre que possível, o ofendido será qualificado e perguntado sobre as circunstâncias da infração, quem seja ou presuma ser o seu autor, as provas que possa indicar, tomando-se por termo as suas declarações. § 1º Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade. § 2º O ofendido será comunicado dos atos processuais relativos ao ingresso e à saída do acusado da prisão, à designação de data para audiência e à sentença e respectivos acórdãos que a mantenham ou modifiquem. § 3º As comunicações ao ofendido deverão ser feitas no endereço por ele indicado, admitindo-se, por opção do ofendido, o uso de meio eletrônico. § 4º Antes do início da audiência e durante a sua realização, será reservado espaço separado para o ofendido. § 5º Se o juiz entender

comunicado de todos os atos processuais relativos à prisão ou liberdade do acusado, à designação de audiência judicial e à sentença e respectivos acórdãos que a mantêm ou a modifiquem. Essa é uma das inovações mais significativas, na medida em que, antes da alteração legislativa, a vítima para ter conhecimento de tais fatos deveria, necessariamente, habilitar-se no processo, por meio de um defensor, na condição de assistente de acusação. Ainda com a nova redação do art. 201, o Poder Judiciário deve assegurar ao ofendido toda a proteção necessária a sua intimidade, a sua vida privada, a sua honra e a sua imagem, podendo, inclusive, encaminhá-lo a atendimentos multidisciplinares, nas áreas de psicossocial, de assistência jurídica e de saúde.

Não obstante os avanços legislativos é possível afirmar que eles não foram suficientes para aumentar o papel da vítima no processo¹⁴³. Isso porque o ofendido continua sendo considerado um mero *informante* nos autos, não possuindo a importância necessária para a instrução do processo e para a futura decisão final a ser tomada pelo Juiz. A doutrina, ainda, filia-se à tese arcaica de que “é natural que a palavra da vítima tenha menor valor probatório e, principalmente, menor credibilidade, por seu profundo comprometimento com o fato¹⁴⁴”, sob o argumento de que ela está contaminada pelo conflito, acarretando, segundo Aury Lopes Junior¹⁴⁵, interesses nos mais diversos sentidos, seja para beneficiar o acusado como também para prejudicar um inocente, abrindo-se a possibilidade de que vítima minta impunemente, na medida em que, em termos processuais, não presta compromisso de dizer a verdade.

Com base nos argumentos acima, o processo não abre oportunidade de diálogo entre os protagonistas envolvidos no conflito. Isso, provavelmente, ocorre em razão de que no direito penal o crime é definido como uma ofensa contra o Estado, sendo que este “e não o indivíduo é definido como vítima. É o Estado e

necessário, poderá encaminhar o ofendido para atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde, a expensas do ofensor ou do Estado. § 6º O juiz tomará as providências necessárias à preservação da intimidade, vida privada, honra e imagem do ofendido, podendo, inclusive, determinar o segredo de justiça em relação aos dados, depoimentos e outras informações constantes dos autos a seu respeito para evitar sua exposição aos meios de comunicação.

¹⁴³ Neste aspecto, vale dizer que as mudanças paradigmáticas não se dão meramente com reformas legislativas. A transição da justiça repressiva para a justiça restaurativa não se dará por reformas legislativas ou por sua institucionalização, mas por uma refundação paradigmática.

¹⁴⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Volume 01, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 649.

¹⁴⁵ *Ibidem*.

somente o Estado quem pode reagir¹⁴⁶”. Nessa linha de raciocínio, Pallamolla adiciona à questão o fato de que “ofensa e culpa são definidas em termos legais (violação da norma), enquanto que questões éticas e sociais relacionadas ao evento são afastadas¹⁴⁷”. Assim, a vítima é, manifestamente, negligenciada, não possuindo as suas necessidades e anseios atendidos.

Em face de todas essas deficiências, já anunciava Carnelutti que o processo, por si só, é “uma pobre coisa¹⁴⁸”, e, apesar do reconhecimento de sua necessidade, imprescindível decretar a sua insuficiência.

Cabe a superação da atual crise, mediante a implantação de uma nova política criminal a fim de interpretar o ato criminoso não mais como uma mera infração de lei imposta pelo Estado, mas como um fenômeno complexo “avesso de respostas binárias, unívocas e universas¹⁴⁹”, pois conforme preconiza Carvalho, precisam-se refletir modos “alheios à pretensão de verdade inerente à vontade de sistema que orientou os modelos científicos modernos¹⁵⁰”.

Portanto, enfrentando o tema da insustentabilidade do atual paradigma punitivo-retributivo, pertinentes as seguintes indagações propostas por Achutti¹⁵¹: “para tentarmos dar um passo além de nossa arrogância jurídico-moderna, há alternativa que não o processo penal?”, mais para isso “será possível estabelecermos um diálogo *no* processo penal sem que com isso sejamos obrigados a abrir mão dos direitos humanos?” Os defensores da Justiça Restaurativa acreditam que sim, motivo pelo qual este será o campo de discussão desenvolvido no próximo capítulo da presente monografia.

¹⁴⁶ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 78.

¹⁴⁷PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 71.

¹⁴⁸CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: CL EDIJUR, 2013, p. 55.

¹⁴⁹CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 121.

¹⁵⁰*Ibidem*, p. 121.

¹⁵¹ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abri 2013, p. 14.

2 A REDEFINIÇÃO DE JUSTIÇA NA PERSPECTIVA RESTAURATIVA

*[...] A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que a vítima irá para casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Nem sempre é agradável vivenciar, passar pela experiência da justiça. Mas ao menos saberemos que ela existiu porque participamos dela ao invés de ter alguém a fazer isso por nós. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça [...]*¹⁵².

*E, se no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamento 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 'práticas retributiva', trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades? Os defensores da justiça restaurativa acreditam que sim.*¹⁵³

2.1 Os pilares e os princípios que alicerçam a Justiça Restaurativa e suas diferenças com o paradigma dominante

Com a tentativa de superar a crise da justiça retributiva, elencam-se como alternativas no tratamento de conflito penal as chamadas soluções conciliatórias ou informalizantes. Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo menciona que nas comunidades contemporâneas a mediação penal está obtendo rápida adesão e possui como finalidade a busca por alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas do que as oferecidas pelo sistema já existente, permitindo um “tratamento individualizado, particularista, de cada caso concreto, ao invés de orientação pela generalidade e universalidade das normas jurídicas”¹⁵⁴.

Em face dessa mudança gradativa de pensamento, é possível afirmar que a solução punitiva do conflito é somente uma das soluções possíveis para o seu tratamento. Zaffaroni e Pierangeli ensinam que o sistema punitivo, no seu viés eliminatório ou retributivo escolhido pela Modernidade é “somente uma alternativa

¹⁵²ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 191-192.

¹⁵³ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 236.

¹⁵⁴DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou punir? – Dilemas do controle Penal na Época da Contemporânea. In: **Diálogos sobre a Justiça Dialogal**: Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal. Organizadores: Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 67.

que exclui a possibilidade de outras formas de resolver os conflitos¹⁵⁵, podendo ser citadas as soluções reparatórias, terapêuticas e conciliatórias.

Considerando essas múltiplas hipóteses de tratamento do conflito, buscou-se, a partir da década de sessenta e setenta, formas alternativas de tratamento de litígios¹⁵⁶ com o objetivo de restabelecer, em um ambiente mais humano e cuidadoso e em uma estrutura menos burocrática e mais próxima do meio social, o diálogo entre os protagonistas envolvidos no conflito penal, diminuindo-se a ênfase no uso de profissionais e da linguagem legal formal do direito, com o intuito de se substituir a adjudicação de dor e de culpa por mediação e conciliação entre as partes.

Todavia, segundo os ensinamentos de Pallamolla, foi na década de noventa que o tema voltou a atrair o interesse de pesquisadores como um “caminho para reverter a situação de ineficiência e altos custos, tanto financeiros como humanos, do sistema de justiça tradicional e o fracasso desse sistema¹⁵⁷”. Buscava-se, segundo André Gomma de Azevedo¹⁵⁸,

novos (e mais eficientes) mecanismos de resolução de litígios voltados não apenas a transformar o ordenamento processual penal em um mecanismo retributivo mais eficiente mas também voltado a ressocialização, prevenção,

¹⁵⁵ Os doutrinadores demonstram essa afirmação, através de um didático exemplo: “Isso significa que em qualquer situação conflitiva a solução punitiva do conflito é somente uma das soluções possíveis. Um autor contemporâneo exemplifica com o caso de cinco estudantes que moram juntos e um deles, em certo momento, golpeia e quebra o televisor. Cada um dos restantes analisará o acontecimento à sua maneira e adotará uma atitude diferente. Um, furioso, declarará que não quer mais viver com o primeiro; outro reclamará que pague o dano ou compre outro televisor novo; outro afirmará que seguramente não está em seu perfeito juízo; e o último observará que, para que tenha lugar um fato desta natureza, algo deve andar mal na comunidade, o que exige um exame comum de consciência (Huslman). Estas diferentes reações mostram quatro estilos diversos para resolver um conflito: o punitivo, o reparatório, o terapêutico e o conciliatório.”. Nesse sentido: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 59.

¹⁵⁶ Salienta-se que modelos alternativos no tratamento do conflito não são tratados neste trabalho como forma de abolição ao sistema atual, sendo que a Justiça Restaurativa deve ser encarada como uma complementação da justiça tradicional, na medida em que não descarta todas as garantias historicamente conquistadas e estabelecidas na Constituição Federal de 1988, mas tem como objetivo apenas preencher as lacunas da jurisdição repressiva e substituir as medidas consideradas defasadas e insustentáveis para a efetiva responsabilização criminal.

¹⁵⁷ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 34.

¹⁵⁸ DE AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_coletaanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 136.

redução dos efeitos da vitimização, educação, empoderamento e humanização do conflito.

Ademais, a dignidade da pessoa humana “recupera o valor de direito fundamental e passa a ser objeto central do discurso jurídico¹⁵⁹”, sendo entendido que todo e qualquer ser humano precisa ter a sua dignidade respeitada, não se admitindo condutas estatais em sentido contrário. Confirmando tal realidade, a Constituição Federal de 1988 elencou em seu artigo 1º a dignidade da pessoa humana como princípio da República Federativa do Brasil, outorgando ao texto constitucional “uma maior pretensão da eficácia e efetividade¹⁶⁰”. Dalmo de Abreu Dallari¹⁶¹ esclarece essa concepção:

O novo humanismo, que é a base de uma nova concepção do próprio Direito, assim como do constitucionalismo, afirma a supremacia da pessoa humana na escala de valores, mas de todas as pessoas humanas, sem qualquer espécie de discriminação ou privilégio, exigindo, além disso, que a afirmação da pessoa humana como valor supremo tenha sentido prático e se confirme no plano da realidade, não se restringindo a meras afirmações teóricas e formais.

Desse modo, ao contrário do que propôs Beccaria, o sistema penal tradicional passou a impor práticas punitivas dolorosas, trazendo consequências negativas tanto para a integridade física, mas, principalmente, para a mente do apenado, contrariando os pilares do Estado Democrático de Direito. Atingiu-se um ponto em que, conforme propõe Renato Campos Pinto de Vitto, “é preciso definir o que, de fato, se pretende construir por meio do nosso sistema de Justiça: uma nação de jaulas ou uma nação de cidadãos¹⁶²”.

Nesse contexto de peremptória modificação de discurso, inserem-se os pilares e os princípios da Justiça Restaurativa, que, segundo Howard Zehr¹⁶³, retira o crime de seu “pedestal abstrato”, compreendo-o como “um dano e uma violação

¹⁵⁹SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 99.

¹⁶⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

¹⁶¹DALLARI, Damo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos: da Idade Média ao Século XXI**. São Paulo, 2010, p. 290.

¹⁶²DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 41.

¹⁶³ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 170.

de pessoas e de relacionamentos”, de modo em que o tratamento do conflito se concentra na reparação¹⁶⁴ da vítima e na responsabilização do infrator e apenas não na punição deste último, sem, contudo, abalar o sistema de proteção dos direitos humanos construídos historicamente. Isso porque não se trata de um modelo propriamente diversório em que há renúncia das garantias e dos direitos alcançados, mas tão somente a recepção de um modelo de alternativas, enfatizando a ideia de que vivemos em um momento de transição paradigmática.

