



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PERSPECTIVA PARA A
SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PUNITIVO**

MARCELO GONÇALVES SALIBA

Orientador: Prof. Dr. ELIEZER GOMES DA SILVA

JACAREZINHO (PR) – 2007



FACULDADE ESTADUAL DE DIREITO DO NORTE PIONEIRO

PROGRAMA DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO PERSPECTIVA PARA A
SUPERAÇÃO DO PARADIGMA PUNITIVO**

MARCELO GONÇALVES SALIBA

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Ciência Jurídica, da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro, como requisito final para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. ELIEZER GOMES DA SILVA

JACAREZINHO (PR) – 2007

A aprovação da presente dissertação não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro à ideologia que a fundamenta ou que nela é exposta.

RESUMO

O controle social exercido por meio do sistema penal foi construído dentro do projeto da modernidade e sua resposta baseou-se unicamente na retribuição pela pena. As bases ideológicas do sistema retributivo são diversas, todavia, ao se penetrar no âmago do sistema, percebe-se que a finalidade de sustentação do projeto liberal capitalista trilhou e determinou os seus rumos. A ordem positivista foi determinante e nas instituições disciplinares a expressão desse projeto ganhou vida e corpo. O direcionamento do foco do sistema foi determinado de acordo com esses interesses e uma crise se fundou. As conseqüências da punição são estigmatização, exclusão e morte social do delinqüente, previamente selecionado. A seleção não foi aleatória, mas previamente engendrada. Da docilização dos corpos e ligação ao aparelho produtivo, caminhou-se para a anulação do *outro*. A justiça penal, baseada numa ciência dogmática positivista, não rompe com aqueles falsos pilares da modernidade e a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental e natural, exige um novo viés, numa revolução paradigmática, limitada e determinada pelos direitos humanos. A superação do sistema retributivo por uma forma de justiça inclusiva, não discriminatória e não elitizada, bem como a descriminalização e despenalização, é determinante para a legitimação do sistema. A revitalização da vítima e a preservação de seus interesses são meios indeclináveis para a pacificação dos conflitos sociais. Um novo modelo de justiça, baseado e calcado no consenso, com a participação das partes envolvidas no conflito ou problema social e mais a comunidade, surge como uma via adequada para o respeito à dignidade da pessoa humana, com o rompimento do tradicional sistema penal e a aplicação de um remédio social não punitivo. A restauração dos envolvidos no conflito – vítima, delinqüente e comunidade – permite a proteção dos interesses sociais e a reinserção social dos agentes, sem a estigmatização da pena. A restauração é um amplo processo de conscientização sobre o delito e suas conseqüências, buscando não somente uma resposta para um fato passado, mas também uma discussão sobre o presente para se evitar um problema futuro. A reparação do dano é apenas uma etapa do processo restaurativo, porém sua existência não se apresenta como indispensável. A resposta penal oferecida pela justiça restaurativa deve englobar os interesses a serem preservados e nortear-se pela dignidade da pessoa humana, em respeito aos direitos humanos, não se eliminando o Poder Judiciário, mas criando vias paralelas de acesso, a encontrarem-se quando necessário. Um novo modelo de justiça penal, promotor da justiça social e da inclusão social, tem de ser implementado em superação ao paradigma retributivo.

Palavras-Chave: Justiça penal. Modernidade. Pós-modernidade. Exclusão. Inclusão. Justiça restaurativa.

ABSTRACT

The social control exercised through the penal system was built inside the project of the modernity and its answer was based only in the retribution for the sentence. There are several ideological bases in the retributive system, though, when penetrating inner deep the system, it is noticed that the purpose of the liberal capitalist project supporting has made and determined its directions. The positivist order was decisive and in the disciplinary institutions the expression of this current project has gotten its own life and body. The direction of the focus of the system was determined in agreement with those interests and a crisis was created. The consequences of the punishment are the appliance of labels, exclusion and the criminal's social death, which are previously selected. The selection was not only aleatory, but also previously engendered. From the docility of the bodies and the connection with the productive system was taken to the annulment of the other one. The criminal courts, which is based on a dogmatic positivist science, doesn't break up with those false pillars of the modernity and the human person's dignity, fundamental and natural principles, but it demands a new inclination in a paradigmatic revolution limited and directed for the human rights. The overcoming of the retributive system for a form of inclusive justice, non discriminating and non elitist, as well as the absolving and non punishing are decisive for the legitimation of the system. The victim's revitalization and the preservation of his interests are indeclinable means for the conciliation of the social conflicts. With the breaking of the traditional criminal system and the application of a social non punitive remedy, a new model of justice, based and stepped on the consent with the participation of the parts involved in the conflict or social problem and the community, appears as an appropriate way for the respect for the human person's dignity. The restoration of the involved people in the conflict - victim, criminal and community - allows the protection of the social interests tutored by the Law and the agents' social replacement, without the social labels of the sentence. The restoration is a wide understanding process about the crime and its consequences, which is looking for not only an answer for a last fact, but also a discussion on the present, in order to avoid a future one. The repair of the damage is just a stage of the restorative process, however its existence doesn't come as indispensable. The penal answer offered by the restorative justice must include the interests to be preserved and to orientate for the human person's dignity, in respect to the human rights, not only eliminating the Judiciary, but also creating parallel ways of access to be established when necessary.

Key-Words: Penal justice. Modernity. Post modernity. Exclusion. Inclusion. Restorative justice.

Odeio os indiferentes. Acredito que viver significa tomar partido. Não podem existir apenas homens, estranhos à cidade. Quem de verdade existe e vive não pode deixar de ser cidadão e partidário. Indiferença é abulia, é parasitismo, é covardia !!! Não é vida. A indiferença é o peso morto da história. É a bala de chumbo para o inovador. É a matéria que se afogam freqüentemente os entusiasmos mais esplendorosos, É o fosso que circunda a velha cidade e a defende melhor que seus guerreiros. Odeio os indiferentes também porque me provocam tédio as suas lamúrias de eternos inocentes. Peço conta a todos eles pela maneira como cumpriram a tarefa que a vida lhes impôs e impõe cotidianamente, do que fizeram e sobretudo do que não fizeram. E sinto que posso ser inexorável, que não devo desperdiçar minha compaixão, que não posso repartir com eles minhas lágrimas. Sou cidadão, estou vivo, sinto nas consciências vivas dos que estão comigo pulsar a atividade da cidade futura, que estamos a construir (Antonio Gramsci, 1917).

Os filósofos limitaram-se até agora a interpretar o mundo de diferentes maneiras; o que importa é transformá-lo (Karl Marx, 1845).

AGRADECIMENTOS

Enumerar e agradecer todos aqueles que, verdadeiramente, me ajudaram a desenvolver o trabalho e, principalmente, chegar até ele, é uma tarefa árdua, senão impossível. Contudo, não posso deixar de registrar meu profundo e sincero agradecimento a pessoas que estiveram ao meu lado e, por algum motivo, possibilitaram-me os estudos e a conclusão da dissertação.

Meus familiares, em especial irmãos (no qual incluo cunhado e cunhada) e sobrinhas, foram base de uma formação harmoniosa na família e o feliz convívio sempre tornou a vida mais fácil e prazerosa. Mesmo nos momentos difíceis, a superação foi possível pela nossa convivência e alegria.

Aos colegas do mestrado, pelos dias e horas de discussão, sempre bem humorados e inteligentes.

Ao professor Doutor Reinéro Antonio Lérias, que contribuiu com suas discussões e indicações.

Ao professor e amigo Doutor Vladimir Brega Filho, por todo apoio dispensado ao início de minha carreira no Ministério Público, depois na docência e, agora, no mestrado.

Ao professor Doutor Eliezer Gomes da Silva, pela compreensão em me acolher quando ainda caminhava sem qualquer rumo; pela sua perspicácia em escolher temas de trabalho, com precisa indicação bibliográfica; pela paciência em discutir dúvidas acadêmicas; pela oportunidade de mostrar-me um direito penal que ainda se pode acreditar e pelo qual se deve lutar.

*Aos meus pais, José Miguel e Maria José, pela vida
renunciada em nosso favor.
À minha amada Claudia pelos dias de convívio que se
perderam, pela dedicação e compreensão.
Ao meu filho Mateus e a minha filha nascitura
Mariana, frutos do nosso amor, para que encontrem um
mundo com justiça social, menos conflituoso e violento.*

SUMÁRIO

RESUMO	4
ABSTRACT	5
AGRADECIMENTOS	7
SUMÁRIO	9/10
INTRODUÇÃO	11/13
CAPÍTULO I	14/80
1. SISTEMA DE CONTROLE SOCIAL E POLÍTICO.....	14/15
2. A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE.....	15/23
3. BASES IDEOLÓGICAS DO SISTEMA RETRIBUTIVO.....	23/27
3.1. Teorias sobre a pena.....	27/28
3.2. Teorias absolutas ou retributivas.....	28/32
3.3. Teorias relativas ou utilitaristas.....	32/40
3.4. Teorias mistas e teorias da prevenção geral positiva fundamentadora e prevenção geral positiva limitadora.....	40/43
3.5. Teorias abolicionistas.....	44/48
4. CRISE CONTEMPORÂNEA DO SISTEMA RETRIBUTIVO.....	48/66
4.1. A segregação da liberdade.....	66/69
4.2. Perspectivas comunitárias.....	69/72
4.3. Justiça penal na modernidade.....	72/78
4.4. A (des)legitimação do sistema penal.....	79/80
CAPÍTULO II	81/122
5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	81/90
6. O PAPEL DA VÍTIMA NO SISTEMA PENAL.....	90/98
7. O TRÍPLICE INTERESSE: OFENDIDO/OFENSOR/COMUNIDADE.....	98/107
8. PERSPECTIVA REDUCIONISTA.....	107/113
8.1. Descriminalização e despenalização.....	113/122
CAPÍTULO III	123/155
9. UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA – JUSTIÇA RESTAURATIVA.....	123/124
9.1. Conceito.....	124/128
9.2. Características e princípios da justiça restaurativa.....	128/133

9.3. O diálogo: vítima/desviante/comunidade.....	133/143
9.4. Reconciliação, composição e perdão – a restauração.....	143/150
9.5. Funcionamento da justiça restaurativa.....	150/154
9.6. Justiça restaurativa e Poder Judiciário.....	154/155
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	156/158
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	159/170

INTRODUÇÃO

A justiça penal tradicional é hodiernamente a ponta final do iceberg de um sistema em profunda crise de legitimidade, cujas raízes encontram-se dentro do projeto da modernidade, amparado na razão humana como base científica de todo o desenvolvimento humano. Sob essa imensa pedra, há um sistema que se articula e desenvolve, ocupando todos os espaços vazios para permitir a sustentação daquela.

A saturação do sistema penal construído dentro da modernidade exige a revalorização dos ideais fundantes da justiça penal, em busca um novo modelo que se adapte ao projeto pós-moderno. Os valores fundamentais agora são a diferença, a solidariedade e a liberdade. Apontar um novo modelo de justiça penal que determine o rumo de todo o sistema penal, em respeito a esses novos fundamentos, é uma obrigação a que todos os operadores do Direito, que não sejam *indiferentes* à crise do sistema, têm de propor-se a fazer. Dentro desse ideal, motivamo-nos a apresentar a justiça restaurativa como uma opção àquele saturado modelo. O estudo que, para tanto, empreendemos assumiu a conformação a seguir descrita.

Assim, no Capítulo I abordamos as bases e teorias do tradicional sistema penal e sua deslegitimidade, enquanto no Capítulo II nos propomos a traçar linhas mestras para a legitimação do sistema. Finalmente, no Capítulo III apresentamos a justiça restaurativa com idéias particulares a respeito desse novo modelo.

Dentro dessa perspectiva, no Capítulo I apresentamos os sistemas de controle social e político e a conceituação dos mesmos, para, a partir daí, determinado um ponto, dentre tantos outros existentes no projeto da modernidade, discutirmos e estabelecermos um conceito de modernidade e pós-modernidade. A discussão doutrinária quanto aos pilares desses paradigmas voltou-se, sempre, para o controle social e político, preparando linhas para a discussão do sistema retributivo, que teve suas bases ideológicas determinadas e alinhavadas por aquele projeto. A pena foi apresentada como única resposta capaz de solucionar os problemas sociais escritos como delitos e suas teorias justificadoras, com indicação de seus ideólogos, teve por fim escancarar suas bases. Em contraposição aos justificadores, apresentamos a teoria do abolicionismo, com o fim de marcar suas legítimas e embasadas críticas e, mesmo que sucintamente, discutir sobre sua possibilidade de aplicação. Alicerçada a idéia geral do sistema penal dentro da

modernidade, apontamos as razões que determinaram sua crise, cabendo destaque para a falência da pena privativa de liberdade e as perspectivas comunitárias. Finalmente, na ponta do sistema piramidal, representando a cientificidade e a razão da ciência dogmática positivista, traçamos considerações sobre a justiça penal construída na modernidade.

Uma revolução paradigmática a superar os falsos pilares da modernidade exige uma releitura do sistema penal, com observância de regras fixas em respeito à dignidade da pessoa humana e aos Direitos humanos.

Baseado nesses novos ideais, traçamos no Capítulo II regras mínimas para um novo modelo de justiça penal. A dignidade da pessoa humana está à porta da discussão e é determinante para moldar todos os demais ideais a serem analisados, motivo pelo qual a conceituação e a discussão partiram da modernidade para alcançar a pós-modernidade. Os novos ideais exigem acessibilidade e participação efetiva na justiça penal, que tem inegável valor social, razão pela qual o papel da vítima, do desviante e da comunidade encontrou destaque, sendo o restabelecer dos interesses o marco divisório da tradicional justiça penal para uma justiça social inclusiva. Todavia, uma redução do campo de atuação do sistema penal, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, mediante a descriminalização e despenalização, é essencial se se quer menos dominação e mais inclusão, tendo sido, então, analisados esses ideais reducionistas.

Determinado que o sistema penal deve restringir-se ao mínimo campo de atuação, em respeito aos valores da dignidade da pessoa humana, um novo modelo de justiça penal, a superar aquele construído na modernidade, foi por nós apresentado, sem a pretensão ou a proposta de eliminar a tutela do Poder Judiciário, mas com o compromisso de revisar a forma de participação dos operadores do Direito, dos envolvidos no conflito social e apresentar uma nova forma de resposta legítima.

O Capítulo III, então, dedica-se unicamente à justiça restaurativa, apresentada como um novo modelo de justiça penal. Para tanto, tratamos de sua conceituação, dentro das dificuldades iniciais para um modelo em formação, bem como de suas características e princípios norteadores. O diálogo da vítima, desviante e comunidade, dada a importância fundamental para o novo modelo, foi por nós analisado e discutido, bem como a restauração, como resposta válida para aquilo que se quer propor como alternativa de resposta social e estatal. O

procedimento da justiça restaurativa e a inafastabilidade da tutela jurisdicional encerram a discussão desse projeto a ser construído na pós-modernidade, em busca de uma justiça social inclusiva.

Sob o título de considerações finais, apresentamos nossas idéias sobre a tradicional justiça penal, com que os operadores do Direito deparam-se no dia-a-dia, e um modelo de justiça a que denominamos justiça penal social inclusiva.

CAPÍTULO I

1. SISTEMA DE CONTROLE SOCIAL E POLÍTICO

A reação como meio de controle social está enraizada na sociedade humana e busca dar estabilidade ou poder sobre as relações, sejam elas pessoais ou transcendentais, e seus sistemas se alteraram com a sociedade.

As estratégias de controle social são diversas e exercidas por órgãos diversos, estabelecidos em estruturas de poder, onde o grupo social mais forte domina e exclui as classes subalternas, algumas vezes de forma aparente e específica, outras de forma não aparente e não específica, tanto que Zaffaroni e Pierangeli ensinam:

“controle social se vale, pois, desde meios mais ou menos ‘difusos’ e encobertos até meios específicos e explícitos, como é o sistema penal (polícia, juízes, agentes penitenciários etc). A enorme extensão e complexidade do fenômeno controle social demonstra que uma sociedade é mais ou menos autoritária ou mais ou menos democrática, segundo se oriente em um ou outro sentido a totalidade do fenômeno e não unicamente a parte do controle social institucionalizado ou explícito.”¹

O direcionamento desse controle social, dentro da totalidade do fenômeno, dá orientação e sustentação aos membros da sociedade, amparando um regime democrático ou autoritário, com ou sem liberdades civis. Numa precisa conceituação, indicando sua amplitude e seu potencial disseminador, Aniyar de Castro entende por controle social o

“conjunto de sistemas normativos (religião, ética, costumes, usos, terapêutica e Direito – este último entendido em todos os seus ramos, na medida em que exercem esse controle reprodutor, mas especialmente no campo penal; em seus conteúdos como em seus não-conteúdos) cujos portadores, através de processos seletivos (estereotipia e criminalização) e estratégias de socialização (primária ou secundária ou substitutiva), estabelecem uma rede de contenções que garantem a fidelidade (ou, no fracasso dela, a submissão) das massas aos valores do sistema de dominação; o que, por motivos inerentes aos potenciais tipos de conduta

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

dissociante, se faz sobre destinatários sociais diferencialmente controlados segundo a classe a que pertencem.”²

Dentro desse amplo sistema normativo encontra-se a religião, a ética, os costumes, os usos e também o Direito, nos seus mais variados ramos. O Direito penal dá sustentação para a reação punitiva, uma das formas especiais de contenção e reação social, identificada como uma sanção negativa, podendo-se citar a conciliação, a reparação e o tratamento como outras formas possíveis de reação social. O sistema penal, por sua vez, é “parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo”³, compreendendo-se punição, segundo Zaffaroni e Pierangeli, como

“uma ação e efeito sancionatório que pretende responder a outra conduta, ainda que nem sempre a conduta correspondente seja uma conduta prevista na lei penal, podendo ser ações que denotem qualidades pessoais, posto que o sistema penal, dada sua seletividade, parece indicar mais qualidades pessoais do que ações, porque a ação filtradora o leva a funcionar desta maneira. Na realidade, em que pese o discurso jurídico, o sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas mais que contra certas ações.”⁴

O sistema social a impor a dominação dos grupos subalternos movimenta o sistema penal de acordo com seus interesses de contenção e as bases do sistema normativo, construído na modernidade, permitiu a dominação desses grupos, seletivamente marcados, sob foco de atuação dos sistemas e com a punição instrumentalizada em desacordo com o discurso jurídico.

2. A MODERNIDADE E A PÓS-MODERNIDADE

O marco inicial da modernidade não se dá a um só tempo, sendo um processo histórico longo e gradual. Há questionamentos diversos quanto ao conceito

² CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 54-5.

³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

e início da modernidade, chegando alguns a negá-la e outros a pregar seu fim com a pós-modernidade⁵.