Apesar da inexistência de um conceito unânime do que seja Justiça Restaurativa, Saliba, por exemplo, define-a como sendo um processo de soberania e democracia participativa através de um diálogo das partes envolvidas no conflito e da comunidade para a melhor solução do caso, “numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação¹⁶⁵”. Trata-se, em linhas gerais, de um processo relativamente informal em espaços comunitários, sem o “peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário¹⁶⁶”, com a intervenção de facilitadores através de técnicas de conciliação, mediação e transação para se alcançar a restauração, através da satisfação das “necessidades individuais e coletivas das partes”, e, finalmente, “lograr a reintegração social da vítima e do infrator¹⁶⁷”.

A restauração do conflito não se prende a “diálogos a fins determinados”, tampouco uma “resposta pontual¹⁶⁸”, mas garante o total respeito ao ser humano e sua capacidade de autodeterminação (individual e coletiva). Saliba acrescenta, além do princípio da dignidade da pessoa humana, mais três que norteiam a Justiça Restaurativa, elencando o princípio do processo comunicacional, da resolução alternativa e efetiva dos conflitos e do consenso¹⁶⁹. O mesmo autor¹⁷⁰ sintetiza que:

¹⁶⁴Neste sentido, importante sublinhar que por reparação do dano quer-se transcender a perspectiva repressiva para atingir-se a efetiva restauração. Não se desconhece que dentro do paradigma dominante, há também reparação do dano, porém sem a sua restauração da vítima e do infrator.

¹⁶⁵SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 148.

¹⁶⁶PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 20.

¹⁶⁷*Ibidem*, p. 20.

¹⁶⁸SALIBA, Marcelo Gonçalves, op. cit., p. 152.

¹⁶⁹*Ibidem*, p. 153-154.

¹⁷⁰*Ibidem*, p. 152-153.

Os princípios e as características apresentados diferenciam a justiça restaurativa da justiça pena retributiva, pois naquela há participação, discussão, conscientização, compreensão, solução dos problemas passados, análise dos problemas presentes e preparação dos problemas futuros, enquanto na justiça penal tradicional há imposição e não, discussão, retribuição pelo fato passado, desproporcionalidade, esbulho da vontade e interesse das partes, afastamento da comunidade. No tradicional modelo, inexistente composição de conflitos, mas sim, repressão, o que lhes dá, muitas vezes, um caráter mais grave que seu próprio contexto originário, criando novos conflitos dentro e fora do contexto fático e original levado a juízo.

Imprescindível acrescentar os princípios básicos elencados na Resolução n.º 2002/12, de 24 de julho de 2002¹⁷¹, do Conselho Social e Econômico da Organização das Nações Unidas (ONU), que contribuíram para consolidar referências internacionais no âmbito da regulamentação da Justiça Restaurativa e suas práticas decorrentes. Conforme expressa Pallamolla, tais princípios ajudam a estender conciliações e mediações em casos criminais, além de “pretender delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores¹⁷²”, com o intuito de limitar e estabelecer os processos e os resultados restaurativos. Tal principiologia não pretende, de forma alguma, institucionalizar a Justiça Restaurativa, mas tão somente guiar os Estados a introduzir esse tipo de prática na seara penal. A ONU apenas dispôs de regras flexíveis para que haja uma facilidade de adequação às normas nacionais dos Estados que optarem a aderir esse tipo de sistema.

Além disso, os procedimentos restaurativos devem observar diversos valores fundamentais, podendo ser citados apenas a título de exemplo: a participação dos afetados pelo crime; o respeito aos direitos dos seres humanos, independente de suas ações serem boas ou más, da cultura, da raça, da classe social e da religião; a honestidade no falar e no agir, sem ocultar sentimentos pessoais e responsabilidades morais provocados pelo ato delituoso; a humildade no reconhecimento da vulnerabilidade das pessoas envolvidas; a interconexão da prática do crime com a sociedade, fazendo o ambiente comunitário o cenário ideal para tratar as consequências (e as causas) da transgressão e traçar um caminho

¹⁷¹Cabe mencionar que a Resolução 2002/12 da ONU será utilizada, nos próximos subcapítulos do presente trabalho monográfico, como respaldo para explicar os tipos de práticas restaurativas possíveis neste modelo emergente de justiça criminal. Nesse sentido: ONU, **Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002**. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UI7gOdLyKGt>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

¹⁷²PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 87.

restaurativo para o futuro; a responsabilidade dos infratores por terem causado um dano a outrem, obtendo-se a reparação dos prejuízos e, quiçá, o perdão daqueles a quem eles trataram com desrespeito; o empoderamento das vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas; e, finalmente, a esperança de cura das vítimas, de mudança dos infratores e de maior civilidade para a sociedade¹⁷³.

As consequências decorrentes da aplicação desses valores são, segundo Pedro Scuro Neto¹⁷⁴, a inclusão das partes envolvidas no conflito para colocarem seus pontos de vista e referirem seus interesses; o encontro entre elas; a reparação; e a reintegração do ofensor à comunidade. Assim, a retribuição de culpa e de pena passa a ser substituído pela busca de consensualidade entre as partes, reconhecendo a autonomia do ser humano para enfrentar seus próprios conflitos, retirando do Estado o papel de legitimador exclusivo do *jus puniendi* e, conseqüentemente, rompendo com a ideia de que as consequências do crime são de propriedade exclusivamente estatal.

Segundo as lições de Boaventura de Sousa Santos, apesar de estar consolidado o direito estatal como o modo de juridicidade dominante, “do ponto de vista sociológico, o Estado contemporâneo não tem o monopólio da produção e distribuição do direito¹⁷⁵”, devendo ele coexistir na sociedade com outros modos de resolução de conflito. Assim, o mesmo autor continua afirmando que uma das reformas da administração de justiça se refere à “criação de um novo tipo de relacionamento entre os vários participantes no processo, mais informal, mais horizontal, visando um processamento mais intelegível e uma participação mais activa das partes¹⁷⁶”.

¹⁷³MARSHALL, Chris; BOYACH Jim; BOWEN Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 271-273 passim.

¹⁷⁴ SCURO NETO, Pedro *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 66.

¹⁷⁵ SANTOS, Boaventura de Souza. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 13ed., São Paulo: Cortez, 2010, p. 175-176, passim.

¹⁷⁶*Ibidem*, p. 176.

Corroborando com a necessidade de ser retirado o Estado do relacionamento conflituoso, Eduardo Rezende Melo¹⁷⁷ discorda da atual visão vertical de justiça, que visa a mera resposta punitiva estatal, e aduz que o modelo restaurativo defende o tratamento do conflito por um viés horizontal e pluralista, de forma em que os próprios envolvidos devem afirmar através do reconhecimento do “Outro” e de seus eventuais erros, qual a responsabilização mais justa e adequada ao caso específico. Nesse sentido, afirma que:

Por isso a insistência de que o pluralismo que um modelo restaurativo de justiça nos permite entrever é este, de que as avaliações que realizamos não se remetem logicamente a valores dos quais deduzimos as condutas que haveremos de adotar, mas se referem, pelo contrário, a maneiras de ser, de viver, de sentir que haveremos, em nossa singularidade existencial, de procurar estruturar e justificar, com tudo aquilo de que somos providos – sentimentos, paixões, razões -, para nos afirmarmos no mundo. E esta afirmação há de ser feita perante um Outro concreto com o qual nos relacionamos, com seu modo de existência todo diverso, incapaz ele também de, por si, nos entender.

Em outras palavras, mas partindo da mesma ideia, Achutti, utilizando-se dos pensamentos de Salo de Carvalho, afirma que “a concentração do poder nas mãos do juiz tende a sobrevalorizar a sua função e a reforçar a ideia de que o magistrado é, de fato, o personagem principal no ritual processual¹⁷⁸”. Não se pode olvidar que o conflito é de pessoas, e a elas deve ser devolvido o seu enfrentamento, para que não vire mera burocracia sem sentido e um fim em si mesmo.

Ao contrário da justiça retributiva, Zehr defende que a restaurativa propõe uma “nova lente¹⁷⁹” de analisar o crime, na medida em que não o trata como uma mera violação de lei contra o Estado, mas como uma violação de relacionamentos entre pessoas. Enquanto na primeira as partes principais envolvidas são o réu e o Estado, na segunda os protagonistas são a vítima, o ofensor e a comunidade; e, por fim, ao passo que o paradigma dominante tem como finalidade a imposição de dor e de culpa através de um longo processo penal que resultará em uma árdua punição,

¹⁷⁷ REZENDE, Eduardo. Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <http://200.169.22.139/justica21orgbr/interno.php?ativo=BIBLIOTECA&sub_ativo=RESUMO&artigo=185&PHPSESSID=9e63c418a5749f17042639d6f432a947>. Acesso em: 23 out. 2013, p. 11.

¹⁷⁸ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013, p. 12.

¹⁷⁹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 169.

esta nova forma de realizar justiça objetiva promover uma efetiva responsabilização através da reparação, da reconciliação e da recuperação das partes com a ajuda da comunidade local.

Na medida em que a retribuição busca o equilíbrio “baixando o ofensor ao nível onde foi parar a vítima”, a restituição, por outro lado, possui a finalidade de “elevar a vítima a seu nível original¹⁸⁰”. Através de encontros voluntários e com ajuda de facilitadores, cria-se um cenário confortável e menos institucionalizado para se indagar dúvidas das vítimas e eventuais arrependimentos do ofensor, sem olvidar o papel da comunidade para intermediar esse diálogo. Dessa forma, os questionamentos entre os protagonistas objetivam substituir a imagem de criminosos por rostos de pessoas que erraram e precisam responder pelos seus atos. Nesse mesmo sentido, destaca Achutti¹⁸¹ que:

[...] a abordagem do *agir criminoso* – aquele atribuível apenas ao humano absolutamente racional, como uma ação intencionalmente praticada – pode deixar de isolar os demais integrantes do cenário social do sujeito e, assim, permitir que não se responsabilize exclusivamente como *culpado* pelo crime. Não se pretende desvincular uma ação de seu autor, mas apenas ampliar a abordagem, de forma a tentar compreender o delito como algo maior e mais complexo do que apenas uma *conduta humana livre e consciente direcionada a determinado fim*.

A Justiça Restaurativa, ao invés de somente imputar o crime a alguém, tenta compreendê-lo na sua essência, oportunizando, a partir de conversas entre as partes, a reparação da vítima e a reintegração do ofensor ao meio social. Assim, ao contrário do processo penal tradicional, o foco não está centrado no fato delituoso ocorrido no passado, pois o modelo restaurativo possui outra relação com o tempo na medida em que prioriza o presente (através do diálogo) e, principalmente, o futuro (através da prevenção de condutas semelhantes). Isso porque as partes envolvidas se reúnem para “solucionar coletivamente como lidar com o resultado do crime e suas implicações para o futuro¹⁸²”.

¹⁸⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 183.

¹⁸¹ ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013, p. 10.

¹⁸² FROESTAD, Jan; SHEARING, CLIFFORD. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethamba de Resolução de Conflitos. In: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 79.

Como forma de substituir a cultura de culpa para a cultura de aprendizado, demonstrou Saliba que a diferença entre os dois modelos torna-se estrutural, pois “por meio do diálogo e da participação com responsabilidade no processo decisório se constrói um novo modelo de justiça¹⁸³”, tendo em vista que ela seria obtida não mais por merecimento, mas por necessidade, na medida em que o preenchimento dos anseios emocionais é “ponto chave para a obtenção e manutenção de uma sociedade civil saudável¹⁸⁴”.

Ultrapassada a questão comparativa, cabe analisar discussões a respeito da relação desses dois sistemas de justiça. Afinal, o modelo restaurativo deve atuar fora do sistema criminal já consolidado (como efetiva alternativa) ou ele deve estar inserido nele (como forma de complementação)? Em outras palavras, essa nova modalidade de tratamento do conflito penal seria compatível com o sistema criminal tradicional ou a introdução de práticas de reparação e de recuperação da vítima, do infrator e da comunidade, é, por si só, excludente ao que, hoje, entende-se por justiça?

Em frente a essa questão, surgiram duas grandes vertentes¹⁸⁵. A primeira, denominada minimalista, explica que a reparação do crime deve excluir quaisquer elementos e finalidades da justiça tradicional, não ocorrendo, primeiramente, a ingerência do Estado. Segundo Pallamolla, recentemente, os adeptos desse modelo minoraram a rigidez desse entendimento e aceitaram que “a justiça restaurativa deve manter-se afastada do sistema penal, porém sob fiscalização do Estado, para

¹⁸³SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 157.

¹⁸⁴KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 80.

¹⁸⁵Aprofundando o assunto, Pallamolla utiliza a classificação feita por Van Ness e contribuições de Groenhuisen. Esses autores dividem a justiça restaurativa em quatro modelos possíveis. “O primeiro é o unificado (*unifiedmodel*), em que a sistema de justiça criminal passa a ser totalmente restaurativo e toma o lugar do modelo anterior com seus valores e propósitos. [...] O segundo modelo é chamado de *dual trackmodel*, Nele o sistema de justiça criminal opera lado a lado com o sistema de justiça restaurativa, porém este mantém a independência normativa em relação àquele. Há uma cooperação eventual entre os sistemas através de passagens que permitem aos participantes mudar de um sistema para o outro [...]. O terceiro modelo descrito por Van Ness é chamado de *backuomodel* é uma variação dos dois anteriores. É orientado à unificação dos sistemas de justiça criminal e restaurativa, porém compreende a justiça criminal como um suporte que atua de forma residual, somente nos casos em que a justiça restaurativa não obtiver êxito ou não puder funcionar como, por exemplo, nas hipóteses em que se discute culpa do ofensor. O quarto e último modelo é o modelo híbrido (*hybridmodel*) em que parte do sistema normativo possui valores restaurativo e a outra possui valores de justiça criminal tradicional, sendo que a justiça restaurativa fica limitada à fase da sentença. [...]”. Nesse sentido: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 85/86.

evitar abuso ou violações de direitos¹⁸⁶.” No que tange a esse modelo, é necessário afirmar, ainda, que em razão de ele ser cooperativo, torna-se imprescindível a voluntariedade das partes na participação dos encontros.

Em contrapartida, a segunda concepção, denominada maximalista, parte do pressuposto de que a Justiça Restaurativa precisa estar integrada ao sistema tradicional com o intuito de reformá-lo com os princípios restaurativos acima referidos. Todavia, conforme esclarece Pallamolla, a inserção de práticas restaurativas no paradigma existente “pode obscurecer os limites e os objetivos da mesma e fazer com que seja absorvida pelo sistema tradicional¹⁸⁷”. Defendem, ademais, que apesar da voluntariedade da participação dos envolvidos trazer resultados mais satisfativos, não se exclui a legitimidade do uso da coerção judicial para ordenar a reparação com intuito de se atingir um fim restaurativo, pois a obrigação legal seria apenas um meio para atingir um fim satisfatório para a vítima.

Desse modo, ao contrário da primeira teoria que prioriza os encontros das partes e da comunidade, independentemente de resultados, a segunda defende que o processo restaurativo não possui um valor por si só, mas está, necessariamente, vinculada a obtenção de um acordo.

Salienta-se que não existem, ainda, respostas certas e determinadas quando se estuda a Justiça Restaurativa, na medida em que as pesquisas sobre o tema estão se aprofundando gradativamente, sendo bastante tímida no Brasil a sua aplicabilidade prática. Esse tipo de tratamento de conflito deve ser vislumbrado como um modelo incipiente na seara criminal, motivo pelo qual o seu conceito e o seu processamento são vagos e inconclusos, mas os defensores dessa ideia têm a convicção de que ela é uma renovação de esperança de construir algo novo para superar a ineficácia do sistema penal, na medida em que o modelo corporifica a confrontação das partes envolvidas no conflito, com a utilização do instrumental da conciliação e da mediação, mediante o uso de fórmulas que devem observar os direitos fundamentais da vítima e do infrator.

O processo atravessa a superficialidade do paradigma repressivo e mergulha fundo na intersubjetividade do conflito, enfatizando as particularidades das pessoas envolvidas, promovendo a “democracia participativa na área de Justiça

¹⁸⁶PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, 79-80.

¹⁸⁷*Ibidem*, p. 81.

Criminal¹⁸⁸”, mediante “o maior envolvimento e participação dos cidadãos, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça¹⁸⁹”, além do incentivo à conciliação entre as partes.

Dessa forma, busca-se uma redefinição sobre a posição das vítimas no conflito penal para que elas sejam o coração do processo judicial, bem como a modificação da forma como os agressores enfrentam as consequências de suas ações e são responsabilizados, sobrevivendo resultados positivos para ambas as partes. A Justiça Restaurativa passa a ser um cenário de “ganha-e-ganha” para se lidar com o crime, sendo que nas palavras de Afonso Armando Konzen¹⁹⁰:

nasceu e tem lugar em face de uma complexidade social e cultural em que se demanda por criatividade, por um ‘salto quântico, transcendendo as ideologias repressivas e sociológicas, para situar-se numa outra moldura conceitual, como uma síntese em gestação.’ [...] Um salto que permite avançar para um sistema flexível de justiça, com condutas adequadas à variedade de transgressões e de sujeitos envolvidos ‘num salto de qualidade, convertendo um sistema monolítico, de uma só porta, para um sistema de multiportas que oferece respostas diferentes e mais adequadas à criminalidade’.

Portanto, dar espaço a práticas restaurativas demonstra a superação da racionalidade do conflito de forma a alimentá-lo com a subjetividade humana, não com o fim de restituir a solução aos diretamente interessados, mas com a intenção de devolver menos a sanção penal em face do estabelecimento da culpa e envolver mais as pessoas para responsabilizar e restituir os vínculos de afeto, significando, nas palavras de Luiz Antônio Bago Chies, a reflexão de que “se ‘sou’ parte do conflito, parece-me legítimo que também tenha parte na solução¹⁹¹”. Assim, oportuniza-se a construção coletiva de justiça, além de melhorar a confiança na sua efetivação, mas, principalmente, encorajar as pessoas a enfrentar diretamente os seus conflitos e encontrar a melhor maneira de solucioná-los.

¹⁸⁸PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 21.

¹⁸⁹SANTOS, Boaventura de Sousa Santos. **Pela Mãe de Alice**: O social o político na pós-modernidade. 13 ed., São Paulo: Cortez, 2010, p. 177.

¹⁹⁰KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 78.

¹⁹¹Luiz Antônio Bago Chies *Apud Ibidem*, p. 71-72.

2.2. As práticas restaurativas na busca pela restauração da vítima, do ofensor e da comunidade através de diálogos transdisciplinares

Superada a parte introdutória a respeito da Justiça Restaurativa, imprescindível analisar como funcionam os seus programas e suas práticas, bem como explicitar o papel da vítima, do ofensor, e da comunidade, juntamente com os facilitadores.

Segundo Pallamolla, esses programas são denominados “conferências restaurativas¹⁹²” e tem como objetivo colocar as partes afetadas frente a frente em um ambiente sem adversidades, proporcionando o diálogo entre elas. Os encontros se realizam em um “meio mais respeitoso e digno para assumir responsabilidades, compreender diferenças de todos os envolvidos no evento¹⁹³”. Assim, como forma de desfazer mitos e estereótipos criados pelo paradigma repressivo, a Justiça Restaurativa procura, através da ajuda de um facilitador, realizar conferências com a participação ativa da vítima e do ofensor, concretizando uma experiência democrática no processo, pois poderão através da mediação e da conciliação entre vítima e infrator (*victim-offender mediation*), da reunião familiar ou comunitária (*family group* ou *conferencing*) ou círculos decisórios (*sentencing circles*) firmarem responsabilidades como forma alternativa de tratar o conflito.

Na mediação e na conciliação (*victim-offender mediation*), os facilitadores devem realizar encontros separados entre vítima e ofensor e, somente após a avaliação do caso e quando as partes estiverem psicologicamente preparadas, segue-se o encontro e o diálogo entre ambos. A realização de reunião familiar ou comunitária (*family group* ou *conferencing*) ocorre, em regra, em crimes de pouca gravidade¹⁹⁴, e há participação, além da vítima e do ofensor, dos familiares, amigos e de outras pessoas que lhes dão apoio. Por sua vez, nos círculos decisórios (*sentencing circles*), destinados a delitos mais graves, o evento é mais abrangente, na medida em que, além de todos os indivíduos acima mencionados, incluem-se

¹⁹²PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 105.

¹⁹³*Ibidem*, p. 106.

¹⁹⁴Pode-se exemplificar o furto, roubo, incêndio premeditado, delitos ligados às drogas e delitos contra o bem estar das crianças. Nesse sentido: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 117.

qualquer integrante da comunidade que tenha interesse na participação, além de pessoas vinculadas ao sistema de justiça criminal (membros da Delegacia, do Ministério Público e do Poder Judiciário).

Em que pese a presença de diferentes atores sociais, Pallamolla¹⁹⁵ explica que nos três tipos de programas

o mediador comunica ao ofensor os impactos (físicos, morais, financeiros) sofridos pela vítima em razão do delito e o ofensor tem, então, a possibilidade de assumir sua responsabilidade do evento, enquanto a vítima recebe diretamente dele respostas sobre porquê e como o delito ocorreu. Depois desta troca de experiências, ambos acordam uma forma de reparar a vítima (material ou simbologicamente). [...]

As vantagens de tal prática evidenciam-se pela redução do medo e insegurança das vítimas e pela maior possibilidade de cumprimento, por parte do infrator, das metas estabelecidas pelos envolvidos.

Importante afirmar que esses diálogos somente acontecerão se estiver atendido o requisito da voluntariedade, o que Pallamolla denomina “consentimento informado¹⁹⁶”. Não é recomendável iniciar um procedimento restaurativo se as partes não se sentem à vontade de enfrentarem a situação mediante a livre manifestação de seus sentimentos e suas indignações a respeito das circunstâncias que envolvem o fato delituoso. Assim, cabe aos responsáveis pelo encaminhamento (Ministério Público, Polícias, Poder Judiciário, associações, ONGs, ou demais profissionais ligados a núcleos de justiça restaurativa) informarem as partes do direito de optar por participar ou não desse tipo de programa tanto no início, durante ou até depois do processo¹⁹⁷, devendo ser demonstrados os benefícios da possível participação e eventuais aspectos negativos.

Os programas e as práticas de Justiça Restaurativa, apesar de possuírem respaldos legais gerais¹⁹⁸, são marcados pela flexibilização e informalidade,

¹⁹⁵PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 109.

¹⁹⁶*Ibidem*, p. 91.

¹⁹⁷É possível que a prática restaurativa ocorra em três fases diferentes: fase pós-acusação, oportunidade em que o encaminhamento é feito pelo órgão do Ministério Público; etapa do juízo, podendo ocorrer em qualquer momento antes da sentença, sendo que encaminhamento é feito pelo próprio Poder Judiciário; e, por fim, fase de punição, como alternativa do cárcere, como parte dele ou somada à pena de prisão, ocorrendo o encaminhamento pelos órgãos prisionais. Nesse sentido: Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 101.

¹⁹⁸Levar-se-á em consideração os princípios gerais da Resolução 2002/12 da ONU.

oportunizando que as partes participem dos núcleos e, no final, verifiquem qual é a resposta mais adequada para o delito executado.

Todavia, para que o diálogo ocorra, as partes precisam ser supervisionadas por um facilitador, também denominado mediador. Segundo o item 5 da Resolução 2002/12 da ONU, essa pessoa tem o papel de facilitar, de maneira justa e imparcial, a participação das pessoas afetadas e envolvidas num processo restaurativo. Isso faz com que se acrescente um aspecto transdisciplinar ao processo, na medida em que os facilitadores podem ser distantes da área jurídica, oportunizando a inclusão de assistentes sociais, psicólogos, antropólogos ou, também, integrantes da própria comunidade.

Isso significa que os tradicionais representantes do Estado (juiz, promotores, defensores, delegados) serão substituídos por pessoas selecionadas pela própria comunidade, com “conhecimento suficiente para intermediar e dirigir os trabalhos, não se exigindo graduação em nível superior, mas formação humanística para entender problemas sociais¹⁹⁹”, pois a mediação, muitas vezes, é incompatível com o senso comum dogmático que organiza o discurso dos juristas, tornando-se imprescindível a introdução de práticas transdisciplinares para a condução dos trabalhos.