O conceito de Bittar de modernidade está amparado no seu amplo projeto e parte das transformações operadas, determinantes do rompimento com um paradigma anterior:

“A modernidade, portanto, significa, numa perspectiva geográfico-temporal, ‘...o estilo, costume de vida ou organização social que emergiam na Europa a partir do século XVII e que ulteriormente se tornaram mais ou menos mundiais em sua influência’, como afirma Antony Giddens. Mas a modernidade, não podendo ser deslocada do tempo e do espaço, também não pode ver-se atrelada simplesmente a estes dois elementos. Deve também ser compreendida como um conjunto de transformações culturais, sociais e econômicas, bem como políticas, que haveriam de se produzir, sustentadas por fortes ideais filosóficos, entre os séculos XVII e XIX, com vistas à consolidação de características (que serão destacadas ao longo do texto) tornadas projeto-meta para a reconfiguração das relações humanas e sociais na Europa ocidental, algo que acabou por se universalizar.”⁶

Essa amplitude e não determinação de um marco interruptivo certo fez com que a construção intelectual da modernidade se assentasse em diversos pensadores, como Jean Bodin (1530-1596), Nicolau Maquiavel (1469-1527), Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704), Adam Smith (1723-1790), Montesquieu (1689-1755), Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), Immanuel Kant (1724-1804), Hegel (1770-1831) e Karl Marx (1818-1883), não existindo uma uniformidade doutrinária sobre “o pensador que carregaria o ônus de ter dado início

⁵ “Por pós-modernidade se entende o conjunto de características que demarcaram uma nova ‘era histórica’, o fim da modernidade do mundo contemporâneo e uma nova maneira de ver e ser no mundo. Mas não seria, como a maioria dos pesquisadores acredita, apenas uma ruptura com o paradigma da modernidade, surgido com a Revolução Francesa. Ainda mais porque, como demonstrado, se existe uma ruptura paradigmática, ela tem uma causa, uma origem, mediata e imediata, em fatos que produziram o efeito da mudança. Ou seja, a pós-modernidade foi gerada na modernidade, assim como a Revolução Francesa foi no Absolutismo e no Protestantismo; e a Revolução Russa, por sua vez, na Francesa. A mudança de um ‘paradigma’, para ocorrer, necessita de um processo lento de transformação de valores e costumes.” SIQUEIRA, Holgonsi Soares G. **A pós-modernidade: consequência da revolução gnóstica e igualitária** Disponível em <<http://www.angelfire.com/id/Viotti>>. Acesso em 22 de março de 2006. Cf. Juliana Cabral: “Para nós, deve a pós-modernidade ser compreendida como um novo momento histórico, marcado pela expansão global de um capitalismo de ações voláteis, do qual o final da guerra fria e a criação invasiva dos primeiros personal computers (PCs) são símbolos indelévelis”. CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p.39.

⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 35.

consciente à modernidade”⁷. Representam eles o conjunto de transformações, a que Bittar se refere. E toda essa construção, como escreve Celso Luiz Ludwig:

“se funda e age a partir e nos parâmetros paradigmáticos do sujeito. Desde Descartes ao idealismo alemão a fundamentação do pensar é a consciência, o sujeito. Inicialmente como razão pura, em Descartes; depois como eu penso em geral, em Kant, como interioridade absoluta do eu em Fichte, como eu absoluto plenamente acabado em Schelling; para finalizar como Idéia absoluta do processo de totalidade, em Hegel. Nos pensadores centrais do período a direção do movimento é sempre a mesma: não mais em direção ao ser, mas em direção à consciência.”⁸

O teocentrismo do período pré-moderno dá lugar ao antropocentrismo da modernidade, que coloca a razão, expressa no pensar e existir, e o homem no centro, mas não somente o homem e sim toda a realidade externa, “mundana, passa a ser pensada tendo em conta o novo horizonte anunciado”⁹. A razão quebra um paradigma ou episteme e um novo processo se inicia, influenciando e interferindo em todas as áreas do conhecimento humano. A razão¹⁰ tem autonomia nesse novo horizonte que se avizinha e o projeto da modernidade tem por fim criar a “ordem”¹¹. Razão e ordem unem-se numa relação espiral na modernidade, estando no centro da espiral a razão e no extremo oposto a ordem, amarrando e entrelaçando o conhecimento e as ciências humanas. E, compreende-se como ordem a regularidade e estabilidade dos atos humanos; um mundo onde as “probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis,

⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 43.

⁸ LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

⁹ LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

¹⁰ Cf. Camargo: “A modernidade se caracteriza pela racionalização do homem, tendo na razão o que melhor pode aspirar ao espírito humano, ‘em relação à unidade do saber, à capacidade das idéias, para dizer com Kant; a dialética compreensão da totalidade, como se denomina na linguagem de Hegel.” CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. **Contradições da modernidade e Direito penal**. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, p. 117, out./dez. 1996.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 12.

outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis”¹². E, a psicologia burguesa, pode ser identificada como a tendência do homem para a segurança.

A razão é a base científica para o estabelecimento da ordem, a permitir seu desenvolvimento, já que a modernidade é “a época, ou o estilo de vida, em que a colocação em ordem depende do desmantelamento da ordem ‘tradicional’, herdada e recebida; em que ‘ser’ significa um novo começo permanente”, nas palavras de Bauman¹³. Chevitarese também vê a razão e a conseqüente segurança como projetos da modernidade, como um “grande sonho” da razão como “libertadora”, apresentando-se, por conseguinte, o discurso iluminista como a “emancipação pela revolução ou pelo saber”¹⁴. Esse projeto da modernidade é indicado por Harvey como um

“extraordinário esforço intelectual dos pensadores iluministas ‘para desenvolver a ciência objetiva, a moralidade e a lei universais e a arte autônoma nos termos da própria lógica interna destas’. A idéia era usar o acúmulo de conhecimento gerado por muitas pessoas trabalhando livre e criativamente em busca da emancipação humana e do enriquecimento da vida diária.”¹⁵

A segurança e a estabilidade da sociedade moderna, dominadora e controladora da cientificidade a submeter-se à razão humana, encontraram no positivismo jurídico¹⁶ a expressão da ordem, não no sentido da existência de leis escritas, que já eram observadas anteriormente¹⁷, mas no sentido de dar sustentação à razão e à ordem. O positivismo jurídico encontra seu campo de desenvolvimento dentro desse novo paradigma que se apresenta, e para Augusto Comte, um dos pensadores da modernidade, fundador do positivismo, o termo “positiva” designa “o real frente ao quimérico, o útil frente ao inútil, o certo frente ao

¹² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 15.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 20.

¹⁴ CHEVITARESE, L. **As razões da pós-modernidade**. Disponível em <<http://www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>>. Acesso em 23 de março de 2006.

¹⁵ HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 15ª ed. São Paulo: Loyola, 2006, p. 23.

¹⁶ Nossas considerações estão relacionadas ao positivismo jurídico, e não se desconhece a importância do positivismo para o desenvolvimento das ciências, contudo, dentro do estrito campo de trabalho, essa abordagem não foi objeto de pesquisa.

incerto, o preciso frente ao vago, o relativo frente ao absoluto, o orgânico frente ao inorgânico, e o simpático frente à intolerância”¹⁸. Com a morte de Deus, nasce a ciência, não questionadora da ordem legal, determinando como razão do positivismo a razão instrumental ou técnica.

Numa mesma linha de desenvolvimento, dentro dos pilares da modernidade, outras expressões podem ser identificadas como caracteres desse projeto, sendo eles o Estado e a afirmação do modelo capitalista, o surgimento “da nação como fonte de segurança e estabilidade territoriais”¹⁹. Roger Silva Aguiar, inclusive, traça um paralelo entre o surgimento do Estado e da lei, que para ele foi um “divisor na evolução do Direito”²⁰, como característicos do projeto da modernidade.

O Direito, expressado no positivismo jurídico da modernidade, foi base e teto para os institutos de controle e de “normalização”, dentro da “sociedade disciplinar”, e tem por fim ligar o homem ao “aparelho de produção”²¹ capitalista, e a

“sociedade moderna que se forma no começo do século XIX é, no fundo, indiferente ou relativamente indiferente à pertinência espacial dos indivíduos; ela não se interessa pelo controle espacial dos indivíduos na forma de sua pertinência a uma terra, a um lugar, mas simplesmente na medida em que tem necessidade de que os homens coloquem à sua disposição seu tempo. É preciso que o tempo dos homens seja oferecido ao aparelho de produção; que o aparelho de produção possa utilizar o tempo de vida, o tempo de existência dos homens. É para isso e desta forma que o controle exerce.”²²

Como projeto da modernidade o Direito é um dos ingredientes determinantes para a “docilização dos corpos”, junto às instituições disciplinares, na expressão de Michel Foucault, e na “sociedade disciplinar”, fabricando “submissos e

¹⁷ O Código de Hamurabi, a legislação mosaica e a Lei das XII Tábuas são exemplos de leis escritas na pré-modernidade.

¹⁸ Apud RIBEIRO, João. **O que é positivismo**. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 17.

¹⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 56.

²⁰ AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói, RJ: Impetus, 2004, p. 145.

²¹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 166.

²² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 166.

exercitados, corpos ‘dóceis’²³. O Direito não é uma instituição disciplinar²⁴ e com ela não se confunde, mas há uma relação entre eles nos Estados de Direito, não se admitindo esta sem aquele. Fonseca, inclusive, explica que no pensamento de Foucault há uma “implicação entre norma (normalização) e Direito”, com a “imagem de um Direito como vetor das práticas da norma, um Direito produzido e produtor dos mecanismos de normalização”²⁵.

E nesse sentido, Bittar, citando Adeodato, aponta que a modernidade traz consigo os pressupostos para a afirmação gradual do Direito: “o monopólio da produção normativa; a sobrevalorização das fontes formais do Direito com relação a fontes espontâneas do Direito; a auto-referibilidade do Direito como sistema sobre si mesmo”²⁶.

O positivismo jurídico, na sua expressão máxima, considera como única realidade jurídica a que se contém na lei. O Direito natural é afastado plenamente e o Estado não se subordina a uma ordem que lhe seja anterior e superior, estando ele na origem de todo o Direito. E a sociedade capitalista, característica da modernidade, impõe a ordem burguesa e liberal em ascensão por meio do Direito, sendo o pensamento filosófico positivista o “conseqüente direto e necessário dos intentos ordenadores do século XIX”²⁷ e a

²³ FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 118-9.

²⁴ Cf. Foucault: “A ‘disciplina’ não pode se identificar com uma instituição nem com um aparelho; ela é um tipo de poder, uma modalidade para exercê-lo, que comporta todo um conjunto de instrumentos, de técnicas, de procedimentos, de níveis de aplicação, de alvos; ela é uma ‘física’ ou uma ‘anatomia’ do poder, uma tecnologia. E pode ficar a cargo seja de instituições ‘especializadas’ (as penitenciárias, ou as casas de correção do século XIX) seja de instituições que dela se servem como instrumento essencial para um fim determinado (as casas de educação, os hospitais), seja de instâncias preexistentes que nela encontram maneira de reforçar ou de reorganizar seus mecanismos internos de poder (um dia se precisará mostrar como as relações intrafamiliares, essencialmente na célula pais-filhos, se ‘disciplinaram’, absorvendo desde a era clássica esquemas externos, escolares, militares, depois médicos, psiquiátricos, psicológicos, que fizeram da família o local de surgimento privilegiado para a questão disciplinar do normal e do anormal), seja de aparelhos que fizeram da disciplina seu princípio de funcionamento interior (disciplinação do aparelho administrativo a partir da época napoleônica), seja enfim de aparelhos estatais que têm função não exclusiva, mas principalmente fazer reinar a disciplina na escala de uma sociedade (a polícia).” FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 177-8.

²⁵ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 303.

²⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 58.

²⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 43.

“segregação, a má distribuição de rendas, a injustiça social, a inacessibilidade do Estado às demandas sociais, serão todas características plantadas em tempos modernos germinando em um momento pós-moderno. O que não estava previsto (ou estava previsto, mas não estava calculado o efeito da desproporção causada a partir dos reflexos destes desvios sobre o projeto inicial) no projeto moderno é que teria de dar conta de sustentar, manter e equilibrar o refugo (a erva daninha, da limpeza do jardim; o soluto, da decantação; a sujeira, da limpeza; o ser humano marginalizado, das políticas sociais; o prisioneiro, da separação entre lícito e ilícito etc) que cria como o resto do processo de produção da homogeneidade e da ordem. O dejetos normalmente desaparece na lista das coisas desinteressantes e com as quais se deseja evitar o contato (o segregado, o desempregado, o semita); seu destino natural é o monturo. A eliminação da ambivalência, como tarefa primordial do espírito da modernidade, seria a causadora dos abalos que haveriam de desestabilizar a própria crença na modernidade.”²⁸

O sistema legal trabalha como um aparato de sustentação e imposição da ordem, afastando o caos e a ambivalência, numa relação com o sistema econômico. O Direito, em especial o Direito penal, não mais tem relação com a falta moral ou religiosa e sua fonte está no poder político da sociedade e não na lei natural. O Estado tem a “pretensão de monopólio” “na produção das normas jurídicas”, o que não “significa que o Estado moderno produza todas as normas jurídicas, mas sim que é Direito àquilo que ele produz ou tolera seja produzido por outras fontes”²⁹. A positivação é a regra, e o jurista apegase a legalidade³⁰. A lei se infiltra nas relações sociais, regendo todas as atividades humanas, mas impõe um dilema ao ser humano - submeter-se à proteção legal contra as injustiças e os desmandos ou ser “vítima das fragilidades de sua protetora, a qual se mostrava incapaz de se adaptar,

²⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 56.

²⁹ ADEODATO, José Maurício. Modernidade e Direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 1, n.º 4, p. 13, 2001.

³⁰ Cf. Bitencourt: “As características mais significativas do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o Direito, entre o Estado e a religião, além da metafísica afirmação de que o poder do soberano lhe era concedido diretamente por Deus. A teoria do Direito divino pertence a um período em que não somente a religião mas também a teologia e a política confundiam-se entre si, em que ‘até’ para fins utilitários era obrigatório encontrar-se um fundamento religioso se se pretendesse ter aceitação. Na pessoa do rei concentrava-se não só o Estado, mas também todo o poder legal e de justiça. A idéia que então se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o mal (pecado) cometido. De certa forma, no regime do Estado absolutista, impunha-se uma pena a quem, agindo contra o soberano, rebelava-se também, em sentido mais que figurado, contra o próprio Deus.” BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

na velocidade e na forma adequada, às modificações sociais ou mesmo de simplesmente abranger a todas as situações e nuances da vida em sociedade”³¹.

A partir disso se delimita o projeto da modernidade para a legalidade e Justiça e Bittar afirma que em

“substituição ao arbítrio, um Estado constitucional, em substituição aos princípios de Direito natural, a regularidade da lei, em substituição à retórica argumentativa, procedimentos calculados de defesa e acusação no processo, no lugar da verdade real, a verdade formal, em substituição à investigação de provas, o quietismo da verdade dos autos (*quod non est in actis non est in mundo*), no lugar da negociação, a sentença etc. Ora, tudo autoriza a dizer que a idéia de lei que hoje vigora nos meios jurídicos, como ‘senso comum teórico dos juristas’, valendo-se sempre da linguagem de Boaventura de Souza Santos, nada mais é que fruto de uma concepção ideologicamente muito bem determinada e claramente identificável.”³²

Ludwig, na mesma linha de pensamento, aponta que o Direito “laicizou, ancorado na Razão”³³:

“A teoria do Direito natural moderno situa-se num contexto de um novo racionalismo, modelado pelas ciências da natureza e pela filosofia de cunho cartesiano. A nova razão (*ratio*) prescindiu, como observamos, de toda metafísica aristotélica de forma e matéria, e se define como conhecimento simplesmente claro e distinto, fundamento de toda a certeza (Descartes). O método de Galileu e Descartes constitui o modelo da nova teoria do Direito natural.”³⁴

E continua:

“Releva acrescentar, ainda, que em consequência da nova atitude tomada, os jusnaturalistas definem a nova função dos juristas: não mais interpretar as regras já dadas, mas descobrir as regras universais da conduta. A nova tarefa se efetiva pelo estudo da natureza do homem, idêntico ao proceder do cientista da natureza. O novo método, desta forma, contrapõe-se à atitude tópico-dialética concernente à lógica do provável, abrindo espaço para as regras da demonstração. Assim, a ciência do Direito orienta-se para a idéia do sistema dedutivo (*geométrico more*

³¹ AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói, RJ: Impetus, 2004, p. 145.

³² BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 84.

³³ LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

³⁴ LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

demonstratum). Tal pretensão foi recepcionada posteriormente, até com certa obsessão, pelo positivismo jurídico.”³⁵

Por tudo isso, o Direito na modernidade ganha importância central, e o Direito penal é determinante para implementar os projetos da modernidade, encontrando dentro da espiral da razão e ordem importância fundamental na sua manutenção, no controle social e dominação.

Agora, na pós-modernidade, um novo paradigma se abre e uma transição é notada, operando-se nos mais diversos ramos da ciência e do conhecimento humano. Não há um rompimento único, num só espaço temporal e territorial, na mesma forma que se deu a abertura da modernidade, mas uma série de acontecimentos e comportamentos sociais, políticos, econômicos, culturais, que nos permite visualizar um novo paradigma. Young, utilizando-se da denominação modernidade tardia, aponta a transição em três áreas, quais sejam: “metas, *modus operandi* y terreno”:

“Si la meta de la modernidad era la eliminación de la privación absoluta y la creación de oportunidades dentro de una sociedad de consenso, la de la modernidad tardía debe consistir en la tarea notoriamente distinta de combatir la privación relativa y avanzar hacia una sociedad más meritocrática y diversa. Vivimos en una sociedad que es groseramente no meritocrática. (...). En términos de los métodos de funcionamiento debemos construir un nuevo contrato de ciudadanía que enfatice la diversidad más que los valores absolutos; que no permita al Estado y a sus expertos investirse de los problemas sino que se involucre y aiente un intenso debate y evaluación democráticos; que no sea una ciudadanía de derechos sino de reciprocidad entre cada ciudadano, y que reconozca plenamente la necesidad de reciprocidad entre ciudadano y Estado en la promulgación de metas sociales y cambios institucionales. Finalmente, el terreno en que floreció la modernidad ha cambiado fundamentalmente. No es posible volver al mundo de la década del '50. Debemos trabajar en el terreno que ahora se nos ha dado. No podemos volver a un pleno empleo conservado desde la pubertad hasta la tumba, de 9 a 5 y sólo para los varones. No podemos volver a la imagen de la familia nuclear de los copos de maíz Kelloggs, con sus estructuras patrcales y permanencia de por vida. No podemos volver, salvo en los teleteatros, a la comunidad de la perpetua interferencia, observación y entrometimiento. No podemos volver a la delgada línea azul que nos protege del delito y se inviste de nuestros problemas. No podemos volver a la monocultura, a la certeza moral y a los valores absolutos. No podemos volver a lo indisputado, a lo carente de ambigüedad, a lo inequívoco y lo que no se debate.”³⁶

³⁵ LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

³⁶ YOUNG, Jock. Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidade tardía. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. Vol. 7, fasc. 13, p. 75-114, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

Há uma mudança em curso, a ser notada no dia-a-dia, e o retorno àqueles valores da modernidade não é possível, tornando-se necessária a construção de um novo contrato de cidadania, amparado em Direitos sociais recíprocos entre cidadãos e Estados e num novo modelo de sistema penal. A modernidade redesenhou os caminhos da humanidade, com fundamental importância ao Direito positivado, consagrando-o como valor supremo para proteção dos interesses sociais em preferência ao Direito natural e, em alguns momentos, aos Direitos humanos. A pós-modernidade ainda desenha seus contornos, e o novo Direito, nas palavras de Young, tem de privilegiar um novo contrato de cidadania.

O paradigma da modernidade e suas bases estão entrelaçados no paradigma retributivo, vez que a evolução desse sistema, baseado no Direito penal, não constitui fato isolado no conjunto histórico e político, mas parte de um projeto maior, denominado modernidade.