O mediador passa a ter um papel de alta relevância no círculo restaurativo, pois é ele quem irá auxiliar as partes a olharem para si mesmas e não somente para o conflito. Nesse sentido, Luis Alberto Warat²⁰⁰, ao explicar que a mediação é um novo e grande paradigma de produção do Direito e ao defender que tal prática é uma pedagogia que ajuda a viver e não um mero preceito legal que pune o que considerada conflitivo, especifica que:

O mediador tem que ajudar as partes para que possam celebrar acordos de coração, promessas assinadas desde os sentimentos, sentidas, totais. Ele deve evitar que as partes prometam unicamente com a sua parte mental ou algum tipo de interesse, que façam um acordo de pensamentos, pois esse compromisso faz nascer a hipocrisia.

Já o item 7 da mesma Resolução aduz que os processos restaurativos somente devem ser utilizados quando há prova suficiente de autoria do crime e consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor. Além do mais, não podem

¹⁹⁹SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 117.

²⁰⁰WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca: o ofício do mediador**. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 30.

ser esquecidas as garantias processuais fundamentais do ofensor e da vítima, assegurando um tratamento justo e igualitário para ambos, podendo ser citado, por exemplo, o direito à assistência jurídica; o direito a serem plenamente informadas sobre a natureza do processo e as possíveis consequências de sua decisão; direito à voluntariedade na participação e na aceitação do acordo, não sendo cogitada, em nenhuma hipótese, ameaça ou coação no firmamento do mesmo (item 13).

Ainda, o item 15 trata da possibilidade de controle dos acordos pelo Poder Judiciário, submetendo-os ao mesmo *status* de qualquer decisão ou julgamento judicial a fim de que eles tenham “a mesma força de uma sentença judicial e fazer coisa julgada²⁰¹”, restando preclusa, assim, posterior propositura de ação penal em relação aos mesmos fatos, sob pena de violação do princípio do *non bis in idem*.

Caso não haja acordo entre as partes, a Resolução prevê, no artigo 16, que o caso deverá retornar ao procedimento convencional. Por fim, em caso de eventual descumprimento no acordo extrajudicial, deve ensejar o retorno do caso ao programa restaurativo, ou, se assim dispuser a lei nacional, ao sistema formal de justiça criminal para que se decida, sem demora, a respeito da questão (artigo 17). Esses insucessos não podem, de forma alguma, causar consequências no processo subsequente, como, por exemplo, servir de justificativa para a imposição de uma pena mais severa.

Todavia, para que todo esse procedimento seja realizado, o papel da vítima passa a ser primordial. Ao contrário do modelo tradicional de justiça em que ela, além de ser uma mera informante nos processos, acaba possuindo uma participação secundária e, somente em um número restrito de delitos, está legitimada a iniciar a persecução penal ou a fazer representação ao Ministério Público, as técnicas restaurativas colocam a vítima em um papel central nos encontros, passando a ser tratada como “parte interessada com interesse na justiça e na reparação dos danos, e também com vistas à reconciliação e pacificação do conflito levado ao processo restaurativo²⁰²”.

Nesse contexto de inversão de valores, a palavra da vítima passa a ter importância e ocupa uma posição de destaque nos encontros, podendo ser dosadas as suas necessidades e outros sentimentos decorrentes a partir da prática do fato

²⁰¹PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 95.

²⁰²SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 158.

delituoso. Assim, torna-se crucial o empoderamento através da atribuição de um papel ativo no processo a fim de tentar “restituir à segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle²⁰³” como forma de retornar ao máximo possível do *status quo ante*. Conforme assevera Marcos Rolim, as vítimas “possuem duas necessidades básicas: precisam recuperar o controle sobre suas vidas e garantir seus direitos²⁰⁴”, sendo que quando ocorre a efetiva reparação dos danos, elas estão “em condições de reiniciar suas vidas em uma posição justa²⁰⁵”. Zehr²⁰⁶, por outro lado, expressa os sentimentos das vítimas da seguinte forma:

Quando as vítimas não têm suas necessidades atendidas, muitas vezes acham difícil deixar a experiência no passado. Frequentemente relatam suas experiências de modo muito vívido, como se tivessem acontecido ontem, mesmo que anos tenham se passado. Nada do que vivenciaram as ajudou a superar o trauma. Pelo contrário. A experiência e o perpetrador ainda dominam suas vidas. A vítima continua desprovida de poder. E os danos não se limitam a vítima, individualmente, são partilhados por amigos e conhecidos que ouviram sobre a tragédia. Essas feridas abertas acabam gerando mais suspeitas, medo, raiva e sentimentos de vulnerabilidade em toda a comunidade. Aliás, operam silenciosamente minando o espírito comunitário.

Dessa forma, as vítimas ganham a oportunidade de fazer perguntas e de serem questionadas sobre seus sentimentos e angústias, conquistando para além de uma sensação de segurança, mas de uma verdadeira satisfação pessoal. Podem, assim, descobrir, por exemplo: por qual motivo a conduta criminosa foi praticada? Qual seria a melhor forma de responsabilizar o ofensor? O que efetivamente significa justiça para o ofendido? Qual seria a melhor forma de responsabilizar o ofensor? Será que a vítima, realmente, quer ver o réu preso? Ou, simplesmente, precisa de uma reparação do dano causado em sua vida?

Muitas vezes, a sanção penal tradicional não se mostra satisfativa para o caso concreto, na medida em que as vítimas apenas gostariam de ter seus danos suportados, não se restringindo, conforme lembra Saliba²⁰⁷, unicamente, à lesão patrimonial. Assim, o diferencial da Justiça Restaurativa é que ela promove formas

²⁰³ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abril 2013, p. 15.

²⁰⁴ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança público no século XXI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 247.

²⁰⁵*Ibidem*, p. 247.

²⁰⁶ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 31-32.

²⁰⁷SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 160.

não coercitivas de tomadas de decisões, na medida em que os resultados não são impostos por terceiros, mas são decididos pelas próprias pessoas envolvidas no conflito.

Vale salientar que quando as vítimas não querem participar, podem-se encaminhar pessoas da família dela ou até mesmo fazer uso das denominadas “vítimas substitutas²⁰⁸”, adotadas em projetos do Canadá e da Inglaterra. Nesses casos, a pessoa encaminhada para a reunião não é a vítima real, mas uma vítima de um caso anterior semelhante, auxiliando o ofensor a compreender as consequências decorrentes de seu ato.

Por outro lado, Achutti²⁰⁹ demonstra algumas posições conservadoras que permeiam a Justiça Restaurativa. Enfatiza que, apesar do reconhecimento da importância da presença da vítima no processo, existem, ainda, restrições de sua inserção, havendo receio em delegar poderes desmesurados nas mãos delas. Isso enseja um maior aprofundamento do debate acerca da melhor maneira que a vítima deve intervir no desfecho do conflito, de forma a não extrapolar os limites constitucionais existentes. Pallamolla aduz que essas críticas são feitas por retribucionistas e pela doutrina penal tradicional e fundamentam que a inclusão da vítima no processo privativa o direito penal, internalizando um desejo de vingança, “respondendo irracionalmente (desproporcionalmente) ao agressor²¹⁰”.

Simultaneamente à participação da vítima, não menos importante se mostra o papel do ofensor. Conforme já referido no subcapítulo 1.4, o réu no processo penal se limita a relatar, no seu interrogatório, os fatos narrados na denúncia, pois, em outras oportunidades, sua defesa se torna meramente técnica, através de um defensor. Ao contrário disso, a Justiça Restaurativa, ao incluir o ofensor no processo, tem como objetivo a conscientização de sua conduta, discutindo-se a razão pela qual o levou a praticar a conduta delituosa e quais as consequências correlatas.

O ofensor, diante do caso praticado, escolhe se prefere participar de um processo restaurativo ou passar pelo devido processo legal. Conforme explica

²⁰⁸ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 194.

²⁰⁹ACHUTTI, Daniel. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abril 2013, p. 18-19.

²¹⁰CARVALHO, 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. Organizadores: Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 147.

Saliba, “a abertura do diálogo não se limita à exposição dos fatos²¹¹” e permite ao ofensor compreender causas e efeitos de seus comportamentos e que sejam responsabilizados de uma forma significativa, “visando-se evitar novas práticas ilícitas e promover a reinserção social²¹²”.

Isso se mostra relevante, na medida em que o ofensor tem a oportunidade de expor, da mesma forma que a vítima, os seus sentimentos, demonstrando, inclusive, o arrependimento de sua conduta. Ademais, o êxito no processo de reinserção social somente é obtido através do diálogo e da conscientização dos erros cometidos mediante a atribuição de responsabilidades, não estando condicionada tão somente a imposição de “pena corporal, restritiva de direitos ou pecuniária²¹³”.

Howard Zehr²¹⁴ sintetiza as necessidades dos ofensores no seguinte trecho:

Os ofensores têm muitas necessidades, é claro. Precisam que se questionem seus estereótipos e racionalizações – suas falsas atribuições – sobre a vítima e o evento. Talvez precisem adquirir habilidades laborais ou interpessoais. Em geral necessitam de apoio emocional. Muitas vezes precisam aprender a canalizar raiva e frustração de modo mais apropriado. Talvez precisem de ajuda para desenvolver uma auto-imagem mais sadia e positiva e também para lidar com a culpa. Como no caso das vítimas, se essas necessidades não forem atendidas, os ofensores não conseguem fechar o ciclo.

Desse modo, o ofensor é incentivado a perceber que o seu comportamento causou danos à vítima, à comunidade, e, também, a si mesmo.

Da mesma forma em que o crime afeta a relação vítima-ofensor, há uma quebra no relacionamento vítima-ofensor-comunidade. Diante disso, com o intuito de completar o encontro restaurativo, a comunidade se transforma em um terceiro integrante. Enquanto se questiona se essa participação seria necessária apenas nos casos em que o interesse sobressaísse ao do ofensor e da vítima, Saliba²¹⁵ defende que:

A participação se apresenta como indispensável em todos os procedimentos e cinco razões podem ser apontadas, de forma não exaustiva, a justificá-la: 1º) para o fortalecimento dos vínculos estabelecidos entre delinquentes, vítima e comunidade; 2º) para a reinserção social mais

²¹¹SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 160.

²¹²*Ibidem*.

²¹³*Ibidem*.

²¹⁴ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 189.

²¹⁵SALIBA, Marcelo Gonçalves, op. cit., p. 163.

efetiva; 3º) para a conscientização da importância social do fato pelo desviante, vítima e comunidade; 4º) para a conscientização da importância do processo para a comunidade; 5º) para a efetiva soberania e cidadania participativa no Estado Democrático de Direito e promotor da justiça social.

A participação da comunidade apenas enfatiza os valores inerentes à Justiça Restaurativa referidos no subcapítulo anterior, proclamando a sua autodeterminação e a real possibilidade de interferir nos conflitos gerados, muitas vezes, por suas atitudes discriminatórias. Assim, o objetivo é “redistribuir o poder e dispersar a tomada de decisão, reduzindo as intervenções do sistema e aumentando as intervenções da comunidade²¹⁶”. Isso significa que “a justiça restaurativa muda o equilíbrio entre o Estado e a sociedade civil em favor desta última²¹⁷”, dando respaldo para a compreensão acerca das causas subjacentes ao delito, bem como a prevenção de crimes futuros. Assim, somente com a inclusão da comunidade é possível alcançar o consenso e superar as diferenças acentuadas pelo sistema retributivo.

Com a formação do tripé vítima-ofensor-comunidade, Renato Sócrates Gomes Pinto²¹⁸ chama a atenção para uma possível concretização de democracia participativa no âmbito da Justiça Restaurativa, na medida em que existe uma preocupação com a “busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito”. Nesse sentido, Zehr²¹⁹ defende que a responsabilidade passa a ser multidimensional e transformadora, referindo que, além do ofensor, a sociedade possui papel relevante na responsabilização do ato criminoso, pois ela deve responder às vítimas e aos ofensores, ajudando-os a identificar e atender suas necessidades, buscando, dessa forma, não apenas restaurar os vínculos sociais, mas, principalmente, transformá-los.

²¹⁶FROESTAD, Jan; SHEARING, CLIFFORD. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 90.

²¹⁷*Ibidem*.

²¹⁸PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013, p. 21.

²¹⁹ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 190.

2.3 Os resultados restaurativos de conciliação, de mediação e de perdão entre os protagonistas envolvidos

Contribuindo para a compreensão da nova lente de justiça ora proposta, cabível a análise dos possíveis resultados que os programas e as práticas restaurativas podem ensejar aos protagonistas envolvidos.

Conforme foi constatado no subcapítulo 1.1, a Modernidade escolheu como resposta à prática de delitos a pena privativa de liberdade. Não importa qual o tipo de conflito ocorrido, tampouco as suas peculiaridades, a resposta será sempre a mesma: como regra, pena de prisão e, como exceção, pena e medidas substitutivas. Nesse sentido, já dizia Beccaria que “de maneira que se eu traí meu país, sou preso; se matei meu pai, sou preso; todos os delitos imagináveis são punitivos da maneira mais uniforme²²⁰”.

O processo restaurativo retira essa uniformidade do sistema, propondo respostas diversas à vítima, ao ofensor e à comunidade, na medida em que cada caso teria um resultado restaurativo próprio e não poderia servir de base para outros semelhantes. Saliba afirma que através de uma “conscientização ética solidária²²¹”, mediante a assunção de responsabilidades e consequente satisfação dos interesses da vítima e do ofensor como ponto de equilíbrio da balança, é possível se atingir resultados, os quais podem, inclusive, serem muito mais amplos que uma mera reparação material dos danos. Seguindo as lições desse doutrinador²²², é possível vislumbrar que:

o despertar da consciência ocorre não somente com o sofrimento material e pessoal da família do delinquente, a suportar a indenização pelos danos e as dores da punição, mas, principalmente, com o ato conscientizador de vislumbrar uma resposta desprendida de interesses materiais para reconquista da paz.

A mediação, segundo Warat, não é uma ciência que pode ser explicada, mas sim uma arte que tem que ser experimentada e compreendida como uma

²²⁰ Cesare Beccaria *Apud* FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 97.

²²¹ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 169.

²²² *Ibidem*, p. 172.

“terapia do reencontro²²³” compreendendo “o universo conflituoso dos sentimentos amorosos a partir de uma perspectiva simultaneamente psicológica, sensível, generosa, educativa e comunitária” mediante a introdução de trabalhadores da saúde, da educação, do direito, da ecologia, do trabalho comunitário, ou de psicoterapias familiares. Além do mais, o mesmo autor²²⁴ aduz que:

a mediação é uma possibilidade de poder ter o direito a dizer o que nos passa, ou uma procura do próprio ponto de equilíbrio e do ponto de equilíbrio com os outros. Seria um ponto de equilíbrio entre os sentimentos e as razões para evitar os excessos dos sentimentos, os sentimentos desmedidos. A mediação como um encontro consigo mesmo é uma possibilidade de sentir o outro, produzir com o outro a sensibilidade de cada um: entre-nós da sensibilidade.

Além desse encontro, pretende-se com um acordo o estabelecimento de obrigações para corrigir os conflitos inerentes ao convívio social, pois o resultado não está no campo da objetividade “como na tradição retributiva em que a improcedência da ação corresponde à exclusão de qualquer consequência e, a procedência, à quantificação exata da consequência²²⁵”. Extrapolando os limites da pena tradicional, a Justiça Restaurativa envolve o estabelecimento de responsabilidades, ocorrendo a “compensação como um substitutivo da punição, sem perda do caráter ressocializador da medida²²⁶”.

Rolim demonstra tal diferença com exemplos reais²²⁷. Relata a história de dois adolescentes que praticaram o mesmo ato infracional (roubo), tendo um deles sido condenado a seis meses de encarceramento; e o outro, após ser detido pela polícia, foi encaminhado junto a um mediador para um processo restaurativo. Enquanto o primeiro, após o cumprimento da pena de prisão, voltou às ruas e passou a cometer outros crimes, sobrevivendo, durante 20 anos, “roubando carros, arrombando residências e vendendo drogas até morrer em uma sarjeta”; o segundo seguiu um caminho completamente diferente, uma vez que, após o encontro restaurativo na presença da vítima, da sua irmã mais velha, do seu tio e de seu

²²³WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 40.

²²⁴*Ibidem*, p. 28.

²²⁵KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 90.

²²⁶SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 171.

²²⁷ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 248-250 *passim*.

antigo treinador de hóquei, foi possível atingir pedidos de desculpas por parte do autor do ato infracional, a reparação do dano material, bem como a satisfação e a tranquilidade da vítima. Como se não bastasse, o adolescente conseguiu um lar para moradia com sua irmã e auxílio financeiro de seu tio, bem como uma oferta de emprego concedida pelo treinador de esportes. Ao final, Rolim descreve que através dessa “experiência enriquecedora”, o ofensor superou o risco de uma vida dedicada ao crime.

Assim, pode-se afirmar que os encontros servem não só para o reconhecimento do crime, mas, principalmente, para averiguar o erro da conduta praticada, da ofensa que atingiu o outro, “num processo introspectivo a evitar novas ofensas tanto pela vítima quanto pelo autor²²⁸”. Saliba²²⁹ afirma que a composição das partes pode englobar

a reparação dos danos, em espécie ou em prestação de atividades, em favor da vítima e de terceiros ou de entidades públicas, como também medidas diversas, sem qualquer cunho patrimonial reparatório à vítima, como, v.g., ministrar palestras em escolas públicas; dar atendimento em entidades assistenciais; prestar atendimentos em comunidades carentes.

Além do mais, os encontros restaurativos proporcionam que o infrator demonstre arrependimento e formule um pedido de desculpas pelo cometimento do crime, incentivando, inclusive, a manifestação de perdão por parte da vítima. O ato de perdoar é um dos êxitos que a Justiça Restaurativa pode atingir, pois neste caso o conflito penal é tratado na sua essência e o relacionamento vítima-infrator é reestabelecimento de forma positiva.

Segundo preceitua o item 03 da Resolução 2002/12 da ONU, resultado restaurativo significa um acordo construído no processo, incluindo, por exemplo, reparação, restituição e serviço comunitário, objetivando atender as necessidades individuais e coletivas e responsabilidades das partes, bem como promover a reintegração da vítima e do ofensor.

Todavia, não se pode deixar de ressaltar a possibilidade de não ocorrer acordo. A insatisfação de uma das partes deve ser vista como “resultado possível e não como falha do sistema²³⁰”, na medida em que é um sentimento comum no ser

²²⁸ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 170.

²²⁹ *Ibidem*, p. 170-171.

²³⁰ SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 170.

humano. Assim como a voluntariedade é requisito indispensável para o ingresso das partes no processo restaurativo, ela é essencial na formulação dos acordos. Afinal, “a justiça não pode garantir nem forçar a reconciliação, mas deveria oferecer a oportunidade para que essa reconciliação aconteça²³¹”.

A mediação entre vítima e ofensor deve ser encaminhada com cautelas, na medida em que elas precisam receber todo o apoio emocional necessário para ser atingida uma satisfação completa. Segundo Zehr²³², faz-se imprescindível percorrer três passos: em primeiro lugar, deve-se questionar se a injustiça foi reconhecida e assumida, se o ofensor reconheceu e aceitou a responsabilidade dos seus atos e, por fim, se ele teve chance de explicar o que vem acontecendo na sua vida. Em um segundo momento, deve-se verificar se houve concordância quanto ao que precisa ser feito para restaurar o conflito e, em uma terceira oportunidade, importante averiguar se foram abordadas as possíveis intenções para o futuro, se a vítima se sente segura, e se há um programa para acompanhamento e monitoração do acordo estipulado pelas partes.

Importante lembrar a ressalva de Pallamolla quando se refere ao fato do acordo precisar ter uma relação com o delito e uma correspondência com a obrigação assumida pelo ofensor a fim de que ele não se retorne excessivo, tampouco flexível em demasia a ponto de ofender os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Nesse sentido, a jurista²³³ especifica que:

A resposta dada pelo processo reparador deve conter relação razoável com o grau de injustiça [...] da conduta perpetrada, pois se a base da reparação assumida pelo ofensor está no reconhecimento da injustiça, o grau de onerosidade da reparação deve comunicar (representar) a censurabilidade da conduta. Contudo, em razão da lógica do modelo reparador, não se pode esperar que rígida proporcionalidade do modelo tradicional seja seguida, devendo-se conferir às partes certa margem para optarem pela disposição que lhes pareça satisfatória e capaz de comunicar o arrependimento do ofensor por sua ação injusta.

Embora não haja, ainda, critérios legais de proporcionalidade, é possível estabelecer um “critério negativo de proporcionalidade²³⁴”, de modo em que o acordo não seja manifestamente desproporcional em relação à gravidade do delito. Ao lado dos riscos da desproporcionalidade dos acordos, os adeptos ao sistema

²³¹ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 177.

²³² *Ibidem*, p. 194.

²³³ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 158.

²³⁴ *Ibidem*.

restaurativo mostram-se alertas ao fato de que “nem sempre as partes envolvidas têm a mesma visão acerca do que está acontecendo no processo restaurativo, pois podem encará-lo de forma punitiva e não reparativa²³⁵”.

Por isso, imperioso o estabelecimento de limites na sua implementação, sendo elencada como exemplo a fiscalização do Estado para tão somente garantir os direitos dos envolvidos e não como forma de imputar a culpa pelo fato delituoso e a sanção respectiva²³⁶. Saliba²³⁷ afirma que o limite da Justiça Restaurativa está na dignidade da pessoa humana e nos direitos humanos e aduz que o princípio da inafastabilidade da atividade jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, CF²³⁸) é fundamental em um Estado Democrático de Direito, na medida em que o envolvimento das partes pode ensejar atos de totalitarismo e controle, o que faz com que o modelo restaurativo não tenha como finalidade eliminar a função estatal, tampouco substituí-la.

Em texto conjunto, Saliba e João Carlos Carvalho da Silva afirmam que o desenvolvimento das experiências brasileiras²³⁹ no âmbito da Justiça Restaurativa é extremamente dependente do aparelho estatal. Em face disso, explicam que esse modelo de justiça não nasce alheia ao Estado, pois, atualmente, é um “modelo que possui acentuado grau de dependência para com a estrutura estatal e procura, passo a passo, tornar-se independente e seguir uma lógica própria²⁴⁰”. Konzen²⁴¹, da mesma forma, filia-se a essa opinião:

Nesse sentido teria o Estado-Juiz, assim como o órgão do Ministério Público, uma dupla função, nenhuma delas relacionadas à qualquer ingerência direta na condução e no desenvolvimento do encontro. O papel consistiria em estimular a opção de restituidade como forma de solucionar o conflito e em impedir as soluções abusivas.

²³⁵PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 160.

²³⁶*Ibidem*, p. 174.

²³⁷SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 174 e 179.

²³⁸BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

²³⁹Pode-se ser citados os Núcleos de Justiça Restaurativa em Rio Grande do Sul, São Paulo, Brasília, Minas Gerais e Maranhão. Todavia, este assunto será tratado objeto do próximo subcapítulo do presente trabalho monográfico.

²⁴⁰DA SILVA, João Carlos Carvalho; Saliba, Maurício Gonçalves. O direito na pós-modernidade: para uma análise crítica da justiça restaurativa. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11578.

²⁴¹KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 89.

Não obstante essas ressalvas e outros receios que ainda entrelaçam o incipiente modelo restaurativo, afirma-se que as consequências positivas podem ultrapassar o mero desafio de diálogo entre “vítima-ofensor-comunidade”, pois, com base em pesquisas americanas, canadenses e europeias, foi possível constatar que as vítimas que fizeram o procedimento da mediação passaram a temer menos a revitimização, enquanto os infratores que cumpriram integralmente o programa restaurativo adimpliram suas obrigações para com a vítima e tiveram um menor índice de reincidência, sendo constatado que quando houve a prática de novos delitos, consistiam em crimes menos graves, ao contrário do que ocorrem com aqueles que responderam um julgamento perante o modelo tradicional²⁴².

Portanto, a Justiça Restaurativa é um modelo que traz benefícios para todos os protagonistas envolvidos, pois, ao invés de impor soluções (como, por exemplo, ocorre na justiça repressiva através da pena), disponibiliza instrumentos necessários e suficientes para que as respostas sejam instigadas pelos mesmos.

2.4 A Justiça Restaurativa no Brasil é (im)possível?

Após a análise das premissas teóricas que permeiam a Justiça Restaurativa, faz-se imprescindível verificar a aplicabilidade prática dos seus programas e dos respectivos resultados.

Conforme explanado nos subcapítulos anteriores, a Resolução n.º 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU foi um marco legislativo importante para a expansão de práticas restaurativas em diversos países, inclusive o Brasil, na medida em que foram definidos os conceitos de processo e de resultado restaurativo, bem como os efeitos da inclusão da mediação na seara criminal. Adriana Goulart da Sena Osini e Caio Augusto Souza Lara²⁴³ informam que os primeiros estudos teóricos brasileiros sobre a prática judiciária sob o prisma restaurativo ocorreu no

²⁴²PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 111.