3. BASES IDEOLÓGICAS DO SISTEMA RETRIBUTIVO

“(…) As agulhas estão dispostas como as grades de um rastelo e o conjunto é acionado como um rastelo, embora se limite a um mesmo lugar e exija muito maior perícia. Aliás, o senhor vai compreender logo. Aqui sobre a cama coloca-se o condenado. Quero no entanto primeiro descrever o aparelho e só depois fazê-lo funcionar eu mesmo. Aí o senhor poderá acompanhá-lo melhor. No desenhador há uma engrenagem muito gasta, ela range bastante quando está em movimento, nessa hora mal dá para entender o que se fala; aqui infelizmente é muito difícil obter peças de reposição. Muito bem: como eu disse, está é a cama. Está totalmente coberta com uma camada de algodão; o senhor ainda vai saber qual é o objetivo dela. O condenado é posto de bruços sobre o algodão, naturalmente nu; aqui estão, para as mãos, aqui para os pés e aqui para o pescoço, as correias para segurá-lo firme. Aqui na cabeceira da cama, onde, como eu disse, o homem apóia primeiro a cabeça, existe este pequeno tampão de feltro, que pode ser regulado com a maior facilidade, a ponto de entrar bem na boca da pessoa. Seu objetivo é impedir que ela grite ou morda a língua. Evidentemente o homem é obrigado a admitir o feltro na boca, pois caso contrário as correias do pescoço quebram sua nuca. (...) Agora ouça: tanto a cama como o desenhador têm bateria elétrica; a cama precisa da energia para si mesma, o desenhador para o rastelo. Assim que o homem está manietado, a cama é posta em movimento. Ela vibra com sacudidas mínimas e muito rápidas simultaneamente para os lados, para cima e para baixo. O senhor deve ter visto aparelhos semelhantes em casas de saúde; a diferença é que na nossa cama todos os movimentos são calculados com precisão; de fato eles precisam estar em estrita consonância com os movimentos do rastelo. Mas é a este que se entrega a execução propriamente dita da sentença.

(...) – Nossa sentença não soa severa. O mandamento que o condenado infringiu é escrito no seu corpo com o rastelo. No corpo deste condenado, por exemplo – o oficial apontou para o homem -, será gravado: *Honra o teu superior!*³⁷

A obra de Franz Kafka proporciona uma visão da punição e sua citação nos traz todos os abissais questionamentos que somente a obra *kafkiana* é capaz de comportar. A enigmática escrita de Kafka, pós-moderna, possibilita reflexões diversas, e pode-se afirmar que o estigma, a punição, a intimidação, a dominação, a exclusão, a dor, o sofrimento, a desproporção, a aversão pelo novo, estão presentes naquela novela. As execuções penais na atualidade ainda retratam a obra *kafkiana*, talvez hoje com pouco menos de exposição pública, mas com manutenção do sofrimento, estigmatização, desproporção, exclusão e busca incessante da Justiça³⁸. O flagelo do corpo humano na atualidade não se dá de forma pública e nem explícita, mas se mantém no sistema penal, em especial no carcerário.

A inscrição da sentença no corpo do “condenado” reflete o “mandamento” violado – “Honra o teu superior!”. O “superior”, no caso, seria o Estado? Ou, o Direito? Ou, a lei? Ou, o sistema? Ou, ainda, a autoridade paterna³⁹? Honrar, no sentido de respeitar, significa não questionar, agir com razão em respeito à ordem que lhe foi determinada, numa total sintonia com o positivismo reinante.

Todo o aparelho idealizado e forjado tem por fim a aplicação da sentença penal, num processo de “purificação” e “ascese”⁴⁰, que impôs ao condenado uma sanção pela prática de um ato desviante. A resposta do Estado, por conseguinte, é a pena, vista como única resposta capaz de colocar ordem na desordem⁴¹, afastar o

³⁷ KAFKA, Franz. **Na colônia penal**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2004, p. 32/33.

³⁸ KAFKA, Franz. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Publifolha, 2003.

³⁹ No manuscrito *Carta ao pai*, Kafka narra a relação conflituosa com seu genitor, Hermann Kafka, que influenciou toda sua obra literária, levando-o a traçar uma semelhança entre a autoridade paterna, como símbolo das outras autoridades, e as outras autoridades, como os funcionários da justiça. Essa semelhança, na visão kafkaniana, está na estupidez, degradação e imundície. KAFKA, Franz. **Carta ao pai**. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM Editores, 2004.

⁴⁰ FERRAZ, Maria Cristina Franco. Na colônia penal: uma leitura dos tristes e alegres trópicos. In PASSETTI, Edson (Org.). **Kafka-Foucault, sem medos**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004, p. 68.

⁴¹ Cf. CARNELUTTI: “Qualquer definição que se pretenda dar do delito faz referência à desordem. Em tal conceito resolve-se a violação de uma lei. A desordem é como uma ruptura de equilíbrio, que coloca em movimento forças para restabelecê-lo. À desordem deve seguir algo que sirva para eliminá-la. Este algo é a pena, cuja razão, portanto, consiste na restauração da ordem violada. Assim se vê que a pena é, naturalmente, um igual, porque é um contrário do delito”. CARNELUTTI,

caos e a ambivalência, para fazer prevalecer à razão⁴². O desvio ou crime expressam a desordem, impureza, desrazão⁴³, enquanto a sanção purificadora traz a ordem e restabelece a razão.

A pena é um dos meios de controle social por sua força coercitiva, e por transmitir a falsa idéia de manter a ordem, a pureza e a razão, passa a ser vista como indispensável para pacificação dos conflitos sociais e a manutenção do contrato social⁴⁴. O “modelo da ‘guerra de todos contra todos’” vai servir de “modelo de análise da delinquência” e para os “fisiocratas, o vagabundo, e em geral todos os criminosos, aparecerão como inimigos sociais, devido ao poder violento que exercem sobre a sociedade e por sua posição nociva no processo de produção, dado que recusam ao trabalho”⁴⁵. O Direito penal, na sua intervenção subsidiária,

Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003, p. 16.

⁴² Cf. Locke: “Transgredindo a Lei da Natureza, o ofensor se declara viver por outra Regra, em vez de pela Razão e Igualdade comum...cada homem sob esse aspecto...pode restringir ou, se é necessário, destruir coisas nocivas, e assim pode trazer o mal a qualquer um que tenha transgredido aquela lei, como pode fazê-lo arrepender-se, e assim detê-lo, e, através de seu Exemplo, impedir outros de fazer o mesmo”. Apud HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 219.

⁴³ Na História da Loucura, Michel Foucault tentou descobrir o “marco zero” da loucura, ou seja, o momento em que a loucura se separa da razão, transformando-se em “desrazão”. Estudou como a divisão entre loucura e razão é estabelecida e, para tanto, trilhou o caminho da pessoa louca até o início do seu confinamento em 1600, com status de pessoa excluída (posição antes ocupada pelos leprosos). No Renascimento os loucos vagavam livres e eram considerados sagrados. A Idade Clássica (Idade da Razão) foi marcada pelo pensamento de Decartes que usou a razão para duvidar de tudo, de modo que pudesse chegar a um fundamento da verdade – *cogito ergo sum* (*penso logo existo*). A loucura, então, é reduzida ao silêncio, sem voz própria, confusa, em figuras supostamente anti-sociais – o libertino; o homossexual; o debochado; o dissipador; o mágico. De forma semelhante o comportamento criminal e insano é tido como não-razão. FOUCAULT, Michel. **História da loucura**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

⁴⁴ Para Jean-Jacques Rousseau, o contrato social “é também um ato coletivo de renúncia aos Direitos naturais (...)”, que não é “feita em favor de um terceiro, mas por cada um em favor de todos, ou seja, por cada indivíduo (considerado singularmente) para si mesmo (como membro da totalidade)”. Em Thomas Hobbes o contrato de alienação dos próprios Direitos se dá em favor do soberano, enquanto para Rousseau a alienação é feita em favor da comunidade inteira. Em Rousseau a alienação dos Direitos naturais se dá para alcançar a liberdade civil ou liberdade no Estado. BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant**. Tradução de Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995, p. 44-8. Cf. Aniyar de Castro, as formulações contratualistas são assim resumidas: “desde Hobbes, para quem do estado (de terror) da natureza se chegaria à sociedade ou ordenação civil, outorgando-se ao soberano o monopólio da violência; passando por Locke, que elabora as bases do pensamento liberal referido a um contrato que legitimaria o poder apenas na medida em que este servisse para regular ou supervisionar os Direitos naturais, para cuja definição se formaria o pacto; e culminando com Rousseau, para quem o pacto social não tem como objeto a defesa dos interesses individuais, mas a submissão à vontade geral, que seria algo mais que a soma dos interesses individuais”. CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 68.

⁴⁵ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p.131.

passa a expressar a idéia de que a força estatal está limitada, mas, uma vez necessária, todo o movimento do grande Leviatã hobbesiano se volta para reprimir qualquer atentado ao contrato.

Hodiernamente, a visão da pena como mecanismo indispensável de controle é dominante e Muñoz Conde ressalta sua existência como condição indispensável para o funcionamento dos sistemas sociais de convivência⁴⁶ e essa convivência exige regramentos para a coexistência pacífica, e sua violação ou desrespeito desencadeiam um aparelho de resposta, ou seja, punição é a sanção social “efetuada de acordo com essas normas e regras”, impondo “dor, para que o ofensor pague sua ‘dívida’” e, por consequência, reforce a “validade das normas e regras” e restaure a justiça social⁴⁷. No dizer de Agnes Heller, ao discorrer sobre a justiça punitiva, o moderno

“conceito de punição exclui punição coletiva pela simples razão de que nós atribuímos o ato, única e exclusivamente, ao indivíduo (seu ato). A noção de ‘personalidade moral’, tão fortemente desenvolvida através do Iluminismo, e por ele enfatizada, pode ser relacionada dentre os poucos indicadores do progresso ético.”⁴⁸

A resposta social, regrada e ditada pelo Estado, por meio do Direito penal, é a sanção penal, não direcionada ao corpo social, mas ao indivíduo e representa o meio extremo de controle social e de intervenção nos Direitos do cidadão. Todo o sistema penal, então, ante a legalidade, alicerça-se no Direito penal, que, segundo Fragoso, é “o conjunto de normas jurídicas mediante as quais o Estado proíbe determinadas ações ou omissões, sob ameaça de característica sanção penal”⁴⁹. Esta sanção penal, denominada pena, está amparada em teorias “justificadoras”, que justificam a reação estatal.

3.1. TEORIAS SOBRE A PENA

⁴⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona, Bosch, 1975, p. 33.

⁴⁷ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 216.

⁴⁸ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 217.

⁴⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 3.

A idéia da pena como único meio de resposta do Direito penal foi determinante nos rumos desse ramo do Direito, impedindo propostas ou discussões concretas que fossem além desses ideais. A relação entre pena e Direito penal é tamanha que se firmou o entendimento que sem pena não há Direito penal, numa relação inversa também verdadeira. Diante disso, restou discutir e justificar os fins da pena, pois sua necessidade como reação ao desvio tornou-se incontroversa para os juristas ditos penalistas, dividindo-se, conforme Luigi Ferrajoli, em seus fins:

“teorias denominadas de absolutas e teorias rotuladas como relativas. São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou, ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu, intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas utilitaristas, que consideram e justificam a pena enquanto meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos. Cada uma destas duas grandes classes de doutrinas viu-se, por sua vez, dividida em subgrupos. As doutrinas absolutas ou retributivas foram divididas tendo como parâmetro o valor moral ou jurídico conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da prevenção especial, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinqüente, e doutrinas da prevenção geral, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja aquela entre doutrinas de prevenção positiva e doutrinas de prevenção negativa, dependendo do fato da prevenção – especial ou geral – realizar-se positivamente, por meio da correção do delinqüente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes.”⁵⁰

As teorias citadas por Ferrajoli, analisadas nos itens seguintes, apontam como resposta estatal para o crime a pena e, dentro dessa linha, o Projeto Alternativo alemão de 1966 descreve a pena como “uma amarga necessidade de uma comunidade de seres imperfeitos como são os homens”. O projeto resume o sentimento justificador e transmite a falsa idéia de fim da história para o Direito penal, pois nada além dessa resposta há de ser possível, aceito ou proposto. Isso demonstra mais que uma ausência de opções e sustenta-se numa “cultura penalística”, conforme Ferrajoli, que descreve, ainda, sua base histórica:

⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

“As doutrinas absolutas ou retributivas fundam-se todas na expressão de que é justo ‘transformar mal em mal’. Trata-se de um princípio com origens seculares, e que, esta à base daquele arcaico instituto, comum a todos os ordenamentos primitivos, que é a ‘vingança de sangue’. Presente na tradição hebraica sob a forma de preceito divino, incorporada inobstante o preceito evangélico do perdão na tradição cristiana e católica – de São Paulo, Santo Agostinho e Santo Tomás até Pio XII tal concepção gira em torno de três idéias fundamentais de caráter religioso, vale dizer, aquelas da ‘vingança’ (ex parte agentis), da ‘expição’ (ex parte patientis) e do ‘reequilíbrio’ entre pena e delito.”⁵¹

O poder punitivo estatal, centralizado, impregnado pelos ideais burgueses e liberais, dita as regras legais, e a discussão que se firma na retribuição penal são seus fins, ocultos ou não⁵². Ao determinar a pena como único remédio para o controle social nas condutas incriminadas, a modernidade indica querer punição e vigilância e não pacificação social.

Duas teorias sobre a pena, originariamente, foram desenvolvidas e partindo delas as discussões e as críticas se acirraram, existindo, modernamente, outras teorias, inclusive algumas decorrentes daquelas, mas dentro da mesma visão da indispensabilidade da pena.

3.2. TEORIAS ABSOLUTAS OU RETRIBUTIVAS

As teorias absolutas ou retributivas sustentam-se na retribuição para um mal e são explicadas como imposição do castigo pelo mal causado, sem qualquer outra finalidade. Explica Bitencourt:

“Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja o único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim

⁵¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

⁵² CF. Juan Bustos Ramirez e H. Hormazabal Malarée: “Surge o Estado burguês, tendo como fundo a teoria do contrato social. O Estado é uma expressão soberana do povo, e com isso aparece a divisão de Poderes. Com essa concepção liberal de Estado, a pena não pode mais continuar mantendo seu fundamento baseado na já dissolvida identidade entre Deus e soberano, religião e Estado. A pena passa então a ser concebida como ‘a retribuição à perturbação da ordem (jurídica) adotada pelos homens e consagrada pelas leis. A pena é necessidade de restaurar a ordem jurídica interrompida. À Expição sucede a retribuição, a razão divina é substituída pela razão do Estado, a lei divina pela lei dos homens”. Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 106.

em si mesmo. Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor. Castiga-se *quia peccatur est*, isto é, porque delinqüiu, o que equivale a dizer que a pena é simplesmente a conseqüência jurídico-penal do delito praticado.”⁵³

Foi no Iluminismo, aos moldes da modernidade, com os filósofos Kant⁵⁴ e Hegel⁵⁵, que as bases retributivas foram relançadas, visto que a imposição do mal da pena em razão do mal do crime tem fundamento nas mais antigas sociedades. Podem as teses ser assim resumidas:

“(...) a tese de origem kantiana segundo a qual a pena é uma retribuição ética, que se justifica por meio do valor moral da lei penal violada pelo culpado e do castigo que conseqüentemente lhe é imposto, e aquela de ascendência hegeliana, segundo a qual a pena é uma retribuição jurídica, justificada pela necessidade de restaurar o Direito por meio de uma violência, em sentido contrário, que reestabeleça o ordenamento legal violado.”⁵⁶

A teoria de Kant é construída sobre o imperativo categórico, sendo obrigação do soberano a imposição do castigo àquele que descumpriu a lei. Para Kant, a lei penal é um imperativo categórico e a sanção penal encontra sua razão na afronta da lei, uma exigência ética⁵⁷, sem qualquer utilidade pública⁵⁸, tanto que Bitencourt escreve:

⁵³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 105.

⁵⁴ KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**, 1798.

⁵⁵ HEGEL, Georg W. F. **Princípios da filosofia do Direito**, 1821.

⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

⁵⁷ BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.13.

⁵⁸ O império da lei sobre a utilidade pública da punição é descrito no seguinte exemplo de Kant, destacado por Ferrajoli como um ponto extremo: “Mesmo se a sociedade civil se dissolvesse com o consenso de todos os seus membros (se, por exemplo, os habitantes de uma ilha decidissem se separar e se dispersar por todo o mundo), o último assassino que se encontrasse na prisão deveria primeiramente ser justificado, a fim de que cada um leve a pena de sua conduta, e o sangue derramado não recaia sobre o povo que não reclamou aquela punição: por que este povo poderia ser considerado então como cúmplice dessa violação pública da justiça. Esta igualdade entre a punição e o delito, que, segundo o Direito estrito do talião, não é possível senão por meio de uma sentença de morte, é esclarecida assim: que esta sentença é o único modo de punir todos os criminosos de forma proporcional à sua *malignidade interna*”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 233.

“o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinqüido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade. Com esse argumento, Kant nega toda e qualquer função preventiva – especial ou geral – da pena. A aplicação desta decorre da simples infringência da lei penal, isto é, da simples prática do delito.”⁵⁹

Em Hegel, numa concepção dialética, a pena é a negação da negação do Direito, o que significa dizer, nos dizeres de Bitencourt, amparado em Mir Puig, que “se a vontade geral é negada pela vontade do delinqüente, ter-se-á de negar essa negação através do castigo penal para que surja de novo a afirmação da vontade geral”⁶⁰. A pena, então, em Hegel, é a “razão do Direito, anula o crime, razão do delito, emprestando-se à sanção não uma reparação de ordem ética, mas de natureza jurídica”⁶¹, sendo que para ele “o Direito é somente a lei positivada”⁶². A retribuição é jurídica e não ética como em Kant.

As bases de Kant e Hegel são tidas como insustentáveis por Luigi Ferrajoli, citando Morris Ginsberg, por existir “uma obscura mas radicada crença na existência de certo nexos necessário entre culpa e punição”⁶³, numa

“confusão entre Direito e natureza, vale dizer, a idéia da pena como restauração ou remédio, ou reafirmação de uma ordem natural violada, ou ainda daquela religiosa do contrapasso e da purificação do delito por meio do castigo, ou aquelas igualmente não razoáveis da negação do Direito por parte do erro e da simétrica reparação deste pelo Direito.”⁶⁴

E, ainda numa visão crítica das teorias retributivas, Luigi Ferrajoli aponta como “equivocos teóricos” a “confusão” que

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 111.

⁶⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito penal**. Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 78.

⁶¹ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 244.

⁶² COSTA, Claudia Pinheiro. **Sanção penal**. Sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 40.

⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

⁶⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

“fazem entre dois problemas completamente diversos, ou seja, entre o problema da ‘finalidade geral justificadora’ da pena, que não pode deixar de ser utilitarista e voltada para o futuro, e aquele da sua ‘distribuição’, que, por sua vez, ocorrendo em bases retributivas, diz respeito ao passado, o que equivale a dizer como proposto por Ross, entre o problema da ‘finalidade’ da legislação penal e aquele da ‘motivação’ com a qual uma pena é imposta.”⁶⁵

Conclui, Ferrajoli, que as teorias absolutas podem amparar o Direito penal máximo, por modelos não liberais, “vez que solidárias ou com concepções jurídico-substanciais do delito e da verdade judiciária, ou com concepções ético-formalistas do delito e dos poderes punitivo e proibitivo”⁶⁶.

As críticas as teorias absolutas, fundadas em Kant e Hegel, também são feitas por Bitencourt, citando Ulrich Klug, para quem há “duvidosos fundamentos lógicos e morais”, “além dos excessos irracionais”⁶⁷, e por Fragoso, que assenta que a “idéia da retribuição compensadora só se faz plausível mediante um ato de fé, pois racionalmente não se compreende como se pode apagar o mal cometido, acrescentando-se um segundo mal, o sofrimento da pena”⁶⁸.

Na atualidade, a superação das teorias absolutas é ponto pacífico nos Estados democráticos e Zaffaroni assevera que um “discurso jurídico-penal” que tente se sustentar nessa teoria pode ser qualificado como

“filosoficamente anacrônico, anacronismo que não se pode dissimular sob uma ignorância filosófica que amontoe arbitrariamente elementos tomados das quatro

⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 206.

⁶⁶ “(...) o modelo de Direito penal máximo, quer dizer, incondicionado e ilimitado, é o que caracteriza, além de sua excessiva severidade, pela incerteza e imprevisibilidade das condenações e das penas e que, conseqüentemente, configura-se como um sistema de poder não controlável racionalmente em face da ausência de parâmetros certos e racionais de convalidação e anulação. Devido a estes reflexos, o substancialismo penal e a inquisição processual são as vias mais idôneas para permitir a máxima expansão e a incontrolabilidade da intervenção punitiva e, por sua vez, sua máxima incerteza e irracionalidade”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 84 e 208.

⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 115.

⁶⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

antropologias filosóficas e que, menos ainda, pode renunciar a qualquer aproximação filosófica.”⁶⁹

As teorias absolutas deram lugar às teorias relativas ou utilitaristas e o desacordo daquelas com o pensamento atual empurrou-as para o isolamento científico.

3.3. TEORIAS RELATIVAS OU UTILITARISTAS

Em contraposição às teorias absolutas existem as teorias relativas ou utilitaristas da pena, que não perseguem o mal pelo mal, mas a prevenção e a necessidade da sanção para preservação do grupo social. O fim da pena está no evitar a prática de novos desvios. Esta teoria se subdivide em prevenção geral e especial.

A teoria da prevenção geral funda-se na coação psicológica social produzida com a ameaça da imposição da pena e com sua efetiva aplicação aos comportamentos desviantes. Fragoso aponta que a prevenção geral é a “intimidação que se supõe alcançar através da ameaça da pena e de sua efetiva imposição, atemorizando os possíveis infratores”⁷⁰, o que faz Dotti indicar a “coação psicológica”⁷¹ como fundamento clássico das teorias.

Mirabete, amparando-se em Feuerbach, o principal ideólogo da coação psicológica⁷², explica que a

⁶⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 47.

⁷⁰ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal.** 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 344.

⁷¹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 434.

⁷² Cf. Bitencourt: “A teoria defendida por Feuerbach sustenta que é por meio do Direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contras as quais se reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Novas penas alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 123.

“finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito. Sendo o crime violação do Direito, o Estado deve impeli-lo por meio da coação psíquica (intimidação) ou física (segregação). A pena é intimidação para todos, ao ser cominada abstratamente, e para o criminoso, ao ser imposta no caso concreto.”⁷³

O positivismo jurídico apresenta importante papel na prevenção geral, uma vez que a característica da abstração e generalidade dos tipos penais incriminadores paira sobre todos os cidadãos como a espada de Têmis, Deusa da justiça na mitologia grega, cega para não impor diferenças aos homens no momento do julgamento. A espada, agora, não corta somente para retribuir o mal causado, ela procura, pela coação psicológica, evitar a reincidência do desviante e a intimidação dos demais membros do corpo social. A punição é direcionada ao autor da conduta incriminada e ameaça toda a sociedade com o exemplo a não ser seguido e a ser evitado. As teorias da prevenção geral visam “impedir a prática de delitos, ou, mais claramente, que as pessoas ingressem, pela primeira vez, no campo da ilicitude da pena”⁷⁴. Nesse sentido, Ferrajoli distingue dois subgrupos ligados pela coação, estando um vinculado à punição prevista no tipo penal em abstrato e outro na condenação em concreto:

“a) as doutrinas da intimidação exercida sobre a generalidade dos associados através do exemplo fornecido pela aplicação da pena que se dá com a condenação; b) aquelas da intimidação também voltada para a generalidade, mas, por seu turno, através da ameaça da pena contida na lei.”⁷⁵

A punição imposta ao desviante intimida o grupo social e não somente aquele que executou a conduta proibida, pois irradia a idéia de preservação social, tanto que Aníbal Bruno sustenta que para as teorias relativas a pena “está na sua necessidade social, no fim de manutenção e segurança da ordem de Direito, pela prevenção do crime”, sendo “instrumento de defesa da sociedade”⁷⁶.

⁷³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 244.

⁷⁴ HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 31.

⁷⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 222.

⁷⁶ BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.14.

A ideologia da defesa social nasceu com a revolução burguesa e, enquanto a “ciência e a codificação penal se impunham como elemento essencial do sistema jurídico burguês, aquela assumia o predomínio ideológico dentro do específico setor penal”⁷⁷.

Diante dessas conceituações, dois fundamentos, em resumo, podem ser apontados para as teorias relativas ou utilitaristas, sendo, o primeiro, o princípio da intimidação geral, baseado num Estado racional, e, o segundo, o da racionalidade do ser humano, alicerçado na razão e no livre arbítrio para avaliação da norma como coação psicológica. A racionalidade e ordem estão no centro de sustentação.

A prevenção ou intimidação geral foi subdividida em duas outras teorias, denominadas teorias relativas negativas e teorias relativas positivas, conforme Juarez Cirino:

“a) primitivamente, a prevenção geral possuía apenas forma negativa, pela qual a intimidação da pena criminal desestimularia pessoas de praticarem crimes, segundo a célebre teoria da coação psicológica de Feuerbach: não seria o rigor da pena, mas o risco (ou certeza) da punição que intimidaria o autor, conforme uma velha teoria de Beccaria, hoje muito difundida – e, portanto, o desestímulo poderia ocorrer em crimes que implicam reflexão (crimes econômicos, ecológicos, etc), mas não em crimes espontâneos (crimes violentos, por exemplo); b) modernamente, atribui-se também uma forma positiva à prevenção geral, conhecida como integração-prevenção: a execução da pena no caso concreto cumpriria função de estabilização social normativa, porque demonstraria tanto a necessidade como a utilidade do controle social penal: por um lado, indicaria a necessidade do controle penal para proteção da sociedade; por outro lado, mostraria a utilidade do controle social penal, na medida em que a punição do criminoso elevaria a fidelidade jurídica do povo, enquanto a não-punição do criminoso, além do repúdio do sentimento jurídico da coletividade, reduziria a confiança da população na inquebrantabilidade do Direito.”⁷⁸

As críticas às teorias relativas ou utilitaristas são diversas e as mais representativas são aquelas centradas na coação psicológica geral e ausência de limites ao poder punitivo. Agnes Heller, citando Hegel, discorre sobre o princípio da intimidação e apresenta um realismo ímpar que abre nossa crítica à teoria, pois quando o princípio é usado, “a situação não é a de um homem livre sendo punido,

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal. Introdução à sociologia do Direito penal.** Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade.** N. 12, p. 55-6, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

mas de um ser mantendo um bastão erguido; e quem são os cães, e quão grande é o bastão, quem decide são os guardiões automeados desse ‘bem comum’⁷⁹.

O bastão, constantemente levantado, coage toda a sociedade e a violação ao positivado desencadeia um processo de reação, qual seja, a utilização da sanção como meio punitivo e, tão logo a punição seja aplicada, o bastão levanta-se novamente como símbolo da ameaça estatal. A utilização do bastão de Hegel ou do aparelho de Kafka demonstra que não basta aplicar a pena, necessário se faz intimidar a todos para prevenir novos desvios. E Heller continua:

“A semelhança do bastão e do cachorro é relevante aqui de forma modificada: não se pode apenas mostrar o bastão ao cachorro; alguém o usa na crença de que, batendo no cachorro, ele se tornará um bom cachorro. Entretanto, a ligação óbvia entre o princípio de ‘reforma’ e aquele de ‘intimidação’ já posiciona uma sombra no primeiro. Se o cachorro já apanhou, bastará simplesmente mostrar de novo o bastão: ‘reforma’ pode significar aumentar a apreensão de uma pessoa com relação à futura punição potencial (intimidação).”⁸⁰

Se os ideais das teorias relativas ou utilitaristas são intimidar a sociedade e o desviante, para que este não mais volte a atentar contra as regras estatais impostas, pode-se concluir que “medo e dor foram vistos como dispositivos capazes de trazer as pessoas de volta ao curso certo”⁸¹.

Bitencourt critica as teorias relativas por embasarem-se no “atuar racional do homem”, “cuja demonstração sabemos ser impossível” e assevera que a confiança do desviante em “não ser descoberto” desqualifica a intimidação, que não “é suficiente para impedi-lo de realizar o ato delitivo”. Destaca, ainda, criticamente, a severidade das punições como forma de intimidação geral⁸² e a “impossibilidade de

⁷⁹ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 227.

⁸⁰ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 229.

⁸¹ HELLER, Agnes. **Além da justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 229.

⁸² Em reportagem publicada no jornal Folha de S. Paulo foi destacada a severidade das decisões judiciais ao aplicarem regime penitenciário mais gravoso para crimes de roubo, quando regime mais benéfico poderia ser concedido. O princípio da intimidação geral é a justificativa das decisões, nos moldes assentados pelas teorias relativas ou utilitaristas: “De cada dez presos condenados por roubo no Estado de São Paulo, sete deles têm a cumprir penas fixadas próximas ao mínimo e são réus primários. Em tese, portanto, atendem às primeiras exigências impostas para a concessão do regime semi-aberto - que permite que condenados a até oito anos trabalhem durante o dia e durmam na cadeia. Na prática, os números são bem diferentes. Um levantamento feito pelo IDDD (Instituto de Defesa do Direito de Defesa) em 605 processos já julgados em segunda instância mostra que apenas

demonstrar quais são os comportamentos que o Estado tem legitimidade para intimidar, e, assim sendo, não definem também o âmbito do punível”⁸³.

A punição exasperada, baseada na teoria em estudo, pode ser fundamentada unicamente na necessidade de prevenção, numa avaliação futura, o que atua em detrimento do Estado, da sociedade e do cidadão. Edmundo Oliveira, após apontar a “relevância do escopo preventivo de reintegrar o condenado na sociedade, intimidar os infratores potenciais e fortalecer a consciência jurídica de todos os integrantes do conjunto social”, ensina que se deve “combater a prática de transformar o castigo penal num aparato de terror”⁸⁴. E Ferrajoli critica o “terrorismo penal legislativo”, como “predicado da banalidade”, uma vez que a “ameaça penal, devendo servir como ‘contraforça’, ‘contramotivo’ ou ‘coação psicológica’, é tão mais eficaz quanto mais elevadas e severas forem as penas cominadas”⁸⁵.

A utilização do ser humano como meio de intimidação geral nos remete novamente a Kafka e levou Gaitán García a afirmar que “a prevenção intimidatória

dois desses sete presos são encaminhado diretamente a unidades de regime mais brando. No recurso ao Tribunal de Alçada Criminal, só mais um deles consegue alcançar o semi-aberto. (...)Ao fundamentar a opção pelo regime fechado nas condenações por roubo, os juízes citam argumentos genéricos como a gravidade do delito, a periculosidade do agente e a necessidade de defesa da sociedade em 81,5% dos casos analisados na pesquisa. São frases como: ‘o crime é grave’, ‘o autor de roubo é perigoso’ e ‘o roubo desassossega a sociedade’. Ao justificar a decisão, o juiz da 2ª Vara Criminal de Osasco escreveu: ‘O cumprimento da pena deve ser iniciado em regime fechado por se tratar de condenação por roubo, por si só de gravidade suficiente para indicar a periculosidade das rés, principalmente considerando os violentos dias em que vivemos e que fazem com que delitos dessa natureza necessitem de uma firme resposta’. Sobram 119 vagas para mulheres em regime semi-aberto no Estado. Para o desembargador Celso Limongi, 63, da 5ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo e presidente da Apamagis (Associação Paulista de Magistrados), sentenças como essa refletem ‘um erro científico’. ‘Todo mundo vive assustado e aí se supõe que a lei mais dura possa dissuadir alguém do crime. Isso não é verdade”, diz Limongi, que defende que esse rigor seja ‘mitigado caso a caso’. ‘Há roubos e roubos. Não se pode dizer que todo roubo é perigoso. É isso que o juiz deve considerar. Um roubo de 15 segundos não é igual à invasão de uma casa. A Justiça tem de ser de caso concreto, não de generalizações. Acho que a gente tem que pedir aos juízes que reflitam”’. CORREA, Silvia. Condenações por roubo ignoram regime semi-aberto. **Folha de S. Paulo**, p. C 1, 01 de setembro de 2004.

⁸³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 125-6.

⁸⁴ OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 46.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 225.

lesiona a dignidade do homem”⁸⁶. Portanto, há carência de legitimação à sanção baseada nessa teoria:

“A teoria da prevenção geral encontra-se, assim, exposta a objeções de princípios semelhantes às outras duas: não pode fundamentar o poder punitivo do Estado nos seus pressupostos, nem limitá-lo nas suas conseqüências: é político-criminalmente discutível e carece de legitimação que esteja em consonância com os fundamentos do ordenamento jurídico.”⁸⁷

As críticas, em especial aquelas dirigidas contra a intimidação dos demais membros da sociedade, fulminam as teorias da prevenção geral a ponto de determinar sua não aplicação diante de um Estado democrático e amparado nas máximas garantias contra o poder punitivo estatal. A exacerbação da pena como intimidação geral nos encaminha para uma sociedade punitiva, com penas máximas, numa constante coação psicológica, exercida em relação a toda a sociedade, sem fins práticos a justificar.

As teorias da prevenção especial, por sua vez, pregam que o fim da pena é direcionado ao desviante, objetivando que não reincida na prática criminosa. A pena é vista como um tratamento dispensado ao delinqüente, e a ressocialização, diante dos padrões sociais existentes, é a meta a ser alcançada.

Olga Gaitán Garcia explica que para a teoria da prevenção especial o Direito penal é a “cura”,

“um Direito de reeducação e tratamento para o infrator penal. Curar em vez de castigar. A respeito, também têm-se formulado críticas na teoria penal: existe uma incerteza com respeito ao fim da ressocialização: é levar uma vida conforme o Direito? É lograr uma conversão interna? É a aceitação das normas? É a aceitação da sociedade? É possível sustentar o tratamento na execução penal, máxime se se afirma que este vê ser indeterminado, o que implicaria uma pena privativa de liberdade sem duração pré-estabelecida? Estas perguntas críticas vêm mitigando a idéia de ressocialização e começou-se a falar mais de apoio que de intervenção.”⁸⁸

⁸⁶ GARCIA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 43, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁸⁷ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 25.

⁸⁸ GARCIA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 43, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Dotti escreve que as teorias têm por fim “proporcionar caminhos opostos à reincidência”⁸⁹ e Mirabete atribui a finalidade de “impedir que o delinqüente pratique novos crimes, intimidando-o e corrigindo-o”⁹⁰. Noronha diz que o fim da pena nas teorias da prevenção especial está na “reeducação do indivíduo e sua recuperação”⁹¹ e Bruno aponta que “na prevenção especial o que se pretende é impedir que o criminoso volte a cometer novo crime, e para isso a pena vem exercer sobre ele uma ação segregadora ou emendativa”, apontando, mais adiante, para o “processo de ressocialização” como meio apto a restituir o “sentenciado” “à vida livre sem problemas para o Direito”⁹².

Há uma subdivisão na teoria da prevenção especial em negativa e positiva, podendo-se, resumidamente, dizer que, na primeira, a idéia central é a “eliminação ou neutralização” e, na segunda, o ideal está na “ressocialização”. Bitencourt indica diversas correntes a alicerçarem as teorias da prevenção especial, mas atribui a Von Liszt um papel fundamental, sintetizando sua tese em “intimidação, correção e inocuização”⁹³.

Uma das críticas mais severas às teorias da prevenção especial está direcionada ao fim preconizado, ou seja, a ressocialização como finalidade da pena, quer pela imprópria nomenclatura usada, quer pela indeterminação de seu conteúdo.

A nomenclatura ressocialização não é de uso pacífico na doutrina, alguns doutrinadores preferem reeducação e outros, reinserção social. Gamil Föppel tece críticas ao termo ressocialização por entender que há imposição de valores sociais ao indivíduo, desrespeitando seu Direito a diferença:

“Veja-se que a própria nomenclatura – ressocialização – traz consigo uma idéia preconceituosa, senão utópica. De fato, argumentar que a finalidade da norma penal é ressocializar alguém fere letalmente princípios básicos da sociologia, em que se deve respeito a todo o processo de socialização a que o indivíduo foi submetido, como forma de garantir a diferença. Por outro lado, falar-se em

⁸⁹ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 434.

⁹⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 245.

⁹¹ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

⁹² BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal**. Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969, p.25.

⁹³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 129.

ressocialização – nos moldes em que são propostos por esta teoria é pensar que será possível socializar as pessoas conforme o interesse da classe dominante. Preferível, portanto, falar-se em reinserção social, adotando-se, desta maneira, a idéia de Falconi.”⁹⁴

Igualmente crítico é Bitencourt, principalmente, contra a finalidade ressocializadora, já que em sua visão o “Estado não tem legitimidade para impor aos cidadãos determinado tipo de valor moral”⁹⁵, além do que, fica incerto o período de punição ou tratamento. E posição diversa não apresenta Ferrajoli, por entender incompatível o fim da punição com princípios fundamentais:

“com aquele valor da civilização que é o respeito à pessoa humana: destas, aquelas da emenda, mesmo nas suas variantes mais atuais e edificantes da ‘reeducação’, ou ‘ressocialização’, ou ‘reabilitação’ ou, ainda ‘recuperação social do réu’, contradizem, irremediavelmente, o princípio da liberdade e da autonomia da consciência.”⁹⁶

Ademais, a ressocialização transmite uma idéia de patologia, tratamento de um “ser anormal e inferior – adaptável ou inadaptável – a ser controlado ou neutralizado, e, se levadas às últimas conseqüências, terminam por dar espeda a doutrinas desumanas como aquelas da ‘criação’ ou da ‘eliminação eugênica’ (...)”⁹⁷.

Raúl Cervini ensina que a pena como “terapia social” utiliza-se das expressões ressocialização, reeducação e reinserção social, com o fim de “corrigir e educar o delinqüente”, todavia “a partir de seus próprios fundamentos, o ideal do tratamento ressocializador está muito longe de alcançar sua meta teórica”. Cervini crítica a “indeterminação do termo” ressocialização e a própria “idéia de ressocialização”, apontando, primeiro, para a falta de conteúdo concreto e

⁹⁴ HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 27.

⁹⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 138-9.

⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 219.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 219.

determinado da expressão e, depois, para a ofensa ao “Direito fundamental de ser o que se quer ser, bem como o de ser protegido na vida privada”⁹⁸.