²⁴³OSINI, Adriana Goulart de Sena; Lara; Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: A afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça**. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_Respostas_bilidadesV2N2_Antena01.pdf> Acesso em 02 jun. 2013, p. 06.

ano de 1999. Todavia, o tema ganhou relevância nacional somente em 2003 com a criação da Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério de Justiça.

Desde 2006, tramita na Câmara dos Deputados o projeto de Lei n.º 7.006, que propõe alterações no Decreto-Lei n.º 2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995, a fim de facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Com o apoio financeiro do Programa das Nações Unidas para Desenvolvimento (PNUD), iniciaram-se projetos pilotos em Brasília, em Porto Alegre e em São Paulo, tendo sido aprovado, no ano de 2009, o 3º Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH), por meio do Decreto n.º 7.037 de 21 de dezembro de 2009²⁴⁴, com a finalidade de incentivar os projetos pilotos de práticas restaurativas, além de propor reforma na Lei de Execução Penal, como forma de enfatizar garantias fundamentais e introduzir novos regramentos para superar as práticas abusivas, propondo “a redução da demanda por encarceramento e estimulando novas formas de tratamento dos conflitos, como as sugeridas pelo mecanismo da Justiça Restaurativa”.

No ano seguinte, mais precisamente em 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) publicou a Resolução 125²⁴⁵, a qual dispõe sobre a política judiciária nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, autorizando, ainda de forma tímida, a centralização e a estimulação de programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo (art. 7º, §3º²⁴⁶). Recentemente, foi promulgada a Lei n.º

²⁴⁴BRASIL. **Decreto n.º 7.037, de 21 de dezembro de 2009**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em 31 out. 2013.

²⁴⁵Conselho Nacional de Justiça, **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 16 out. 2013.

²⁴⁶Art. 7º: Os Tribunais deverão criar, no prazo de 60 (sessenta) dias, Núcleos Permanentes de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos, compostos por magistrados da ativa ou aposentados e servidores, preferencialmente atuantes na área, com as seguintes atribuições, entre outras: (Redação dada pela Emenda nº 1, de 31.01.13): [...] §3º Nos termos do art. 73 da Lei nº 9.099/95 e dos arts. 112 e 116 da Lei nº 8.069/90, os Núcleos poderão centralizar e estimular programas de mediação penal ou qualquer outro processo restaurativo, desde que respeitados os princípios básicos e processos restaurativos previstos na Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas e a participação do titular da ação penal em todos os atos.

12.594, de 18 de janeiro de 2012²⁴⁷, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Sinase) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, priorizando, no artigo 35, inciso III, a práticas ou medidas restaurativas para que, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

Em face dessas evoluções legislativas, o objeto de estudo do presente subcapítulo abrange a análise de projetos restaurativos no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude, da viabilidade de extensão de tais práticas à esfera penal dos adultos e, por fim, das (in)adequações do projeto de Lei n.º 7.006/2006, que visa institucionalizar, em âmbito nacional, a Justiça Restaurativa.

2.4.1 A aplicabilidade da Justiça Restaurativa em Juizados da Infância e da Juventude

Apesar das experiências restaurativas brasileiras serem incipientes e prematuras, não se pode negar que os avanços ocorridos nos últimos anos no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude foram significativos. O projeto piloto de São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, por exemplo, tem como objetivo o combate de conflitos de modo preventivo nas escolas e de atos infracionais praticados por adolescentes, sendo que o Poder Judiciário, em conjunto com o Ministério Público, assistentes sociais e o Conselho Tutelar, faz a “seleção dos casos, o encaminhamento aos círculos restaurativos, a fiscalização dos termos do acordo e de seu cumprimento e a aplicação de eventual medida sócio-educativa²⁴⁸”. Após três anos de projeto (2005-2007), Osini e Lara²⁴⁹ constataram os seus aspectos positivos, principalmente por que:

²⁴⁷BRASIL. **Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 31 out. 2013.

²⁴⁸PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 121.

²⁴⁹OSINI, Adriana Goulart de Sena; Lara; Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: A afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça**. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_RespostasBilidadesV2N2_Antena01.pdf> Acesso em 02 jun. 2013, p. 12.

as práticas restaurativas nas escolas geraram os seguintes números: 160 círculos restaurativos realizados, 153 acordos (100% deles cumpridos), 317 pessoas envolvidas, 330 acompanhantes da comunidade e 647 o número total de participantes dos círculos restaurativos. Sobre a natureza dos dados tratados, a maioria se referia à agressão física - 53 - e à ofensa - 46.

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul os dados são ainda mais motivadores, na medida em que o projeto melhor consolidado de Justiça Restaurativa no Brasil é desenvolvido na cidade de Porto Alegre. Os primeiros estudos teóricos sob um prisma restaurativos foram iniciados em 1999, sob a inspiração de Pedro Scuro Neto, em face da inquietude pela renovação da Justiça e a busca por soluções para a falta de efetividade do Sistema Penal Juvenil²⁵⁰. Desde 2005, o projeto denominado “Justiça para o século 21” possui como coordenador o juiz de Direito Leoberto Brancher e apoio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), sendo aplicado com maior ênfase na 3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude da comarca localizada na capital gaúcha.

Assim como ocorre no Estado de São Paulo, o projeto atua de forma complementar ao sistema tradicional de justiça e, também, de forma alternativa no que tange à prevenção de conflitos escolares e comunitários. Pallamolla²⁵¹ explica que, em sua atuação complementar, as práticas restaurativas do projeto podem ocorrer em dois momentos. O primeiro ocorre logo após o ingresso no sistema criminal, mas antes da sentença, oportunidade em que é realizada uma audiência judicial no projeto Justiça Instantânea e o jovem pode ser encaminhado à Central de Práticas Restaurativas (CPR), sendo que “se a aplicação da prática restaurativa for considerada suficiente para resolver a situação, não será aplicada medida sócio-educativa²⁵²”. Já o segundo momento é uma peculiaridade do projeto gaúcho, pois consiste na aplicação de medidas restaurativas durante o cumprimento de medida socioeducativa, com colaboração da FASE e do FASC/PEMSE.

Em relação às práticas restaurativas ocorridas antes do proferimento da sentença, os dados verificados por Pallamolla são relevantes, na medida em que, nos três primeiros anos de projeto, foram encaminhados 380 casos²⁵³, incluindo pré-

²⁵⁰ **Justiça Restaurativa em Porto Alegre.** Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.UnJvpnDyLVQ>>. Acesso em: 31 out. 2013.

²⁵¹ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática.** 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 122-123.

²⁵² *Ibidem*, p. 123.

²⁵³ Os casos são bastante variados, abrangendo atos de maior e menor potencial ofensivo, como furto, furto qualificado, lesão corporal, roubo, roubo qualificado, dano, ameaça, havendo, inclusive, alguns casos de homicídios (11, durante os três anos). São privilegiados casos de Porto Alegre e não são

círculos (preparação do encontro), círculo (realização do encontro) e pós-círculos (acompanhamento do encontro), sendo que 73 passaram pelas três etapas do procedimento. Nesses casos, cerca de 90% dos acordos alcançados foram cumpridos integralmente e 95% das vítimas ficaram satisfeitas com o procedimento e compreenderam que houve uma maior responsabilização do adolescente. Da mesma forma, 90% dos infratores aprovaram a experiência, mencionando que “se sentiram tratados com mais respeito e justiça²⁵⁴”. Quanto às práticas restaurativas ocorridas durante o cumprimento da medida socioeducativa, alcançou-se 92,7% de acordos, sendo que 75,6% destes foram cumpridos²⁵⁵.

Relevante afirmar, ainda, que os acordos significaram a efetiva responsabilização dos infratores em razão de darem apoio e sustentação de ações relativas a “tratamento de saúde, acompanhamento psicoterápico, inclusão no mercado de trabalho, alternativa de moradia para o pós-institucional e inserção em atividades esportivas²⁵⁶”.

Os estudos demonstram que a tendência da aplicação das práticas restaurativas na justiça juvenil se justifica pelo fato de que a adolescência é um período da vida de experimentação, de necessidade de o jovem constituir-se como sujeito, de compreender os seus atos e de quebrar barreiras. Konzen²⁵⁷ consegue explicar essa necessidade ao afirmar que a adolescência

é um tempo da vida de chegada gradativa, de intensificação de experiência, mudanças, sentidos, medos e ousadias. Um tempo em que a dialética entre limites e a superação de limites, entre obstáculos e o gosto em desafiá-los a superá-los, se expande ainda mais, e todos os sentidos e direções, uma criatura exposta, uma pessoa em crise por excelência.

Dessa forma, privar ou restringir a liberdade de um adolescente poderá significar, além das consequências maléficas causadas nos adultos (subcapítulo 1.2), a interrupção do processo de descobrimento, o que somente corrobora a busca por medidas alternativas de tratamento do conflito penal de forma a levar em consideração a fase da vida pela qual passa o infrator, mas principalmente

atendidos aqueles envolvendo violência sexual ou intrafamiliar. Nesse sentido: PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 125.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 126.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 128.

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 69.

oportunizar a fala, o diálogo e os demais canais de expressão possíveis entre ele, a vítima e a comunidade.

2.4.2. A ampliação da Justiça Restaurativa e as (in)adequações do projeto de Lei n.º 7.006/2006

Em que pese os avanços das práticas restaurativas no âmbito dos Juizados da Infância e da Adolescência sejam louváveis, pertinente destinar parte deste trabalho a respeito da viabilidade de sua extensão à esfera penal dos adultos.

Muito embora haja resistência de mudança por parte da sociedade, principalmente em razão da ganância punitiva enraizada no Estado Moderno, mas, também, em face da conservadora cultura jurídica consolidada na prática forense e no campo acadêmico, cabível demonstrar que o projeto de Justiça Restaurativa do Grupo Bandeiras, em Brasília/DF, é um começo interessante para mudança paradigmática da justiça criminal. No ano de 2004, mediante a promulgação da Portaria Conjunta n.º 15 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, foi criada uma comissão para o estudo de práticas restaurativas. Ao contrário dos demais projetos pilotos, a experiência de Brasília possui um diferencial, na medida em que destinou as práticas restaurativas aos crimes de menor potencial ofensivo cometidos por adultos²⁵⁸. No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul firmou-se, em julho de 2013, um convênio do Poder Judiciário com a Prefeitura de Caxias do Sul com a finalidade de instalar o Núcleo de Práticas Restaurativas junto à Central de Conciliação e Mediação da comarca localizada na serra gaúcha. O objetivo foi ampliar a experiência do uso da Justiça Restaurativa para além da proteção da criança e do adolescente, abrangendo os casos para os crimes da Lei Maria da Penha e, também, para os Juizados Especiais Criminais²⁵⁹.

²⁵⁸OSINI, Adriana Goulart de Sena; Lara; Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: A afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça.** Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_ResponsabilidadesV2N2_Antena01.pdf> Acesso em 02 jun. 2013, p. 11.

²⁵⁹**Poder Judiciário e Prefeitura da Serra Gaúcha assinam primeiro convênio para a implantação de Justiça Restaurativa.** Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=477&pg=0#.Unkv2HDyLVQ>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

Todavia, os estudiosos na temática restaurativa, citando-se como exemplo o sociólogo norte-americano Howard Zehr, proporcionam reflexões mais aprofundadas a respeito dessa extensão, de forma a aplicar práticas restaurativas não somente para crimes leves, mas, também, para os crimes mais graves, inclusive, com emprego de violência e grave ameaça, como ocorre, por exemplo, no projeto norte-americano denominado “VORP²⁶⁰”. Pallamolla, da mesma forma, aduz que os delitos destinados aos núcleos de práticas restaurativas não podem se restringir às infrações insignificantes e de pouca relevância, sob pena de reduzir, drasticamente, o seu campo de atuação²⁶¹.

Como forma de ampliar as práticas restaurativas, no ano de 2005, foi encaminhada pelo Instituto de Direito Comparado a sugestão n.º 99/2005 à Comissão de Legislação Participativa. No ano seguinte, a proposta foi aprovada e transformada pelo Projeto de Lei autuado sob o n.º 7.006/2006, que visa introduzir dispositivos no Código Penal, no Código de Processo Penal e na Lei n.º 9.099/1995. Após inúmeros arquivamentos, em 14 de agosto de 2013, foi novamente encaminhado à Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, tendo sido designado para a condição de relator o Deputado Federal Lincoln Portela²⁶².