As críticas de Fragoso também vão contra a idéia de ressocialização:

“há delinqüentes que não carecem de ressocialização alguma, em relação aos quais é possível fazer um seguro prognóstico de não reincidência. A prevenção especial não permite estabelecer a pena a ser aplicada e conduz à idéia de pena indeterminada, a ser aplicada como uma espécie de tratamento, que deve cessar com a cura do enfermo. A experiência com a pena indeterminada é negativa. Por outro lado, parece ilusório pretender alcançar a recuperação social do delinqüente através das penas privativas de liberdade.”⁹⁹

Além de criticar o termo ressocialização, Gamil Föppel faz críticas às teorias da prevenção especial por permitir “penas indefinidas e indeterminadas, já que, enquanto não estiver apto para o retorno à sociedade, o delinqüente dela ficará afastado (função inocuidadora)”¹⁰⁰. Na mesma visão, Claus Roxin, após apresentar perguntas que “parecem levemente provocadoras”, ensina que a ressocialização assenta-se na punição daquele que se apresenta como “diferente e anômalo”, concluindo:

“A teoria da prevenção especial não é idônea para fundamentar o Direito penal, porque não pode delimitar os seus pressupostos e conseqüências, porque não explica a punibilidade de crimes sem perigo de repetição e porque a idéia de adaptação social coactiva, mediante a pena, não se legitima por si própria, necessitando de uma legitimação jurídica que se baseia noutro tipo de considerações.”¹⁰¹

O projeto da modernidade de afastar a desordem e a ambivalência, anteriormente destacado, surge, nitidamente, dentro dessa teoria, baseada num idealismo positivista, impondo a ordem por meio de um tratamento penal ressocializador, a fim de curar um desvio e sanar a desordem. O ressocializar transmite a idéia de tornar sociável aos padrões aceitos pela sociedade dominante

⁹⁸ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 38-43.

⁹⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

¹⁰⁰ HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin**. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

¹⁰¹ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 22.

aquela pessoa que rompeu com os padrões socialmente estabelecidos como corretos e justos. A individualidade do ser humano é lesada, já que se exige uma adaptação forçada às normas ditadas pela maioria.

As fundadas críticas afastam, na atualidade, a adoção das teorias da retribuição especial. O projeto terapêutico imposto como uma cura ao desviante, visando à sua ressocialização, na amplitude do termo, atenta contra a liberdade do ser humano, um Direito natural. E liberdade, nas palavras de Bauman, “é o valor supremo e o padrão pelo qual todos os méritos e vícios da sociedade como um todo são medidos”, é o “Direito do indivíduo de não ser tolhido pelos outros no desenvolvimento da sua própria atividade”.

O rompimento com a modernidade e seus falsos ideais de política criminal por uma política pós-moderna, deve-se guiar pela “Liberdade, Diferença e Solidariedade”¹⁰². O descontentamento doutrinário e a falência dos fins preconizados das teorias absolutas e relativas levaram a teorização de novos ideais para a punição.

3.4. TEORIAS MISTAS E TEORIAS DA PREVENÇÃO GERAL POSITIVA FUNDAMENTADORA E PREVENÇÃO GERAL POSITIVA LIMITADORA

As críticas as teorias anteriormente analisadas levou à elaboração das teorias mistas, hoje com predominância entre os teóricos do Direito penal, apresentando-se elas como uma fusão das teorias absolutas e relativas, passando-se a “entender que a pena, por sua natureza, é retributiva, tem seu aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção, mas também um misto de educação e correção”, e com o surgimento da Escola da Defesa Social “tem-se buscado instituir um movimento de política criminal humanista fundado na idéia de que a sociedade apenas é defendida à medida que se proporciona a adaptação do condenado ao meio social (teoria ressocializadora)”¹⁰³. Frágil não se afasta da conceituação de

¹⁰² BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p 246-257.

¹⁰³ MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 245.

Mirabete e escreve que “a pena é retribuição, mas deve, por igual, perseguir os fins de prevenção geral e especial”¹⁰⁴. Noronha, em sua conclusão, parece seguir as teorias mistas:

“com efeito, o delito é resultado de condições endógenas, próprias do criminoso, e exógenas, isto é, do meio circundante. A pena não deve ignorar, então, a influência daquelas, e justo é assinalar que, nesse terreno, se tem avançado bastante. Já não se admite exclusivamente a sanção como retributiva – o mal da pena ao mal do crime – mas tem-se em vista a finalidade utilitária, que é a reeducação do indivíduo e sua recuperação.”¹⁰⁵

As críticas, contudo, não deixaram de existir e Roxin esclarece que a justaposição das teorias tende a fracassar,

“já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reação apto para qualquer realização. Os efeitos de cada teoria não se suprimem em absoluto entre si, antes se multiplicam, o que não só é teoricamente inaceitável, como muito grave do ponto de vista do Estado de Direito.”¹⁰⁶

As teorias absolutas (tese) encontraram sua contradição nas teorias relativas (antítese) e as teorias mistas apresentaram-se como a convergência delas (síntese), numa relação dialética. Mas, a síntese não é o fim do método e sim o início de um novo sistema. Então, duas outras teorias se idealizaram e denominaram-se teoria da prevenção geral positiva fundamentadora e teoria da prevenção geral positiva limitadora.

A teoria da prevenção geral positiva fundamentadora tem como representantes Welzel e Günter Jakobs, com posições coincidentes e distintas. Mir Puig diz que para Welzel o

“Derecho penal no ha de limitarse a evitar determinadas conductas dañosas o peligrosas, sino que ha de perseguir, ante todo, algo más ambicioso y de mayor alcance: influir en la conciencia ético-social del ciudadano, en su actitud interna

¹⁰⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 345.

¹⁰⁵ NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 226.

¹⁰⁶ ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998, p. 26.

frente al Derecho. Ello supone una misión que amplía el ámbito de incidencia que se considera legítimo para el Derecho penal.”¹⁰⁷

Em Welzel, a consciência ético-jurídica constitui o meio de proteção aos bens jurídicos, num caráter preventivo. Segundo Mir Puig, em Jakobs a meta do Direito penal é garantir a função orientadora das normas jurídicas, ou seja: “las normas jurídicas estabilizan e institucionalizan expectativas sociales y sirven, así, de orientación de la conducta de los ciudadanos en su contacto social”¹⁰⁸.

As críticas contra a teoria fundamentadora partiram de Mir Puig e Baratta, dentre outros, resumindo Bitencourt na seguinte forma:

“a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena. É criticável também sua pretensão de impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em um Estado Social e Democrático de Direito. É igualmente questionável a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e ao desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática.”¹⁰⁹

Há uma base para o expansionismo do Direito penal dentro da teoria fundamentadora, em especial naquela defendida por Jakobs, enquanto a teoria de Welzel, alicerçada numa atitude interna, supõe a interiorização do Direito pelo castigo, o que fere a dignidade da pessoa humana em sua liberdade.

A teoria da prevenção geral positiva limitadora funda-se na limitação do poder punitivo estatal e observância das garantias jurídico-constitucionais. A respeito delas, Mir Puig escreve, após enumerar críticas a teoria fundamentadora, que num Estado social e democrático de Direito sua aplicação é progressiva:

“Un Estado social está empeñado en la misión de proteger a la sociedad y para ello debe acudir al Derecho penal si es absolutamente necesario. El primer fundamento de la intervención pena es su estricta necesidad para la defensa de los bienes jurídicos fundamentales. Pero no toda pena necesaria para la prevención

¹⁰⁷ PUIG, Santiago Mir. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXIX, fascículo I, p. 52, ene./abr. 1986.

¹⁰⁸ PUIG, Santiago Mir. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Madri: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Tomo XXXIX, fascículo I, p. 53, ene./abr. 1986.

¹⁰⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 149.

de delitos resulta admisible en un Estado democrático de Derecho respetuoso de la dignidade de todo hombre – también del delincuente.”¹¹⁰

A pena, então, dentro da teoria limitadora, impõe limites ao poder punitivo estatal, em proteção aos Direitos fundamentais do ser humano, numa concepção democrática, social e humanista. O Direito penal somente encontra espaço quando se mostra absolutamente necessário, o que não dispensa sua contenção por uma série de limites, como proporcionalidade, legalidade, humanidade, dentre outros. A punição é uma resposta imposta pelo Estado, dentro dos limites constitucionais e com observância das garantias previstas¹¹¹.

A intimidação como prevenção geral e a ressocialização como prevenção especial são ideais da teoria limitadora, mas a ressocialização “implica um processo comunicacional e interativo entre indivíduo e sociedade”¹¹², a exigir seu aperfeiçoamento, em especial quanto ao oferecimento de outros mecanismos de resposta que não aquele tradicionalmente proposto. Se todos os fundamentos de Mir Puig encontram-se no Estado democrático e social, balizado pela dignidade da pessoa humana, somente com a retração do poder punitivo ao mínimo campo do necessário e com novas formas de resposta os ideais serão alcançados.

As teorias até agora estudadas justificam a pena e não discordam de sua aplicação, vendo-a como remédio amargo do qual a sociedade não pode se livrar. Todavia, em contraposição a essas teorias, existem as chamadas teorias abolicionistas.

3.5. TEORIAS ABOLICIONISTAS

¹¹⁰ PUIG, Santiago Mir. Función fundamendadora y función limitadora de la prevención general positiva. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Madri: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, Tomo XXXIX, fasciculo I, p. 58, ene./abr. 1986.

¹¹¹ Cf. Bitencourt: “A pena, sob esse sistema estatal, teria reconhecidas, como finalidades, a prevenção geral e especial, devendo respeitar aqueles limites, além dos quais não representaria a ‘afirmação de um Direito social e democrático, mas exatamente a sua negação’”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152.

¹¹² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 152.

A antítese ao sistema retributivo, entendido num amplo sentido como toda teoria justificadora que se ampara na pena como resposta do Direito penal para as condutas criminosas, está na teoria da abolição. Em extremos diversos estão as teorias abolicionistas e justificadoras.

Há para os abolicionistas, mais radicais, deslegitimação da coerção penal e também social, enquanto os moderados questionam a legitimidade somente do Direito penal. Aqueles não admitem qualquer meio de coerção, seja ele exercido pelo Estado, pela sociedade ou, em última análise, pelo próprio núcleo familiar.

Ao analisar o abolicionismo, Ferrajoli, discorrendo sobre a coerção do sistema penal, destaca seu não reconhecimento pelos abolicionistas, que

“não reconhecem justificação alguma ao Direito penal e almejam sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da tríplice constrição que o mesmo produz, vale dizer, a limitação da liberdade de ação para os que o observam, a sujeição a um processo por aqueles tidos como sujeitos de não observá-lo, e a punição daqueles julgados como tais.”¹¹³

Não são, por sua vez, abolicionistas as teorias que buscam a minimização, humanização ou substituição das penas, mas sim teorias “reformadoras” ou “substitutivas”¹¹⁴, visto que a sanção penal é mantida como meio de reação social através das regras e normas do Estado.

Edson Passetti, um dos representantes do abolicionismo no Brasil, ensina que o abolicionismo penal

“não é propriedade de ninguém, não postula ser universal, não se orienta pelo saber dos profetas intelectuais, das imagens de futuros arruinados. É um discurso

¹¹³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 200.

¹¹⁴ Cf. Luigi Ferrajoli: “reformadoras são as doutrinas penais que preceituam a redução da esfera de intervenção penal, ou, ainda, a abolição da específica pena moderna que constitui a reclusão carcerária em favor de sanções penais menos aflitivas”; “substitutivas aquelas doutrinas criminológicas que, embora intencionalmente libertadoras e humanitárias, na prática convergem para o correcionismo positivista, o que, sob o programa da ‘abolição da pena’, propõe, na verdade, a substituição da forma penal de reação punitiva com ‘tratamentos’ pedagógicos ou terapêuticos de tipo informal, que permanecem, contudo, sempre institucionalizados e coercitivos e não meramente sociais”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 205.

estratégico composto de forças libertadoras e libertadoras das práticas punitivas modernas. Ele quer provocar uma conciliação, não no âmbito universal fundando uma ordem apaziguadora como imaginaram Sólon e Kant, celebrando um tratado de paz fomentador de novas dizimações, escravizações. A conciliação para o abolicionista penal se volta para a imediata situação-problema, condição singular que envolve tragicamente pessoas num instante de suas existências em que foram atacadas, imoladas, violadas, mortas. Efeito do imprevisível, do intempestivo, da desrazão, do ressentimento, do desejo, a situação problema abarca desde vítima e algoz aos envolvidos no acontecimento.”¹¹⁵

Passetti critica a “pedagogia do castigo”, marcando o abolicionismo como “práticas libertadoras”¹¹⁶ e, contra a propaganda crítica de ser utópica a abolição, assevera que a proposta de conciliação é a alternativa contra o fracassado sistema penal. Ensina que o abolicionismo é “uma unidade da série liberdade que não encontra o absoluto, mas se dirige ao infinito com conciliações”¹¹⁷.

Louk Hulsman, um dos representantes do abolicionismo mundial, aponta como erros fundamentais da justiça criminal “a ‘criminalidade oculta’ (cifra negra) e a normalidade (neutralidade) dos efeitos penais; o fato de um evento ser criminalizável não é indicativo de vitimização; e, a criminalização não é uma resposta específica aos eventos”. Vê as alternativas ao Direito penal como possíveis, desde que “nos libertamos da idéia de que situações criminalizáveis, extremamente diversas entre si, têm alguma coisa em comum”¹¹⁸. Hulsman pugna pela eliminação de todo o sistema penal¹¹⁹, por concluir ser o sistema um “problema em si mesmo”¹²⁰, com favorecimento do modelo de justiça civil.

¹¹⁵ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In PASSETTI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 16.

¹¹⁶ PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In PASSETTI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 16-7.

¹¹⁷ PASSETTI, Edson. Kafka e a sociedade punitiva. In. PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da [Org.]. **Conversações abolicionistas**. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: Ibccrim, 1997, p. 185.

¹¹⁸ HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In PASSETTI, Edson (coord.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 48-68.

¹¹⁹ Aniyar de Castro tece as seguintes considerações quanto à teoria de Hulsman: “não temos certeza de que se devam eludir os marcos de uma certa ética social sem discussão, especialmente porque o pluralismo parece uma ilusão na maioria de suas manifestações, tal como resulta dos sistemas de socialização vigentes. O risco maior de seu modelo parece estar nessa ausência de limites aceitos de conduta, ao deixar à apreciação das vítimas essa valoração. O que seria factível em pequenas comunidades pode tornar-se caótico e paralisante nas maiores. Supõe uma sociedade sem conflitos, nem sequer o de classes.” CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 146.

Loïc Wacquant¹²¹ e Nils Christie¹²² tecem críticas diversas ao sistema penal, em especial aos atuais índices de encarceramento, numa política voltada para a punição e exclusão e não direcionada para a solução dos problemas sociais ou de alternativas ao sistema punitivo. Zaffaroni enfatiza que Christie “destaca expressamente a destrutividade das relações comunitárias do sistema penal, seu caráter dissolvente das relações de horizontabilidade e os conseqüentes perigos e danos de verticalização corporativa” e assevera que ele está mais “inclinado a fundamentar seus argumentos sobre a experiência histórica e, inclusive, sobre os reduzidos modelos existentes de ensaios comunitários nórdicos, como *Christiania* e *Tvind*”¹²³.

Ferrajoli não tem a mesma recepção que Zaffaroni quanto às propostas de Wacquant e Christie, afirmando que eles propõem “projetos de microcosmos sociais fundados na solidariedade e na irmandade, vagos objetivos de ‘reapropriação social’ dos conflitos entre ofensores e vítimas e métodos primitivos de composição patrimonial das ofensas”¹²⁴.

As críticas desenhadas por Ferrajoli sobre as teorias abolicionistas estão sedimentadas numa visão comum dentro da doutrina penalista, ou seja, utópicas e regressivas, impossível numa sociedade pós-moderna, sem controles ou limites, sociais ou estatais. A ausência de normas reguladoras e punitivas, na visão do citado doutrinador, a tutelar interesses sociais, ensejaria uma sociedade selvagem em busca da solução particular de suas lides – “*bellum omnium contra omnes*”, caminhando, o homem como lobo do homem, à justiça primitiva, privada, e as regras

¹²⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 98.

¹²¹ WACQUANT, Loïc. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade.** N. 13, p. 11-32, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹²² CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade.** N. 11, p. 95-102, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹²³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas.** A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 100-1.

¹²⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 202.

se não estabelecidas por um ente externo, serão estabelecidas por membros sociais mais fortes¹²⁵.

Zaffaroni não é tão crítico ao abolicionismo como Ferrajoli e parece, em determinados momentos, um teórico e defensor de seus ideais. Inicialmente, em resposta a Ferrajoli, afirma que a teoria não busca o fim da solução dos conflitos, ao contrário, estes devem ser resolvidos, contudo propõe uma “reconstrução de vínculos solidários de simpatia horizontais ou comunitários, que permitam a solução desses conflitos sem a necessidade de apelar para o modelo punitivo formalizado abstratamente”¹²⁶.

O Direito penal mínimo é visto por Zaffaroni como uma transição ao abolicionismo, “como um momento do caminho abolicionista” e diz:

“o Direito penal mínimo é, de maneira inquestionável, uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como meta insuperável e, sim, como passagem ou transito para o abolicionismo, por mais inalcançável que este hoje pareça; ou seja, como um momento do ‘*unfinished*’ de Mathiesen e não como um objetivo ‘fechado’ ou ‘aberto’.”¹²⁷

Em relação à utopia do abolicionismo, Zaffaroni apresenta as experiências atuais com esse projeto que obtiveram êxitos e, citando Hulsman, indica a deslegitimação do Direito penal¹²⁸ como fundamento abolicionista.

A teoria abolicionista dentro do Direito penal se apresenta como um projeto amplo e histórico a ser, ao menos, discutido, e suas fundadas críticas não de ser consideradas não como forma de eliminação do sistema e sim como meio de construção para um novo sistema, voltado aos Direitos humanos e às conseqüentes garantias, num Direito penal mais justo e legítimo. O dispensar de medidas sociais coercitivas, sejam elas realizadas tanto pelo sistema penal ou por qualquer outro

¹²⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 203-4.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 104.

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 106.

¹²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 107-9.

instrumento social, não se apresenta como possível, seja considerado o passado, o presente ou o futuro que se vislumbra. Não que a visão hobbesiana da luta de todos contra todos seja determinante, mas sim que uma sociedade sem meios coercitivos é o germe da dispersão social, mostrando-se ela e seus instrumentos de controle como uma “jaula de aço”. Contudo, a realidade vivida dentro dela não precisa ser aviltante ou degradante aos seres humanos, com a utilização desses instrumentos de coerção como forma de dominação e exclusão.

A sociedade punitiva construída ao longo da modernidade cristalizou-se num sistema arcaico, improdutivo, marginalizador e sem condições de vislumbrar um futuro harmonioso; porém, a abolição de todas as formas de coerção social, com o rompimento da consciência coletiva, é inadmissível, ante a possibilidade, não ilusória, de desconstrução social.

4. CRISE CONTEMPORÂNEA DO SISTEMA RETRIBUTIVO

No item 2 foi realizada uma análise do surgimento do positivismo jurídico dentro da modernidade e sua representação para esse projeto. Agora, sua análise se dá de forma mais específica, dentro da crise do sistema retributivo, pois o sistema penal construído a partir da modernidade atendeu aos seus projetos e o positivismo¹²⁹ “representou uma ideologia a serviço dos interesses de justificação do Estado e do crescimento dos interesses econômicos da burguesia em ascensão”¹³⁰.

Por positivismo jurídico entende-se a “consagração teórica” da “razão instrumental”, que constitui uma “preocupação com a resolução dos problemas técnicos entre meios e fins, sem a análise da racionalidade dos fins”, o que o torna

¹²⁹ Cf. Zaffaroni: “positivismo, ou seja, a corrente do pensamento que pretende interpretar o mundo unicamente com base na experiência. A filosofia se identifica com as ciências, não é mais do que a sua síntese. É uma forma de romantismo, porque pretende atingir o infinito mediante o saber experimental. Embora sua origem moderna possa ser remontada a Francis Bacon (1620), sua formulação organicista no século XIX correspondeu a Augusto Comte (1789-1857), o qual, da mesma forma que o Geist, de Hegel, concebia o desenvolvimento total da reação humana como o de uma única família.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro**: parte geral. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 281.

¹³⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, 186.

opressor por puro “decisionismo”, conforme Aniyar de Castro¹³¹. O positivismo, no século XIX, dominou o pensamento como método e doutrina, o primeiro “embasado na certeza rigorosa dos fatos de experiência como fundamento das construções teóricas” e, o segundo, “apresentando-se como revelação da própria ciência”¹³².

O Direito, na visão positivista, encarna 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 poder. A neutralidade pregada pelo positivismo, todavia, é enganosa, ante sua falta de questionamento e apego a regras fáticas, indutivas, mensuráveis e empíricas.

O paradigma da imposição da ordem social, pelo sistema penal, que representa, nas palavras de Zaffaroni, o “controle social punitivo institucionalizado”¹³³, foi, desde a concepção do Estado, direcionado de forma repressiva e alicerçado no positivismo. Isso afastou o sistema punitivo do interesse social e majoritário, para recolher-se ao interesse da classe privilegiada, dominante, o que nos permite resumi-lo como estigmatizante¹³⁴, repressivo, excludente, desproporcional, segregador e desumano. A estigmatização e exclusão social do deviante são marcas indeléveis 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.

A obra de Rusche e Kirchheimer indica uma relação direta e espúria entre a punição e o sistema de produção, dentro da modernidade, uma vez que se pode constatar “que formas específicas de punição correspondem a um dado estágio de desenvolvimento econômico”. Apontam que a escravidão, como pena, somente é admitida diante de uma economia escravista; a prisão com “trabalho forçado é

¹³¹ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 61.

¹³² RIBEIRO, João. **O que é positivismo**. São Paulo: Brasiliense, 2001, p. 13.

¹³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 69.

¹³⁴ Cf. Yasmin Costa: “Considera-se estigma uma classificação social por meio do qual um grupo de indivíduos identifica outro de acordo com certos atributos reconhecidos pelos sujeitos que classificam como negativos ou desabonadores. (...). Este fenômeno da estigmatização é instrumento de dominação e possui variadas e úteis funções. Promove o isolamento, facilita a opção por medidas paliativas pelo Estado com o intuito de alocação de verbas, justifica a existência de desigualdades econômicas e sociais”. COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 34.

impossível sem a manufatura ou a indústria”. E, a superação de um sistema de produção, importa na inaplicabilidade ou desnecessidade da pena¹³⁵.

Costa indica o sistema penal como o “mais importante aparelho de controle social” e também destaca sua utilização como “instrumento do terror e de reprodução da estratificação social e ideais racistas, bem como das relações de produção e regulação da massa trabalhadora”¹³⁶.

A estigmatização como marca identificadora da pessoa ou grupo social representa, nas palavras de Baratta, uma condicionante para o comportamento futuro do desviante e a intervenção do sistema penal, em especial nas sanções privativas de liberdade, “antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinqüente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”¹³⁷. Essa determinação da identidade do delinqüente impugna qualquer discussão quanto aos fins pedagógicos ou reeducativos da pena, bem como espanca a possibilidade de reinserção social.

A imposição da ordem não se dá unicamente pelo sistema penal, podendo o mesmo ser detectado em mecanismos de normalização, como no processo de alfabetização, educação, religião, programas governamentais, costumes, ciências sociais e humanas, enfim, nos procedimentos políticos, sociais e religiosos não vinculados ao Direito. E a visão dessa imposição da ordem não se confunde com o socializar, compreendido como a capacidade de membros do corpo social aprender “modelos sociais de conduta”, assimilar e transformá-los em regras, “incorporando-os às suas próprias vidas”¹³⁸, dirigido a todas as pessoas, mas prende-se ao processo de normalização descrito por Foucault, vinculando o corpo aos aparelhos de produção, dirigido às classes subalternas. Aniyar de Castro compara o controle social a um “polvo multiforme e extremamente flexível, adaptado

¹³⁵ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. 2ª ed. Tradução de Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 20.

¹³⁶ COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 37.

¹³⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

¹³⁸ SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 113-4.

às inúmeras condicionantes da conduta social e individual, com a adequada capacidade de astúcia para disfarçar-se como outra coisa”¹³⁹.

Sem desconhecer a importância e, ao contrário, até mesmo reconhecendo os meios de controle social como efetivos e prevalentes em relação ao Direito, não os analisaremos no presente trabalho por estar fora dos nossos limites. Todavia, importante registrar que a família, a educação¹⁴⁰ e a religião, como exemplos, socializam e normalizam o ser humano num processo contínuo e duradouro, mas aquilo que lhes escapa não foge ao Direito como processo subsidiário e extremo de dominação.

A ideologia de dominação, em Althusser, é identificada, numa visão marxista, nos “Aparelhos Ideológicos do Estado”, que ele cita “empiricamente” – igrejas, escolas, sistema legal, família, comunicações -, e no “Aparelho repressivo do Estado”, também mencionados “empiricamente” – polícia, prisões, exército -, estando a distinção entre eles assentada no predominante funcionamento deste por meio da “repressão (inclusive a ideológica) e secundariamente através da ideologia, enquanto aqueles “funcionam principalmente através da ideologia, e secundariamente através da repressão seja ela bastante atenuada, dissimulada ou mesmo simbólica”¹⁴¹.

O sistema penal, num conceito amplo, que engloba não só o Direito penal, mas também todo o aparelho repressivo – polícias, delegados, promotores, juizes, cadeias, presídios -, foi direcionado para a produção e garantia capitalista¹⁴², nas palavras de Zaffaroni, coincidentes com Althusser, pois

¹³⁹ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 140.

¹⁴⁰ Cf. Baratta: “a homogeneidade do sistema escolar e do sistema penal corresponde ao fato de que realizam, essencialmente, a mesma função de reprodução das relações sociais e de manutenção da estrutura vertical da sociedade, criando, em particular, eficazes contra-estímulos à integração dos setores mais baixos e marginalizados do proletariado, ou colocando diretamente em ação processos marginalizadores. Por isso, encontramos no sistema penal, em face dos indivíduos provenientes dos estratos sociais mais fracos, os mesmos mecanismos de discriminação presentes do sistema escolar”. BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 175.

¹⁴¹ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003, p. 70.

¹⁴² Cf. Rusche e Kirchheimer, ao explicarem o desenvolvimento conjunto da pena e sistema produtivo, “a criação de uma lei específica para combater delitos contra a propriedade era uma das principais preocupações da burguesia urbana emergente. Onde detivesse o monopólio da legislação e

“aos capitalistas já não se fazia necessário enfrentar o poder da nobreza, mas agora sua posição se achava em perigo em razão do poder dos setores mais carentes, aos quais ainda não podia incorporar totalmente à sua firma de produção industrial e que continuavam concentrados nas cidades. Necessitava conter essas massas carentes e, ao mesmo tempo, discipliná-las para o trabalho e salário minguido (que era o que permitia aos capitalistas seguir acumulando capital produtivo). As classes populares dos países centrais se tornariam perigosas para o capitalismo incipiente em pleno processo de acumulação, e o controle social devia orientar-se preferentemente para elas.”¹⁴³

Mais que a proteção de interesses e Direitos particulares dos indivíduos, o sistema penal se apresentou como um subsistema funcional de produção material e ideológica do sistema social global a decidir relações de poder e de propriedade, nas palavras de Baratta¹⁴⁴. E, Althusser assevera a utilização do aparelho repressivo como aparato dominador utilizado pela “classe dominante” em relação à classe dominada:

“o papel do aparelho repressivo do Estado consiste essencialmente, como aparelho repressivo, em garantir pela força (física ou não) as condições políticas da reprodução das relações de produção, que são em última instância relações de exploração. Não apenas o aparelho de Estado contribui para sua própria reprodução (existem no Estado capitalista as dinastias políticas, as dinastias militares, etc) mas também, e sobretudo o Aparelho de Estado assegura pela repressão (da força física mais brutal às simples ordens e proibições administrativas, à censura explícita ou implícita, etc) as condições políticas do exercício dos Aparelhos Ideológicos do Estado.”¹⁴⁵

A reação social, por meio do sistema penal passou a selecionar as condutas, grupos sociais ou pessoas, para qual a punição se direciona. A partir de então, o fenômeno da criminalização se cristalizou, não de forma geral ou direcionada genericamente, mas de forma seletiva e pontual, o que levou Lola Aniyar de Castro a escrever que

jurisdição, ela insistia neste ponto com muita força”. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 33.

¹⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 269.

¹⁴⁴ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 625, out./dez. 1987.

¹⁴⁵ ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003, p. 74.

“entre as novas técnicas empregadas pela criminologia positivista para reproduzir a ordem estabelecida está a utilização do delinqüente estereotipado de classe baixa, o que, como explicou Chapman, permite quebrar a solidariedade intraclasse, ao canalizar para essa classe, produtora de delinqüentes, a agressividade contida na luta de classes. Por outro lado, também esse apelo ao ‘elemento nefasto da criminalidade’ contribuiu para caracterizar as tensões internas do sistema e para produzir legitimação por meio da repressão desse novo e único inimigo comum, que agora vai constituir, no seio das classes sociais, um ‘obstáculo para a coalizão’. É a criminalização de uma classe social.”¹⁴⁶

O estereótipo escolhido e marcado provém das classes dominadas, a serem normalizadas, e, segundo Nepomoceno, a lógica do sistema é pautar condutas, afastando as classes escolhidas e direcionando-se para as selecionadas:

“pautada na seletividade vai permitir imunizar as outras camadas que, ao contrário daquela selecionada, possuem alguma forma de poder, seja este de caráter político, econômico ou científico. Esta é a chamada função latente do sistema penal. Enquanto o poder de repressão foca em uma espécie de criminalidade, deixando-a visível aos olhos de todos, por outro lado não reprime a maioria das condutas criminalizadas na lei, especialmente as perpetradas por camadas sociais imunes à repressão do sistema. Logo, pessoas pertencentes a determinados nichos societários que possuem algum tipo de poder não vão ser ‘escolhidas’ para sofrerem a repressão do sistema pelo cometimento de condutas consideradas socialmente negativas pela lei penal.”¹⁴⁷

A legalidade, como uma dos grandes pilares do Iluminismo e do positivismo, permitiu a separação das condutas criminosas das condutas administrativas, civis e daquelas indiferentes ao Direito, e, ao mesmo tempo, individualizou o desviante e afastou a possibilidade de tipificação da conduta de membros de determinadas classes sociais. Utilidades distintas, ocultas e aparentes, algumas nobres e outras nem tanto: proteção contra o poder punitivo estatal; proteção dos membros da classe dominante; seleção dos grupos criminalizados¹⁴⁸. A criminalidade, nas palavras de Juarez Cirino, não “seria um dado ontológico

¹⁴⁶ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 47.

¹⁴⁷ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43.

¹⁴⁸ Cf. Nepomoceno: “O discurso está pautado na racionalização do poder punitivo e garantias ao indivíduo, os quais configurarão limites inclusive aos operadores das agências de poder. É interessante notar que na real operacionalidade do sistema penal as garantias individuais existirão para alguns, enquanto que para outros existirá a repressão sem limites, já que a sociedade tem que ser defendida do perigo que representa o criminoso. Para essa ‘criatura do mal’ a pena pode ser até extralegal (chacinas, por exemplo, as quais são execuções sumárias baseadas nos estereótipos e no senso comum do que seja a criminalidade). Destarte, a pena vai estar respaldada pela ideologia da defesa social”. NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 47.

preconstituído, mas realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social”, e os juízos atributivos são

“determinados, primariamente, pelas metas-regras e, apenas secundariamente, pelos tipos penais; juízes e tribunais seriam instituições determinantes da realidade, mediante sentenças atributivas de qualidades aos imputados, com estigmatização, mudança de *status* e de identidade social ao condenado.”¹⁴⁹

O sistema excludente é característica da sociedade moderna, pautada pela eliminação do desviante de seu círculo, encarcerando-o, afastando-o do convívio social. Claude Lévi-Strauss, citado por Jock Young, atribui “às sociedades modernas o caráter de antropeômicas: elas vomitam os desviantes, conservando-os fora da sociedade ou encerrando-os em instituições especiais no interior de seus perímetros”¹⁵⁰. Na modernidade tardia de Jock Young a sociedade é devoradora e expulsa com firmeza os indesejados membros:

“El orden social del mundo industrial avanzado es un mundo que traga a sus miembros. Consume y asimila culturalmente masas de personas a través de la educación, los medios y la participación en el mercado. Unos medios ubicuos: proliferan en sus canales, toman una mayor y mayor proporción de tiempo de descanso, y transportan con él imágenes globales de éxito, expectativas y deseos. Lo más crucial de todo, es que existe la imagen de que es un estilo de vida normal, que si jugamos el juego pueden esperarse bienes y nivel de confort. Para hacerlo cierto, hay imágenes de las recompensas de la vida diaria en las telenovelas y en la incesante sucesión de dramas de ficción e historias reales.”¹⁵¹

Há uma base de poder nessa sociedade devoradora, que inclui os mais próximos e exclui os outros. O ato de expulsar não se direciona ao “mesmo” ou a qualquer desviante, nem tampouco à generalidade dos seus membros, mas àquele grupo estereotipado, marcado para morrer. O sistema penal dá sustentação à manutenção do poder, ao *status quo*, a estratificação social e marginaliza o dominado, conforme Zaffaroni:

“Em parte, o sistema penal cumpre esta função, fazendo-o mediante a criminalização seletiva dos marginalizados, para conter aos demais. E também em

¹⁴⁹ SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma criminologia crítica. In BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 11-2.

¹⁵⁰ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 91.

¹⁵¹ YOUNG, Jock. Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía. **Revista de ciencias sociales delito y sociedad**. Nº 15/16, vol. 10, p. 32, 2001, Buenos Aires.

parte, quando os outros meios e controle social fracassam, o sistema não tem dúvida em que criminalizar pessoas dos próprios setores hegemônicos, para que estes sejam mantidos e reafirmados no seu rol, e não desenvolvam condutas prejudiciais à hegemonia dos grupos a que pertencem, ainda que tal fenômeno seja menos freqüente (criminalização de pessoas ou de grupos contestadores pertencentes às classes média e alta). Também, em parte, pode-se chegar a casos em que a criminalização de marginalizados ou contestadores não atenda a nenhuma função em relação aos grupos a que pertencem, mas unicamente sirvam para levar uma sensação de tranquilidade aos mesmos setores hegemônicos, que podem sentir-se inseguros por qualquer razão (geralmente, por causa da manipulação dos meios massivos de comunicação).¹⁵²

A exclusão, percebida num simples olhar pelas regiões marginais das metrópoles, onde a grande massa de pessoas submetidas e sujeitas ao sistema penal se concentra, desmascara o caráter ressocializador das teorias justificadoras e macula a legitimidade do sistema. Bauman aponta que “a busca da pureza moderna expressou-se diariamente com a ação punitiva contra as classes perigosas”¹⁵³, num aspecto devorador e ejetor, e completa:

“Em algum momento do nosso século se tornou comum a compreensão de que os homens uniformizados devem ser mais temidos. Os uniformes eram o símbolo dos servidores do estado, essa fonte de todo o poder e acima de tudo do poder coercitivo ajudado e favorecido pelo poder que absolve da desumanidade. Envergando uniformes, os homens se tornam esse poder em ação; envergando botas de cano alto, eles pisam, e pisam em ordem, em nome do estado. O estado que vestiu homens de uniforme, de modo que estes pudessem ser reconhecidos e instruídos para pisar, e antecipadamente absolvidos da culpa de pisar, foi o estado que se encarou como a fonte, o defensor e a única garantia da vida ordeira: a ordem que protege o dique do caos.”¹⁵⁴

O positivismo, como ideologia jurídica, legitimou a ação desses “homens uniformizados”, algumas vezes com fardas e outras com togas, e o sistema retributivo, calcado na prisão como “função punitiva por excelência”¹⁵⁵, tendo por função declarada a ressocialização, a reeducação, a reinserção social, foi um

¹⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 61.

¹⁵³ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 26.

¹⁵⁴ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 28.

¹⁵⁵ Cf. Fonseca: “Ora, se as críticas à prisão são simultâneas ao seu surgimento e se as propostas de solução aos problemas apontados por estas críticas são reproduzidas ainda hoje, quase que segundo os mesmos princípios, é possível acompanhar Foucault em sua constatação de que a prisão se constitui num fracasso penal e, ao mesmo tempo, num sucesso institucional, pois ao lado de toda discussão teórica em torno das críticas e das propostas de soluções, a prisão persiste enquanto forma institucional que representa a função punitiva por excelência há dois séculos.” FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 172.

“fracasso”. Para suas reais funções de dominação e normalização foi um sucesso, tendo Foucault apontado a eficiência da prisão como “instituição total”¹⁵⁶, compreendida num conceito de Goffman, para “gerir as ilegalidades, de riscar limites de tolerância, de dar terreno a alguns, de fazer pressão sobre outros, de excluir uma parte, de tornar útil outra, de neutralizar estes, de tirar proveito daqueles”¹⁵⁷. Numa mesma posição, Aniyar de Castro pergunta se realmente houve o fracasso, apresentando resposta esclarecedora:

“Fracassaram, talvez, os fins explícitos da prisão e do tratamento. Não fracassou na medida em que tanto o cárcere – repressão pura – como o tratamento – repressão ideológica – lograram cumprir seus fins implícitos: reproduzir o sistema de classes e deixar a classe hegemônica de mãos livres para realizar seus objetivos através da racionalidade do mercado; ratificar as teorias do senso comum, as quais, ao separar as classes delinquentes das classes não delinquentes, consolidam a estratificação.”¹⁵⁸

Há um desvio daquilo que é prometido com o encarceramento, ou seja, a melhora do ser humano, com o que efetivamente é feito, “que pode ser tudo, menos melhorar alguém”, numa forma moderna de suplício. Eis um dos motivos que levam Bodê de Moraes a apontar o encarceramento como um controle “eminentemente perverso, porque resulta de uma perversão, aqui no sentido de algo mal, cruel”¹⁵⁹.

A preservação da ordem, expressão máxima da razão, foi a direção seguida pela sociedade moderna e, por conseqüência, pelo sistema penal, o que impediu qualquer questionamento da estratificação social e do regime dominante. O progresso é representado pela visão da “sociedade positiva”, com a manutenção da

¹⁵⁶ Cf. Goffman, as instituições totais apresentam as seguintes “características comuns”: “Em primeiro lugar, todos os aspectos da vida são realizados no mesmo local e sob uma única autoridade. Em segundo lugar, cada fase da atividade diária do participante é realizada na companhia imediata de um grupo relativamente grande de outras pessoas, todas as atividades diárias são rigorosamente estabelecidas em horários, pois uma atividade leva, em tempo predeterminado, à seguinte, e toda a seqüência de atividades é imposta de cima, por um sistema de regras formais explícitas e um grupo de funcionários. Finalmente, as várias atividades obrigatórias são reunidas num plano racional único, supostamente planejado para atender aos objetivos oficiais da instituição”. GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003, p. 17-8.