Partindo-se do pressuposto de que a Justiça Restaurativa é um modelo que prioriza a informalidade e a flexibilidade na prática de seus atos, é possível afirmar que a sua institucionalização, mediante a promulgação de uma lei federal, poderá acarretar limitações de seus programas, impedindo a instauração de novos projetos, além de tornar o sistema rígido e fechado, principalmente se o Poder Legislativo aprovar uma legislação falha com o mero objetivo de simplificar e acelerar os procedimentos da jurisdição criminal. Além do mais, a lei poderá universalizar e burocratizar o procedimento, tratando, por exemplo, os crimes da mesma natureza de forma padronizada (como ocorre na prática processual atual), desconsiderando

²⁶⁰VORP é uma organização independente, externa ao sistema de justiça criminal, mas que trabalha em cooperação com ele. O procedimento consiste em encontros presenciais entre vítima e ofensor em casos nos quais foi dado início ao processo penal e o ofensor admitiu ser autor do dano. Nesses encontros são enfatizados três elementos: os fatos, os sentimentos e os acordos. O encontro é facilitado e presidido por um mediador treinado, de preferência um voluntário da comunidade. Nesse sentido: ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 151-154 passim.

²⁶¹PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 179.

²⁶²BRASIL. **Projeto de Lei n. 7.006, de 10 de maio de 2006**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

as condições pessoais dos protagonistas envolvidos, a diferenciação de abordagens, a qualidade dos processos, bem como a capacitação dos profissionais envolvidos.

Até porque imprescindível ressaltar que não é apenas com a promulgação da lei que a jurisdição penal irá se modificar e a Justiça Restaurativa se consolidar, pois apesar de a legislação tentar introduzir práticas inovadoras, os atores do processo que irão lhe dar a devida aplicação estão, ainda, predestinados a um modelo retributivo e um processo altamente padronizado e fechado, distantes da ideia de que um procedimento dialogal e conciliatório é uma resposta possível e efetiva na seara criminal. Tal suposição se torna provável após estudos aprofundados no âmbito dos Juizados Especiais Criminais que, apesar de suas devidas inovações, não foi suficiente para a superação da crise do paradigma dominante, conforme foi descrito no subcapítulo 1.3.

Como se não bastasse, o projeto de Lei n.º 7.006/2006 contribuiu para o insucesso na implantação de práticas restaurativas no Brasil, principalmente porque continua tratando o conflito penal como uma propriedade estatal. O artigo 1º já parece ser problemático, uma vez que torna esse tipo de processo uma mera faculdade em casos de crimes e contravenções penais, inexistindo um rol de quais delitos será submetido aos princípios restaurativos. Isso pode acarretar a restrição do seu campo de atuação, no sentido de que a aplicação acabará se dedicando, exclusivamente, a delitos de pouca significância. Como forma de superação dessa lacuna legislativa, Pallamolla²⁶³ sugere que poderiam ser levados em consideração para a escolha dos tipos de delitos tanto a quantidade de pena cominada como o bem jurídico penalmente tutelado.

No que tange ao encaminhamento do caso ao núcleo de Justiça Restaurativa, o artigo 4º merece alguns destaques. Quando o dispositivo refere que “o juiz, com anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informações, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal”, ele dificulta o uso das práticas restaurativas em duas situações. A primeira barreira consiste na necessidade do crivo tanto do Poder Judiciário quanto do Ministério Público, na medida em que essa dupla análise retira a vontade das partes, sobressaindo, mais uma vez, a vontade estatal, principalmente se for levado em consideração o viés

²⁶³PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 181.

punitivo do órgão ministerial. Já a segunda barreira se refere à documentação enviada ao núcleo, uma vez que, geralmente, as peças de informações, os termos circunstanciados e os inquéritos policiais visam a análise da culpa do ofensor, podendo ser distorcida a finalidade do procedimento restaurativo.

A louvável disposição do artigo 6º em afirmar que o núcleo de justiça restaurativa será composto por uma “coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada” merece um pequeno reparo apenas no que tange à falta de capacitação dos membros da comunidade, pois esta é uma condição essencial para a efetivação da Justiça Restaurativa, evitando que “seja percebida como mais um serviço pertencente apenas à estrutura judiciária, onde a participação do cidadão é pequena ou inexistente²⁶⁴”.

O artigo 14 do projeto, que visa alterar o artigo 24 no Código Penal, acrescentando o parágrafo quarto, e o artigo 15, que propõe a introdução do artigo 93-A do Código de Processo Penal, afirmam, respectivamente, que “poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo” e “curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas”. Interessante ressaltar que a palavra “poderá” precisaria ser substituída pelo verbo “deverá”, pois é possível que, simultaneamente à prática restaurativa, o órgão ministerial inicie a ação penal, de modo em que “a sentença condenatória se somará ao possível acordo restaurativo²⁶⁵”.

O artigo 16 é um dos dispositivos que trazem mais problemas no projeto em análise. Ele introduz no Código de Processo Penal o Capítulo VIII, que trata, especificadamente, do processo restaurativo e afirma, no artigo 556, que nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo. A exigência de requisito da personalidade, dos antecedentes, das circunstâncias e das consequências do

²⁶⁴PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 182.

²⁶⁵*Ibidem*, p. 185.

crime consistirá em um empecilho para a prática de atos restaurativos, principalmente para o reincidente e para os delitos com emprego de violência, restringindo, mais uma vez, para os crimes leves do ordenamento jurídico brasileiro. Segundo Pallamolla, “tais requisitos reproduzem a lógica punitiva do processo penal e perpetuam um direito penal do autor, sendo, portanto, imprescindível suprimi-los²⁶⁶”.

O parágrafo único do artigo 562 poderá acarretar graves consequências no futuro, caso não seja devidamente aplicado, pois afirma que “poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado” se não estiver em consonância com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos. Não obstante ser necessária a fiscalização do Poder Judiciário, deve-se ter cautela para que o magistrado não retire de sobremaneira a vontade das partes através da não homologação do acordo, pois, conforme já se ressaltou no subcapítulo 2.3, os resultados restaurativos podem abranger a reparação do dano material ou emocional, mas, também, um pedido de desculpas, um serviço comunitário e a realização de um tratamento, satisfazendo a vontade da vítima, mas que para o jurista pode parecer insuficiente.

Por fim, cabe ressaltar que o artigo 17 do projeto, que retifica o artigo 62 da Lei n.º 9.099/1995, afirma que o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e “o uso de práticas restaurativas”. A simples adição da expressão “práticas restaurativas” não será suficiente para alterar o caráter dos Juizados Especiais Criminais. Isso porque enquanto o Juizado possui como finalidade precípua a economia e a celeridade processual, a Justiça Restaurativa envolve um diálogo profundo com as partes, não sendo, assim, um instrumento compatível com a redução de carga de processos no Poder Judiciário. Afinal, uma das exigências da mediação é o tempo e este jamais poderá ser sacrificado no lugar de outras finalidades meramente processuais, simplesmente, porque ele é essencial para a discussão, a compreensão, a comunicação, a decisão, a responsabilização e a reparação dos danos.

²⁶⁶PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 186.

Não obstante as falhas apontadas no projeto de lei, a institucionalização da Justiça Restaurativa acarretará, necessariamente, um debate intenso em nível local, regional, nacional, comunitário, governamental, mas, principalmente, acadêmico a respeito do tema, o que, por si só, já é um avanço significativo para ensejar a mudança do sistema de justiça criminal e, conseqüentemente, para superar o paradigma repressivo.

Desse modo, é possível afirmar que se está em um período de transição paradigmática, arriscando-se uma nova compreensão dos conflitos sociais a fim de propor uma visão diversa “sobre as formas de proceder em face da responsabilização do agente em situação penal²⁶⁷” e de inaugurar uma perspectiva que necessita ser estudada, vivida, experimentada e aperfeiçoada, trazendo “um novo olhar sobre a mesma paisagem” e potencializando a “possibilidade de descoberta de detalhes e de circunstâncias até então não totalmente percebidas²⁶⁸”. Afinal, utilizando-se das reflexões do filósofo Gustav Radbruch²⁶⁹, pode-se afirmar que este trabalho monográfico não almeja fazer do Direito Penal algo melhor, mas sim fazer algo melhor do que o Direito Penal, sendo a Justiça Restaurativa “uma esperança que, sem trocadilhos, vale a pena²⁷⁰”.

²⁶⁷KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 94.

²⁶⁸*Ibidem*.

²⁶⁹RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 246.

²⁷⁰ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009, p. 255.

CONCLUSÃO

A pesquisa desenvolvida teve como foco a análise das soluções trazidas pelo Direito Penal e pela sua respectiva sistemática processual com a justificativa de auxiliar o efetivo tratamento dos conflitos sociais. Através de um estudo aprofundado da temática, mas não exaustivo, verificou-se que essas respostas são incapazes de evitar delitos, tampouco contribuir, de forma positiva, para a recuperação do ofensor, principalmente porque, ao invés de visar a responsabilização, busca, tão somente, a punição mediante o uso de dor e da imposição da culpa.

A violação dos direitos humanos e das garantias fundamentais nos presídios brasileiros, o alto índice de retorno ao cárcere, a insatisfação da vítima com o resultado do processo e a ausência de diálogo entre as pessoas envolvidas no conflito são apenas alguns dos fatores que contribuíram para o amadurecimento e a conscientização da falência da jurisdição repressiva. Agrega-se a isso, a falta de percepção da vítima e do ofensor como protagonistas do processo, posto que, atualmente, a primeira é vista como mera informante no procedimento; e o segundo é encarado como um expectador secundário do cenário, pois o objetivo principal volta-se ao cumprimento das “regras do jogo” através da participação do Juiz, do membro do Ministério Público e do defensor, resultando-se em decisões cientificistas, insensíveis e abstraídas da realidade social, na medida em que não atendem às necessidades e à satisfação do tripé vítima-ofensor-comunidade.

Assim, como forma de superação desse paradigma e, conseqüentemente, com o intuito de melhorar a qualidade de vida dos grupos criminalizados e de diminuir os elevados índices de encarceramento, introduziram-se políticas de substitutivos penais com as denominadas penas restritivas de direito e a promulgação da Lei n.º 9.099/1995.

Todavia, conforme foi explanado no decorrer deste trabalho, tais medidas, apesar de louváveis, não lograram êxito para a transformação da justiça penal tradicional, tornando-a, ainda mais repressiva, arbitrária e burocrática. Como se não bastasse, contribuiu com a lotação do sistema carcerário, na medida em que, apesar de se tratar de uma tentativa de introdução de um sistema dialogal na seara criminal, as penas restritivas de direitos e outras semelhantes não são penas, efetivamente,

alternativas. Isso porque, ao contrário de excluir as penas de prisão, apenas integram-na, o que corrobora a persistência de um sistema evasivo e insustentável.

Dessa forma, é possível auferir que a Justiça Restaurativa se insere no contexto da insuficiência da pena privativa de liberdade como resposta estatal à prática de delitos e da necessidade de ultrapassagem da ganância punitiva-retributiva do sistema processual penal. Surge, assim, a busca por meios alternativos para o tratamento da conflitualidade social a fim de descobrir novos caminhos para o abandono do arcaico modelo de justiça tradicional, que, ao contrário da sua finalidade teórica, potencializa, na prática, violação de direitos fundamentais dos apenados, dos presos provisórios, dos acusados e dos investigados, além de todos os seus familiares e as pessoas próximas ao conflito, incluindo, a vítima e a comunidade local.

Contudo, para que as finalidades deste incipiente modelo de justiça sejam atingidas, deve-se lembrar que a flexibilidade das medidas restaurativas e a introdução da mediação e da conciliação na esfera penal, através da introdução de um processo dialogal e transdisciplinar, não pode ocasionar o comprometimento das garantias já consagradas na Constituição Federal de 1988. Sendo isso respeitado, torna-se possível atingir a redução da aplicação de sanções punitivas, mas, acima de tudo, tornar o acesso à justiça mais equânime, reduzindo-se a distância entre o acesso *formal* ao Judiciário e o acesso *material* à efetivação da justiça.