¹⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 226.

¹⁵⁸ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 49.

¹⁵⁹ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: Ibccrim, 2005, p. 29.

ordem e sem possibilidade de mudança. Todos aqueles que questionaram a ordem passaram a ser taxados de desordeiros e a resposta social foi à movimentação do sistema repressivo em sua direção, representada pelo braço mais forte do grande Leviatã. A ordem foi a meta do positivismo jurídico e não a Justiça.

A seletividade nos grupos sociais marginalizados, etiquetados como baderneiros, desordeiros, delinquentes, criminosos, doentes, afastou a identificação social e sedimentou a exclusão, pois a parcela majoritária da sociedade passou a visualizar aquelas pessoas como os *Outros*, os *Estranhos*, no dizer de Bauman, aqueles a serem excluídos, eliminados, não merecedores de sentimento de piedade ou compaixão, nem tampouco de compreensão. Contudo, a mesma parcela da sociedade, qual seja, a excluída, não conseguiu detectar que o foco do sistema estava direcionado para si e não somente para aqueles *outros*; não conseguiu perceber que também é o *outro*¹⁶⁰. Dentro desse modo de enxergar, os *Estranhos*, *Outros*, devem ser eliminados:

“Na sociedade moderna, e sob a égide do estado moderno, a aniquilação cultural e física dos estranhos e do diferente foi uma destruição criativa, demolindo, mas construindo ao mesmo tempo; mutilando, mas corrigindo... Foi parte e parcela da constituição da ordem em curso, da constituição da nação, do esforço de constituição do estado, sua condição e acompanhamento necessários. E, inversamente, onde quer que a planejada ordem de constituição esteja em andamento, certos habitantes do território a ser ordeiramente feito de maneira nova convertem-se em estranhos que precisam ser eliminados.”¹⁶¹

Esses ideais não seriam possíveis sem o positivismo jurídico, “que predomina entre os juristas do nosso tempo, seja ele o que se assenta na ordem burguesa e capitalista, seja o que, como ‘legalismo socialista’, representou aquele

¹⁶⁰ Cf. Dornelles: “no contexto da crise da modernidade, com suas promessas não cumpridas, há uma crise que desvaloriza a idéia do sujeito moral. É a solidificação da cultura da ‘coisificação’ em massa das pessoas. Neste contexto cultural, o ‘outro’ passa a ‘não ser’, se desumaniza, é tratado e se comporta como objeto e não como sujeito. A lógica das sociedades capitalistas é a da mercantilização da existência. Dessa forma é que o ser humano, como objeto, passa a se comportar e ver o ‘outro’ como mercadoria. Passa a valorar o ‘outro’, e a si mesmo, com o cálculo utilitário do custo benefício. O que orienta as relações sociais é o valor de troca, seja no aspecto de troca no mercado, seja no aspecto de posse de coisas materiais. Prevalecem apenas ‘as frias relações de mercado’ como referência existencial, como paradigma das relações sociais.” DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 125, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁶¹ ZYGMUNT, Bauman. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997, p. 29-8.

mesmo tipo de congelamento característico, por exemplo, no stalinismo, e que ainda prevalece na URSS”¹⁶².

A história da retribuição penal, então, pode ser resumida, nas palavras de Ferrajoli, como a

“mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque mais cruéis e talvez mais numerosas do que as violências produzidas pelos delitos têm sido as produzidas pelas penas e porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. Frente à artificial função de defesa social, não é arriscado afirmar que o conjunto das penas cominadas na história tem produzido ao gênero humano um custo de sangue, de vidas e de padecimentos incomparavelmente superior ao produzido pela soma de todos os delitos.”¹⁶³

E, a partir dessa forte adjetivação – horrenda -, uma análise da crise do sistema penal e sua deslegitimidade tem de ser aprofundada.

Zaffaroni expõe a insensatez do sistema penal em sua concepção e, citando três personagens da história mundial, diz ser desarrazoado acreditar num sistema igual para todos:

“Não é difícil imaginar Cristo ou Buda condenados por ‘vadiagem’ e, na pior das hipóteses, ‘desaparecidos’ por terem atentado contra a ‘segurança nacional’, ou São Francisco institucionalizado em um manicômio, submetido a especialistas que controlariam seu ‘delírio místico’ com choques elétricos ou com ‘camisa-de-força química’. É possível, assim, perguntar que tipo de insensatez histórica significa pretender a existência, em algum momento, de um sistema penal que haja expropriado o Direito da vítima para realizar o princípio de que todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e Direitos. Sem dúvida, trata-se de uma insensatez histórica somente comparável com a insensatez que pretende a futura existência um sistema penal que, com a estrutura de qualquer um dos atuais, se inspiraria no princípio da igualdade, quando sabemos que a operatividade seletiva é da essência de qualquer sistema penal.”¹⁶⁴

A desigualdade de tratamento do sistema é criticada por Baratta por ser o “mito do Direito penal como Direito igual” para todos, base não só da ideologia da defesa social, mas do próprio positivismo, em que o Estado dita as regras gerais,

¹⁶² LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995, p. 27.

¹⁶³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 310.

¹⁶⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 148-9.

imparciais, para toda a sociedade. Esse autor resume os “mitos” nos seguintes pontos:

“a) o Direito penal protege igualmente todos os cidadãos contra ofensas aos bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos (princípio do interesse social e do delito natural); b) a lei penal é igual para todos, ou seja, todos os autores de comportamentos anti-sociais têm iguais chances de tornar-se sujeitos, e com as mesmas conseqüências, do processo de criminalização (princípio da igualdade).”¹⁶⁵

Depois de indicar os “mitos”, que também poderiam ser indicados como *totens* do Direito penal, tece as críticas:

“a) o Direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e, quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade.”¹⁶⁶

A crise do sistema retributivo do Direito penal não é uma crise isolada de um dos pilares da modernidade, mas representa, sim, a crise de todo o projeto da modernidade, um projeto superado e, por alguns, inacabado, visto que assente nos pilares da razão, ordem, progresso e aplicação da lei como meio de controle dos relacionamentos humanos.

Tal crise do sistema, diante das falsas construções da modernidade, deve ser interpretada, nas palavras de Zaffaroni, como

“uma brusca aceleração do descrédito do discurso jurídico-penal. De modo algum acreditamos que ‘crise’ possa indicar, aqui, um momento a partir do qual a realidade operativa de nossos sistemas penais comece a se aproximar da programação estabelecida pelo discurso jurídico-penal – o que seria absolutamente impossível por ser ‘utópico’ (no sentido negativo da expressão, como ‘não realizável’); ‘crise, para nós, portanto, é o momento em que a falsidade

¹⁶⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

¹⁶⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 162.

do discurso jurídico-penal alcança tal magnitude de evidência, que este desaba, desconcertando o penalismo da região.”¹⁶⁷

O sistema retributivo, alicerçado na pena como consequência única da conduta criminalizada, deslegitimou o Direito penal, pois a seletividade e a reiterada prática de condutas proibidas¹⁶⁸ desacreditaram o sistema. O exemplo mais difundido está nos denominados crimes do “colarinho branco”, nunca sancionados ou sancionados levemente, o que causa repulsa social, ainda mais nas regiões onde as classes sociais mais empobrecidas não têm nenhum apoio governamental e são reprimidas pelo aparato policial, em total desproporção ao tratamento dispensado àqueles privilegiados¹⁶⁹.

A cifra oculta da criminalidade¹⁷⁰ é reflexo direto do desacreditado sistema, pois a falta de credibilidade das justificativas para atuação ou não atuação dos órgãos de repressão afasta o interesse pelo sistema, preferindo-se o silêncio, a indiferença ou a solução particular¹⁷¹ da lide¹⁷². Diversos outros fatores são

¹⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 16.

¹⁶⁸ Cf. Bitencourt: “Um dos dados freqüentemente referidos como de efetiva demonstração do fracasso da prisão são os altos índices de reincidência, apesar da presunção de que durante a reclusão os internos são submetidos a tratamento reabilitador. As taxas de reincidência são observadas não só na aplicação das sanções privativas da liberdade, mas também nas restritivas de Direitos e pecuniárias, o que nos permite também indicá-los como ‘efetiva demonstração’ do fracasso”. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 161.

¹⁶⁹ Cf. Bauman: “(...) A primeira delas é a das intenções um tanto seletivas dos legisladores, preocupados com a preservação de determinado tipo de ordem específico. As ações mais prováveis de serem cometidas por pessoas para as quais não há lugar na ordem, pelos pobres diabos tiranizados, têm a melhor chance de aparecer no código criminal. Roubar os recursos de nações inteiras é chamado de ‘promoção do livre comércio’; roubar famílias e comunidades inteiras de seu meio de subsistência é chamado ‘enxugamento’ ou simplesmente ‘racionalização’. Nenhum desses feitos jamais foi incluído entre os atos criminosos passíveis de punição”. BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 131.

¹⁷⁰ Cf. Aniyar de Castro, citada por Raúl Cervini, cifra oculta é “a diferença existente entre a criminalidade real (quantidade de delitos cometidos num tempo e lugar determinados) e a criminalidade aparente (criminalidade conhecida pelos órgãos de controle), que indica, comprovadamente, acerca de alguns delitos, um percentual substancial, em que não é aplicado o sistema penal e que, em alguns casos, é praticamente absoluto, circunstância que debilita a sua própria credibilidade, ou seja, a credibilidade de todo o sistema penal”. CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 184.

¹⁷¹ Cf. Scarance Fernandes e Marques: “(...) não resta dúvida, como vêm demonstrando as cifras negras da criminalidade tradicional, que a composição entre os particulares já vem sendo os critérios mais adotados na solução da maioria dos conflitos envolvendo interesses essencialmente privados, que não chegam ao conhecimento da Justiça Penal”. FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES,

apontados como motivação para a não comunicação formal do delito; na lição de Raúl Cervini, citando Hilda Marchiori:

“o temor do ofendido de uma nova ofensa (medo em relação ao autor do delito); por não considerar grave a conduta lesiva; não confiar na justiça; temor de causar prejuízo ao autor, por ser membro da família; a perda de tempo implicada na delação e nos trâmites judiciais; a vítima agrediu o autor e sabe ser tão responsável pelo delito como este; para evitar serem novamente vitimizadas pela polícia, peritos forenses, juízes; pela pressão familiar e social em ser identificadas como vítima de determinados delitos, que a marginaliza e humilha.”¹⁷³

Mas não é essa cifra o único elemento deslegitimador do sistema penal, mas um, dentre outros vários elementos existentes. Calhau assevera que a “cifra negra’ é uma das responsáveis pela falta de legitimidade do sistema penal vigente no Brasil, pois uma quantidade ínfima de crimes chega ao conhecimento do Poder Público”¹⁷⁴ e uma mínima parte receberá uma resposta por parte do Estado.

A extensão da prática criminosa é muito mais ampla que aquela visível, que faz parte das estatísticas oficiais e essa invisibilidade criminosa “casi pone patas

Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justitia**, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, vol. 156, p. 29, out./dez. 1991.

¹⁷² Almeida, ao discorrer sobre as comunicações e não comunicações dos delitos por parte das vítimas, em estudo realizado em Portugal, comenta: “Do ponto de vista das vítimas, podem ser preferíveis, por diversas razões, estratégias de resolução de conflitos à margem do Direito penal. Nem se deve pensar que isto constitua sempre um mal, posto que a capacidade de descobrir vias de conciliação informais pode atestar a vitalidade do tecido social. O que é problemático é deparar, como no nosso inquérito, com um nível de abstenção da denúncia que atingiu quase os 80%. Este dado não pode deixar de ser tido como revelador de uma grande distância social, ou de uma certa margem de alienação, dos cidadãos-vítimas em face das autoridades. Acrescente-se ainda que a convicção de que a polícia não se iria interessar foi o terceiro motivo mais vezes apontado para explicar a ausência de denúncia. No entanto, as respostas reveladoras de sentimentos declarados de antipatia para com a polícia foram quase inexistentes. A constatação de que a grande maioria das vítimas se abstém de denunciar deve ser motivo de reflexão para o sistema penal. A partir deste simples dado, o sistema deve interrogar-se sobre a imagem que projecta na sociedade”. ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Lisboa, fasc. 1, p. 108, jan./mar. 1993.

¹⁷³ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 91.

¹⁷⁴ CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 229, jul./set. 2000.

arriba al paradigma de la modernidade, ya que sugiere que la imagen del delito presentada en las cifras oficiales contiene fallas fundamentales”¹⁷⁵.

Para Aniyar de Castro, a crise do sistema penal é a “crise de legitimação”, que, segundo ela, é “toda forma de convalidar, autorizando-o, especialmente através da promoção de um consenso social, um sistema de dominação determinado”. A crise, diz a doutrinadora, é a doença e a legitimação o remédio¹⁷⁶, sendo que para apontar a crise do sistema penal ela indica três leituras para o exercício desse poder: “nível dos princípios formuladores”; “sua concreção nos fatos”; e, “nível do seu sentido mais profundo e de suas funções reais”¹⁷⁷. A distância entre a realidade fática e a lei e entre as necessidades de segurança social e a lei, bem como o descrédito da justiça, por se dar vazão à seletividade do sistema, são as bases fáticas da crise.

Zaffaroni indica como “utópica” a “legitimidade do sistema penal”, por quebra da sua racionalidade, entendida esta como “à coerência interna do discurso jurídico-penal” e “ao seu valor de verdade quanto à nova operatividade social”. Aduz, ainda, que a legalidade não supre a legitimidade; que o sistema penal “é exercido à margem da legalidade, de forma arbitrariamente seletiva”; a legalidade é desrespeitada no “âmbito do sistema penal formal”; e, “o exercício de poder abertamente ilícito por parte do sistema penal” não obedece à “legalidade processual ou à legalidade penal”¹⁷⁸. Ao final, concluindo, ensina:

- “a) a legalidade não proporciona legitimidade, por ficar pendente de um vazio que só a ficção pode preencher;
- b) o principal e mais importante exercício de poder do sistema penal se realiza dentro de um modelo de arbitrariedade concedida pela própria lei;
- c) o exercício de poder menos importante do sistema penal serve de pretexto para o exercício de poder principal, não respeitando também, e nem podendo respeitar, a legalidade;

¹⁷⁵ YOUNG, Jock. Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidade tardía. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. Vol. 7, fascículo 13, p. 75-114, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

¹⁷⁶ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 133.

¹⁷⁷ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 133.

¹⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 16-28.

d) além de o exercício de poder do sistema penal não respeitar, nem poder respeitar a legalidade, na operacionalidade social de nossos sistemas penais, a legalidade é violada de forma aberta e extrema, pelo altíssimo número de fatos violentos e de corrupção praticados pelos próprios órgãos do sistema penal.”¹⁷⁹

A conclusão de Zaffaroni caminha para a deslegitimação do sistema e a importância de seu pensamento é ressaltada por Dotti, que chama seu livro de “livro-denúncia”¹⁸⁰. Ferrajoli vai além da legitimação do sistema e questiona a própria legitimidade do Estado, pois o

“Direito penal, conseqüentemente, ataca, na raiz, a própria questão da legitimidade do Estado, cuja soberania, o poder de punir, que pode chegar até ao *ius vitae ac necis*, é, sem sombra de dúvida, a manifestação mais violenta, mais duramente lesiva aos interesses fundamentais do cidadão e, em maior escala, suscetível de degenerar-se em arbítrio. A falta de correspondência entre culpados, processados e condenados e, em particular, a ‘cifra da injustiça’, formada pelas, ainda que involuntárias, punições de inocentes, cria, de outra parte, complicações gravíssimas e normalmente ignoradas ao problema da justificação da pena e do Direito penal.”¹⁸¹

Gomes e Bianchini também atacam a falta de legitimidade do Direito penal que conta com as seguintes características:

“manipula o medo do delito e a insegurança, reage com um rigor desnecessário e desproporcionado e se preocupa exclusivamente com certos delitos e determinados infratores. Introduce um sem-fim de disposições excepcionais, sabendo-se do seu inútil ou impossível cumprimento e, a médio prazo, traz descrédito ao próprio ordenamento, minando o poder intimidativo de suas proibições.”¹⁸²

A deslegitimidade do sistema é reconhecida pelos doutrinadores citados, todavia nem todos apresentam, com clareza, idéias para o restabelecimento da legitimidade perdida. Se a deslegitimidade for compreendida como o ponto final no processo, então, há de se reconhecer o fim do sistema penal ou a convivência com um sistema não legitimado, mas necessário. Voltar-se-ia à “jaula de aço” de Weber,

¹⁷⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 29.

¹⁸⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 29.

¹⁸¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 168.

onde o sistema não é o melhor para o ser humano, todavia é aquele que permite seu desenvolvimento de forma segura. O ônus da segurança, sem dúvida, permanecerá sobre a massa determinada pela modernidade, a quem caberá o sacrifício pelo desenvolvimento do ser humano. Esses ideais hipócritas sedimentam a exclusão e não representam um caminho amparado na dignidade da pessoa humana e nos Direitos humanos.

A crise, nas palavras de Jock Young, ao questionar o paradigma modernista, tem fatores que “desorientaram e regalvanizaram a disciplina” da criminalidade: “o aumento da taxa de criminalidade; a revelação de vítimas até então invisíveis; a problematização da criminalidade; a consciência crescente da universalidade do crime e da seletividade da justiça; e a problematização da punição e da culpabilidade”¹⁸³.

Os múltiplos fatores apontados indicam que a crise não é localizada num ou noutro órgão repressivo, mas está disseminada por tudo aquilo que representa o sistema penal, ou seja, atinge diretamente as polícias civil e militar, promotores públicos, juizes, justiça penal, prisões, delegacias etc. A idéia de crise localizada muitas vezes é defendida como forma de resgate de uma dessas instituições, permitindo uma falsa ideologia de um sistema que contém falhas sanáveis ou extirpáveis. Essa falsa idéia permite uma continuidade do sistema, com críticas que se acreditam solucionáveis, e dentro dessa linha as mudanças apresentadas para a legitimação do sistema penal não passam de desvios numa mesma trajetória.

Especificamente em relação ao sistema de penas, Ferrajoli diz existirem múltiplos fatores a contribuir para sua crise:

“a crescente ineficácia das técnicas processuais, que em todos os países evoluídos tem provocado um aumento progressivo da prisão cautelar em relação ao encarceramento sofrido na expiação da pena; a ação dos meios de comunicação, que tem conferido aos processos, sobretudo aos seguidos por delitos de particular interesse social, uma ressonância pública que às vez tem para o réu um caráter aflitivo e punitivo bem mais temível do que as penas; a inflação do Direito penal, que parece ter perdido toda a separação do Direito administrativo, de forma que os processos e as penas já se contam, num país como a Itália, em milhões cada ano; a mudança das formas de criminalidade, que se manifesta no desenvolvimento do crime organizado e, por outro lado, de uma microdelinqüência

¹⁸² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 104.