Salienta-se, além disso, que a Justiça Restaurativa proporciona a democratização do processo, pois, com a observância dos princípios do processo comunicacional, da resolução alternativa e efetiva dos conflitos, do consenso, da voluntariedade e da dignidade da pessoa humana, propõe, sempre com a ajuda de um mediador/facilitador, uma aproximação e um diálogo entre partes, retirando do Estado o papel principal de legitimador do *jus puniendi* e, conseqüentemente, rompendo com a ideia de que as conseqüências do crime são de propriedade exclusivamente estatal.

Não obstante a existência de diversos empecilhos para a modificação da sistemática processual, podendo ser destacada a resistência e a aversão dos atores do processo e da própria sociedade ao abandono da punição e da vingança como significado de “justiça”, dificultando a consolidação de um novo paradigma plenamente desenvolvido, isso não pode ser considerado um obstáculo para a

efetivação de visões alternativas que possam guiar a busca de soluções à crise atual.

Para comprovar tal premissa, utilizou-se no final deste trabalho um subcapítulo destinado, exclusivamente, ao questionamento a respeito da aplicabilidade prática da Justiça Restaurativa no Brasil. Assim, as experiências realizadas no âmbito do Juizado da Infância e da Juventude, bem como a averiguação da expansão dessas práticas à justiça penal dos adultos comprovam que esse novo modelo de justiça, através da busca pela restauração de danos da vítima e pela efetiva responsabilização do infrator, de modo que ele assim o sinta, torna-se uma alternativa viável.

Muito embora haja algumas inadequações legislativas no Projeto de Lei n.º 7.006/2006, é possível auferir que a evolução a respeito da introdução da mediação e da conciliação no ordenamento jurídico brasileiro contribuirá para o debate em nível local, regional, nacional, comunitário, governamental, mas, principalmente, acadêmico a respeito do tema, o que, por si só, já é uma conquista.

Com base nos estudos das principais deficiências do sistema processual penal e da falência da pena privativa de liberdade como forma de reprovação e de prevenção do delito, bem como considerando os pilares e os fundamentos teóricos que alicerçam a Justiça Restaurativa e os métodos de tratamento de conflitos, através do exercício da mediação e do perdão entre os protagonistas envolvidos, abre-se, segundo as lições de Howard Zehr, uma “nova lente” de analisar os conflitos sociais tipificados como crime.

Em face disso, pode-se afirmar que a principal contribuição dessa nova maneira de analisar e interpretar o fato criminal consiste no desafio de atravessar a superficialidade do paradigma repressivo e mergulhar fundo na intersubjetividade do conflito, compreendendo os motivos pelos quais levaram o infrator a praticar o ato desviante, bem como as consequências e os sentimentos que sobrevieram na vida da vítima, sem excluir a participação da comunidade nesse momento de profunda restauração dos vínculos sociais.

Portanto, arrisca-se em afirmar que a Justiça Restaurativa é um modelo alternativo de tratamento do conflito penal, que necessita ser estudado, explorado, experimentado e aperfeiçoado com a árdua tentativa de atingir, no futuro, a superação do paradigma punitivo dominante.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça Restaurativa e Sistema Penal**: contribuições abolicionistas para uma política criminal do encontro. Disponível em: <<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/III/18.pdf>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. **Os estrangeiros no processo penal**: breve análise da justiça restaurativa. Disponível em: <<http://gabrieldivan.files.wordpress.com/2010/02/achutti-jusrest.pdf>>. Acesso em: 30 abril 2013.

ANDERY, Fernanda Resek. Medidas Alternativas. *In*: **Revista da Faculdade de Direito UFG**, volume 25, número 1, ano 2001. Disponível em: <<http://www.revistas.ufg.br/index.php/revfd/article/view/12025>>. Acesso em 30 set. 2013.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia crítica. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**, 2ª ed., Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2009.

BECKER, Howard S. **Outsiders**: estudos de sociologia do desvio. Tradução Maria Luiza X. Borges; revisão técnica Karina Kuschnir. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão**: causas e alternativas. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BRASIL. **Decreto n.º 678**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 09 out. 2013.

BRASIL. **Decreto-lei 2848, de 07 de dezembro de 1940**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 dez. 1940. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

BRASIL. **Decreto Lei n.º 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília. DF. 03 out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 02 out. 2013.

BRASIL. **Exposições de Motivos n.º 213**, de 09 de maio de 1983 da Lei 7210, de 11 de julho de 1984. Disponível em: <http://advonline.info/vademecum/2008/HTMS/PDFS/LEIS/L7210_84.PDF>. Acesso em: 17 set. 2013.

BRASIL. **Decreto n.º 7.037 de 21 de dezembro de 2009**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Decreto/D7037.htm>. Acesso em 31 out. 2013.

BRASIL. **Lei 7210, de 11 de julho de 1984**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 jul. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em 12 set. 2013.

BRASIL. **Lei 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 26 set. 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 11 out. 2013.

BRASIL. **Lei n.º 12.594, de 18 de janeiro de 2012**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm>. Acesso em 31 out. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 7.006, de 10 de maio de 2006**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em: 07 nov. 2013.

CAMUS, Albert. **Estado de sítio; O estrangeiro**. Tradução: Maria Jachinta e Antonio Quadros. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Leme: CL EDIJUR, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; WEIGERT, Mariana de Assis Brasil e. **As Alternativas às Penas e às Medidas Socioeducativas: estudo comparado entre distintos modelos de controle social punitivo**. *In*: Publicação do Programa de Pós-graduação em Direito da UFSC, Ano XXXIII, Volume 33, número 64, julho de 2012, UFSC, Florianópolis, SC, Brasil. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2012v33n64p227/22471>>. Acesso em 27 set. 2013.

_____. 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. Organizadores: Salo de Carvalho e Alexandre Wunderlich. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. **Penas e medidas de segurança no direito brasileiro**: fundamentos e aplicação judicial. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. Substitutivos penais na era do grande encarceramento. *In*: **Criminologia e Sistema Jurídico-Penais Contemporâneos II**. Organizadora: Ruth Maria ChittóGauer. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010. Disponível em: <<http://www.pucrs.br/edipucrs/Crimin.eSist.Jurid.PenaisContemp.II.pdf>> Acesso em: 02 jun. 2013.

Conselho Nacional de Justiça, **Resolução n.º 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/atos-da-presidencia/323-resolucoes/12243-resolucao-no-125-de-29-de-novembro-de-2010>>. Acesso em 16 out. 2013.

Conselho Nacional do Ministério Público. **A visão do Ministério Público sobre o Sistema Prisional Brasileiro**. Brasília: CNMP, 2013. Disponível em: <http://www2.cnmp.mp.br/portal/images/portal-2013/noticias/2013/Sistema%20Prisional_web_final_2.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2013.

DALLARI, Damo de Abreu. **A Constituição na vida dos povos**: da Idade Média ao Século XXI. São Paulo, 2010.

DA ROSA, Alexandre Morais. **Decisão penal**: a bricolagem de significantes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DA SILVA, João Carlos Caralho; Saliba, Maurício Gonçalves. O direito na pós-modernidade: para uma análise crítica da justiça restaurativa. *In*: Congresso Nacional do CONPEDI, Vitória, 2011. **Anais do XX Congresso Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011, p. 11578.

DE AZEVEDO, André Gomma. O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abri 2013.

DE AVEZEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. *In*: **Diálogos sobre Justiça Dialogal**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça Criminal, Justiça Restaurativa e Direitos Humanos. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abri 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Carolina Costa. As ilusões do paradigma punitivo e as novas perspectivas de solução de conflitos: a justiça restaurativa como caminho possível à crise do sistema penal brasileiro. Disponível em: <<http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/231>>. Acesso em: 17 jun. 2013.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**: nascimento da prisão. Tradução Raquel Ramalhe. Petrópoles: Vozes, 2006.

FROESTAD, Jan; SHEARING, CLIFFORD. Prática da Justiça – O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abril 2013.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução: Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Encarceramento massivo**: População carcerária cresceu 6,8% em seis meses. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jan-23/luiz-flavio-gomes-populacao-carceraria-cresceu-68-seis-meses>>. Acesso em 29 set. 2013.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil**. Tradução: Alex Martins. São Paulo: Martin Claret, 2002.

Justiça Restaurativa em Porto Alegre. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=102&pg=0#.UnJvpnDyLVQ>>. Acesso em: 31 out. 2013.

KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução: Torrieri Guimarães. 3ª ed., São Paulo: Martin Claret, 2009

KARAM, Maria Lucia. A violenta, danosa e dolorosa realização do poder punitivo: considerações sobre a pena. *In*: **Desconstrução das práticas punitivas**. Virgílio de Mattos [org.]. Belo Horizonte: CRESS 6ª Região/CRP-MG, 2010.

KONZEN, Afonso Armando. **Justiça Restaurativa e Ato Infracional**: Desvelando sentidos no itinerário da Alteridade. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: a contribuição de Hannah Arendt, ESTUDOS AVANÇADOS 11 (30), 1997.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. Volume 01, 4ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MARSHALL, Chris; BOYACH Jim; BOWEN Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores. *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abri 2013.

OLIVEIRA, Odete Maria de. **Prisão**: um paradoxo social. 3ª ed., Florianópolis: Editora da UFSC, 2003.

Organização das Nações Unidas (ONU), **Resolução 2002/12, de 24 de julho de 2002**. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=366&pg=0#.UI7gOdLyKGt>>. Acesso em: 16 jun. 2013.

OSINI, Adriana Goulart de Sena; Lara; Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil**: A afirmação da Justiça Restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à justiça. Disponível em: <http://www8.tjmg.jus.br/presidencia/programanovosrumos/pai_pj/revista/edicao_02_02/08_ResponsabilidadesV2N2_Antena01.pdf> Acesso em 02 jun. 2013.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa**: da teoria à prática. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PAVARINI, Massino. **Punir mais só piora crime e agrava a insegurança**. Folha de São Paulo, São Paulo, 31 ago. 2009. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff3108200916.htm>> Acesso em 18 jun. 2013.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? *In*: Slakmon, Catherine; Vitto de, Renato Campos Pinto; Pinto, Renato Sócrates Gomes (Org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD. Disponível em: <http://www.sel.eesc.usp.br/informatica/graduacao/material/etica/private/justica_restaurativa_livro_com_coletanea_de_artigos.pdf>. Acesso em: 13 abri 2013.

Poder Judiciário e Prefeitura da Serra Gaúcha assinam primeiro convênio para a implantação de Justiça Restaurativa. Disponível em: <<http://www.justica21.org.br/j21.php?id=477&pg=0#.Unkv2HDyLVQ>>. Acesso em: 06 nov. 2013.

PRADO, Geraldo. Transação Penal: Alguns Aspectos Controvertidos. *In: Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais*. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

RADBRUCH, Gustav. **Filosofia do Direito**. Tradução Marlene Holzhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

REZENDE, Eduardo. Justiça Restaurativa e seus desafios histórico-culturais. Um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. *In: Bastos, Márcio Thomaz; Lopes, Carlos e Renault, Sérgio Rabello Tamm (Orgs). Justiça Restaurativa: Coletânea de Artigos*. Brasília: MJ e PNUD, 2005. Disponível em: <http://200.169.22.139/justica21orgbr/interno.php?ativo=BIBLIOTECA&sub_ativo=RESUMO&artigo=185&PHPSESSID=9e63c418a5749f17042639d6f432a947>. Acesso em: 23 out. 2013.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: Policiamento e Segurança Pública no Século XXI**. 2ª ed., Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed.; Oxford, Inglaterra: University of Oxford, Centre for Brazilian Studies, 2009.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução: Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz, Maria Fernanda Palma, Ana Isabel de Figueiredo. 3ª ed., Lisboa: Coleção Vega Universidade, 1998.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça Restaurativa e Paradigma Punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: O social e o político na pós-modernidade**. 13ed., São Paulo: Cortez, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCURO NETO, Pedro *apud* PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça Restaurativa: da teoria à prática**. 1ª ed., São Paulo: IBCCRIM, 2009.

WACQUANT, *Loïc*. **As prisões da miséria**. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

WARAT, Luis Alberto. **Surfando na Pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

WUNDERLICH, Alexandre. Vítima no processo penal (Impressões sobre o fracasso da Lei n.º 9.099/95). *In*: **Novos Diálogos Sobre os Juizados Especiais Criminais**. Organizadores: Alexandre Wunderlich e Salo de Carvalho, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: Um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.