¹⁸³ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 61.

difusa, ambos ligados ao mercado da droga; a diminuição, não obstante, dos delitos de sangue e o incremento sobretudo dos delitos contra o patrimônio; o progressivo desenvolvimento da civilidade, enfim, que faz intoleráveis ou menos toleráveis que no passado, para a consciência jurídica dominante, não somente as penas ferozes, senão, também, as penas privativas de liberdade demasiado extensas, começando pela prisão perpétua.”¹⁸⁴

Na transição da modernidade para a pós-modernidade, a pena de prisão continua cruel, desumana, estigmatizadora e desproporcional, direcionada para as classes excluídas e etiquetadas, nos mesmos moldes daqueles que trilham todo o paradigma da modernidade. Os fins ocultos agora são outros, mas a “miséria da pena”¹⁸⁵ é a mesma. Em 1850, a pena de prisão era vista como um local onde o excluído deveria sentir o pavor da segregação e a importância da liberdade, sedimentando-se no princípio de que o condenado não poderia receber benefícios além daqueles que tinha antes de ingressar na prisão. Os miseráveis, como foco principal do sistema penal, levaram para a prisão o reflexo da miséria e da dor. O Direito apresenta-se para essa massa de pessoas por meio do código penal. Nesse sentido, Rusche e Kirchheimer:

“O limite mais alto para as despesas com os prisioneiros era, portanto, determinado pela necessidade de manter seu padrão de vida abaixo do padrão das classes subalternas da população livre. O limite mais baixo, aceito em toda parte e explicitamente descrito por uma comissão na Inglaterra (Royal English Commission) em 1850, foi estabelecido pelas exigências mínimas de saúde. (...). Em outras palavras, o limite mais baixo prescrito pelos regulamentos das prisões não era sempre estabelecido pelos dos homens livres. Isto significa que as condições miseráveis da classe trabalhadora reduziam o padrão de vida na prisão para bem abaixo do que era oficialmente reconhecido como nível mínimo.”¹⁸⁶

Superado mais de 150 anos de história, a punição pouco ou nada evoluiu. A miséria do cárcere continua retratada diariamente¹⁸⁷. A estigmatização, o

¹⁸⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 330.

¹⁸⁵ WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001, p. 77-140.

¹⁸⁶ RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 153.

¹⁸⁷ No Resumo do relatório o Brasil atrás das grades, elaborado pela Human Rights Watch, tem-se uma idéia geral do sistema: “Na maioria das prisões, a distribuição do espaço é relativamente irregular, de forma que o pior da superlotação recai desproporcionalmente sobre certos presos. No geral, presos que são mais pobres, mais fracos e menos influentes tendem a viver em acomodações menos habitáveis. Tipicamente, as celas de castigo e triagem - nas quais é tão provável encontrar presos que precisam de proteção de outros presos quanto presos que estão sendo punidos - são as

etiquetamento, a dor e o sofrimento são produzidos não só pelas marcas no corpo, mas também pelas marcas na alma. Os meios de comunicação em massa identificam o criminoso e a classe dominada¹⁸⁸, num movimento marginalizador, agora retratado em tempo real¹⁸⁹. Caldeira aponta que a fala do crime nega até respeito aos Direitos humanos dos reclusos, como se os criminosos não fossem “inteiramente humanos”¹⁹⁰.

Refletindo a visão e obra foucaultiana, numa crítica ao sistema penal, Gomes e Bianchini falam que

“desapareceu ao longo da história o corpo marcado, recortado, queimado, aniquilado; o que veio em seguida foi o corpo e o tempo controlados; agora o que se pretende é a eternização do espetáculo de fabricação de um tipo específico de delinquência (e de delinqüente).”¹⁹¹

A prisão impõe uma “cisão do corpo social” e “são mantidas a uma certa distância para proteger e preservar os cidadãos livres da nódoa penal que elas

áreas mais apertadas e menos confortáveis. As condições das celas de segurança no pavilhão cinco da Casa de Detenção de São Paulo são particularmente miseráveis. Em ambos os dias que a Human Rights Watch visitou essa área, encontramos oito presos amontoados em cada uma das celas individuais, sendo que algumas celas eram habitadas por até dez presos. O ar nessas dependências escuras era pesado com dióxido de carbono e odores de transpiração. Privados da luz do sol e exercícios, aproximadamente 350 detentos mantidos nessa área raramente eram liberados para fora de suas celas; de fato, os outros presos normalmente referiam-se a esse grupo específico como ‘os amarelos’.” O Brasil atrás das grades. **Human Rights Watch**. Disponível em <www.hrw.org/portuguese/reports/presos/resumo.htm>. Acesso em 25 de março de 2005.

¹⁸⁸ Cf. Batista: “Uma especial vinculação entre a mídia e o sistema penal constitui, por si mesma, importante característica dos sistemas penais do capitalismo tardio. Tal vinculação, marcada por militante legitimação do (ou, para usar um termo da moda, ‘parceria’ com o) sistema penal – ‘parceria na qual as fórmulas bisonhas do editorial ou do espaço cedido ao ‘especialista’ concorde são menos importantes do que as mensagens implícitas, que transitam da publicidade às matérias esportivas – tal vinculação levou Zaffaroni a incluir, em seu rol de agências do sistema penal, as ‘agências de comunicação social’, e os exemplos que ministrou (‘rádio, televisão e jornais’) deixam claro que não se referia aos serviços de relações públicas de tribunais ou corporações policiais.” BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 271, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

¹⁸⁹ Cf. Young: “Os meios de comunicação de massa desempenham um papel central na demonização: eles perseguem o desviante muito à frente da polícia, acusando-a frequentemente de lidar inadequadamente com o caso. O sistema de justiça criminal fica assim na defensiva, em vez de estar num papel moral empreendedor”. YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 182.

¹⁹⁰ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, 348.

¹⁹¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 159.

irradiam”¹⁹². Os estabelecimentos prisionais são erguidos em regiões distantes dos grandes centros comerciais, normalmente em regiões pouco desenvolvidas economicamente, fora do olhar da sociedade consumista e globalizada, como se a visão daquela construção pudesse de alguma forma lhes dizer que aquilo representa a falência do ser humano ou, então, simplesmente perturbar a ordem consumista.

A prisão como modelo reintegrador e ressocializador faliu, mas não se pode falar que sua finalidade institucional não foi cumprida ou que não funcionou para os fins de dominação. Conforme Foucault, a prisão não foi construída para reintegrar ou ressocializar e sim para dominar, normalizar, e nesse sentido seu mecanismo de dominação e marginalização apresentou efetividade incontestável. A prisão, portanto, cumpriu sua função!

4.1. A SEGREGAÇÃO DA LIBERDADE

O sistema retributivo, que tem a pena como resposta, assenta-se na prisão como a medida mais severa de contenção e sua proliferação se deu na modernidade, sendo descrita por Thompson como “uma loucura meta-humana”¹⁹³.

Relembrando as palavras de Baratta, o “cárcere representa, em suma, a ponta do iceberg que é o sistema penal burguês, o momento culminante de um processo de seleção que começa ainda antes da intervenção do sistema penal”¹⁹⁴, útil na auto-reprodução do sistema social existente e, portanto, dos interesses dos detentores do poder, visando a manutenção das relações de produção e de distribuição desigual de recursos¹⁹⁵. Combessie escreve que “encarcerar significa excluir certos membros da sociedade, pelo menos no sentido de expeli-los do

¹⁹² COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, p. 144, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁹³ THOMPSON, Augusto. Sistema prisional. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, p. 7, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁹⁴ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 167.

¹⁹⁵ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 626, out./dez. 1987.

‘mundo livre’”, estendendo o “estigma da condenação ao incorporar na pessoa do recluso a infração pela qual ele foi sentenciado à privação da liberdade”¹⁹⁶.

Garcia Pablos y Molina, citado por Bitencourt, tece suas críticas à punição e vê com maior dificuldade ressocializar aquele que cumpriu uma sanção penal a aquele que não cumpriu:

“A pena não ressocializa, mas estigmatiza, 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.”¹⁹⁷

Para Foucault, numa análise dentro do paradigma da modernidade, a prisão, “instituição de seqüestro”¹⁹⁸, tem por fim “fixar os indivíduos em um aparelho de normalização das condutas” e “todas essas instituições não têm por finalidade primeira ‘excluir’, mas fixar as condutas, fixar os indivíduos”¹⁹⁹. Há uma exclusão física, mas o fim não é eliminar a pessoa. Já Bauman, numa visão pós-moderna, ao discorrer sobre a prisão, destaca seu caráter eliminatório e excludente, que para ele “significa uma prolongada e talvez permanente exclusão”²⁰⁰:

“Todo o processo policial/judicial que culmina na prisão e, em certo sentido, num longo ritual rigidamente estruturado de rejeição simbólica e exclusão física. A rejeição e a exclusão são humilhantes e pretendem isso; visam a fazer o rejeitado/excluído aceitar sua imperfeição e inferioridade social. Não admira que as vítimas ergam uma defesa. Em vez de aceitarem docilmente a sua rejeição e converter a rejeição oficial em auto-rejeição, elas preferem rejeitar os que as rejeitam.”²⁰¹

¹⁹⁶ COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, p. 131, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

¹⁹⁷ Apud BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 155.

¹⁹⁸ Cf. Fonseca: “Historicamente, para Foucault, ‘sociedade disciplinar’ é o nome que pode ser dado às sociedades ocidentais modernas (séculos XIX e XX). Elas se caracterizam pela formação de uma rede de instituições no interior das quais os indivíduos são submetidos a um sistema de controle permanente. Esse tipo de sociedade é que irá permitir a fixação dos indivíduos aos aparelhos produtivos em funcionamento num modo de produção capitalista.” FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 166.

¹⁹⁹ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 168.

²⁰⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 130.

²⁰¹ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 134-5.

A prisão é vista por Ferrajoli como uma “instituição ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípica, extralegal e extrajudicial, ao menos em parte, lesiva para a dignidade das pessoas, penosa e inutilmente aflitiva”, motivo pelo qual pugna pela “progressiva minimização da duração da pena carcerária”²⁰². Com igual entendimento, Brega Filho defende a eliminação da privação nas penas de curta duração²⁰³.

Adotada universalmente como forma de punição extrema, nenhuma alternativa foi apresentada nos últimos séculos a substituir sua eficácia na contenção daqueles que atentam mais severamente contra interesses sociais, sem meios de conviver em sociedade. Essa ausência de opções leva os membros do corpo social a acreditarem na necessidade de sua expansão como forma de contenção dos desvios; todavia, essa enganosa visão precisa ser superada e a vulgarização contida.

O sistema carcerário apresentou vertiginoso avanço nos últimos anos²⁰⁴, tornando-se assunto obrigatório na política brasileira e ocidental. A contenção maciça e imediata transmite uma falsa sensação de segurança e permite sua expansão com apoio social e poucos questionamentos quanto à sua eficiência. Após crises ou episódios de conturbação social, sejam eles provocados pela criminalidade organizada ou não, a resposta do poder político se consubstancia num pacote de medidas punitivas e repressivas²⁰⁵. Até mesmo para situações que não envolveriam,

²⁰² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 332.

²⁰³ Cf. Brega Filho: “A prisão, não há dúvida, humilha o condenado, degradando-o sob o aspecto moral. Essa degradação diminui a auto-estima e pode levar o criminoso a modificar para pior seus valores morais, voltando novamente a delinquir. Também não podemos esquecer que a prisão quase sempre gera a perda do emprego, fato que prejudica o sustento da família e leva à sua desagregação, não havendo justificativa para que isso ocorra em relação às penas de curta duração.” BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo. Eficácia de cada um dos institutos**. Leme, SP: JH Mizuno, 2006, p. 38.

²⁰⁴ Wacquant descreve o sistema carcerário e o encarceramento em massa e ao final diz que o “estudo de campo da prisão deixa de ser a província do especialista para transformar-se numa janela para as contradições mais profundas e os segredos mais obscuros do nosso tempo”. WACQUANT, Loïc. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

²⁰⁵ Por ocasião do assassinato da irmã Dorothy Stang no Pará, amplamente divulgado pela imprensa nacional e estrangeira, Plínio de Arruda Sampaio escreveu artigo para o jornal Folha de S. Paulo intitulado “O kit massacre”, no qual tece críticas diversas ao pacote de medidas apresentada pelo

em regra, alterações na legislação penal, o poder político apresenta proposta de mudanças nessa legislação, fortalecendo, ainda mais, o sistema punitivo. O encarceramento é, então, posto, numa falsa ideologia, como o esgotamento do assunto, apaziguando os ânimos da mídia e das classes populares sedentas por uma forte resposta estatal. Ao final de cada projeto ou pacote, o que resta é o aumento do sistema repressivo e a deslegitimidade do mesmo.

A falsa idéia da privação da liberdade como única medida capaz de pôr ordem ao caos ou eliminar os problemas sociais foi propalada e sedimentada durante a modernidade. A associação da criminalidade ao lixo a ser varrido e da implementação da limpeza nos meios sociais permitiu e sustentou a eliminação da liberdade, muitas vezes sem qualquer amparo legal. A sujeira a ser cortada do corpo social se cristalizou nas classes sociais mais desprestigiadas e, ao serem levadas à prisão, a marginalidade foi criminalizada, numa prova “inconteste da periculosidade das classes populares”²⁰⁶. Há um paralelo entre esse modelo de isolamento na prisão e o isolamento nos guetos ou bairros periféricos das classes pobres, enquanto a classe social média e alta vive protegida nos “enclaves fortificados”, conforme bem analisado por Caldeira²⁰⁷.

Por tudo isso, a prisão é o ponto final na vida do ser humano, e sua mínima utilização, num breve período de duração, não pode ser eliminada como

Governo Federal como resposta à prática daquele crime, bem como discorre sobre as medidas de repressão adotadas e implementadas e a ausência de políticas públicas para solução e pacificação dos conflitos latifundiários daquela região. SAMPAIO, Plínio de Arruda. O 'kit massacre'. **Folha de S. Paulo**, p. A 6, 23 de fevereiro de 2005.

²⁰⁶ Cf. Bodê: “Uma das mais importantes constatações que podemos fazer baseados nesse quadro com o qual ora nos ocupamos é que existe uma grande cumplicidade ou, no mínimo, concordância entre as formas de punição, da qual o encarceramento faz parte, e os processos socioculturais, destacadamente aqueles relativos à dominação e ao controle social. Ampliando o seu caráter perverso, mais do que produtora da delinqüência, como nos lembra Foucault e todos aqueles que vêem a prisão como uma escola do crime, a prisão, na medida em que encarcera principal e preferencialmente a pobreza, reforça todos os estigmas em relação à pobreza, aprofundando e intensificando a ‘criminalização da marginalidade’. A população aprisionada seria a prova inconteste da ‘periculosidade’ das classes populares. A prisão é a profecia autocumprida das teses à esquerda ou à direita, para o bem (as que visam ‘recuperar’) ou para o mal (que acreditam exclusivamente na punição, na produção de dor, e assim defendem a sua existência), que associam a pobreza à violência e a criminalidade a déficits materiais. A prisão confirmaria as supostas potencialidades negativas da pobreza para os próprios pobres, seus clientes preferenciais, que se vêem refletidos na e pela população encarcerada.” MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: Ibccrim, 2005, p. 93.

²⁰⁷ CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 214.

meio de utilidade social, desde que pautada por regras insuperáveis de respeito à dignidade do ser humano.

4.2. PERSPECTIVAS COMUNITÁRIAS

O movimento de penas alternativas se apresentou como o legitimador do sistema penal, aquele que não mais causaria dor e possibilitaria a reinserção social. Como forma de evitar o cárcere e diminuir os custos sociais para o Estado liberal²⁰⁸ ou neoliberal²⁰⁹, representou um sensível avanço. Ainda mais se entendermos que hoje, na pós-modernidade, o papel do Estado não mais é prover as necessidades sociais, como no Estado do bem-estar social e sim permitir a liberdade da sociedade globalizada²¹⁰ no rumo da economia de mercado.

As penas alternativas representaram avanço no campo do Direito penal, sem dúvida, porém aceitá-las como um fim em si é fechar os olhos para todo o processo seletivo e desproporcional ocorrido anteriormente à decisão jurisdicional. Acreditar que a alternativa à prisão é um novo paradigma ou um rompimento com os mecanismos de dominação representa uma visão obtusa. Da mesma forma, a minimização do Direito penal, ou o estabelecimento de penas alternativas, por si só, com a manutenção de um positivismo dogmático e insuperável, pautado pelos pilares da modernidade, não permite uma mudança paradigmática, nem resgata a legitimidade perdida do sistema.

²⁰⁸ Cf. Márcio Cruz: “Corrente de pensamento que se consolidou a partir das revoluções burguesas do século XVIII, o liberalismo caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro. Postula tanto uma filosofia tolerante da vida como modelo social que conseguiu substituir o Antigo Regime e cujos conteúdos se constituíram em fundamento jurídico e político das constituições democráticas.” CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, 89.

²⁰⁹ Cf. Márcio Cruz: “O pensamento neoliberal é econômico, mas também propõe um sistema político que, de modo paradoxal, nega o político, sustentando que as condicionantes econômicas internacionais determinam o caminho a seguir, independente da orientação política governante, com a retirada progressiva do Estado das funções de Bem-Estar, excessivamente expandido e ineficiente, levando-o para uma posição de não-intervenção relativa, já que o Neoliberalismo, diferente do Liberalismo, admite fazer algumas concessões às propostas de providência.” CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005, 229-230.

²¹⁰ Por globalização compreendemos o processo capitalista de aprofundamento da integração econômica, social e cultural dos países do mundo no final do século XX.

Algumas medidas e penas alternativas à privação da liberdade não encontram qualquer sustentação em nossa sociedade, ante o descompasso da sanção com a realidade em que vivem as pessoas afetadas pelo sistema. A imposição de sanções pecuniárias, numa sociedade miserável²¹¹, pune não somente o delinqüente, mas todos os membros da família, dependentes e terceiros. A sanção empobrece o já empobrecido condenado, lança-o na miséria e fabrica o delinqüente. Por essa e outras razões, Ferrajoli prega a abolição das penas pecuniárias:

“A pena pecuniária é uma pena aberrante sob vários pontos de vista. Sobretudo por que é uma pena impessoal, que qualquer um pode saldar, de forma que resulta duplamente injusta: em relação ao réu, que não a quita e se subtrai, assim, à pena; em relação ao terceiro, parente ou amigo, que paga e fica assim submetido a uma pena por um fato alheio. Ademais, a pena pecuniária é uma pena *desigual*, ao ser sua formal igualdade bem mais abstrata do que a pena privativa de liberdade.”²¹²

As penas pecuniárias, no Brasil, aumentam o descrédito no sistema, visto que seu cumprimento se dá ao interesse do condenado, não restando à justiça penal alternativas a não ser aguardar o resgate voluntário do valor. O inadimplemento determina a execução da pena pecuniária, todavia a ausência de bens penhoráveis impede a satisfação do débito. Isso leva a um círculo vicioso, no qual o executado não paga e o Estado-juiz não extingue seu poder de punir. Por traz desse sistema executório, há um constante processo de vigilância da vida humana, que se sujeita diuturnamente aos agentes da repressão descrevendo e indicando seu patrimônio, num processo desagregador e, mais uma vez marginalizador.

Algumas medidas têm um caráter expiatório mais acentuado, o que não significa um processo ressocializador, mas sim de vigilância e controle, normalizador. A suspensão do processo, a prestação de serviços à comunidade, a

²¹¹ Cf. Rusche e Kirchheimer: “A imputação de fianças sobre delinqüentes pobres pressupõe que o Estado não seja forçado a se envolver com o delinqüente e sua situação social, ao contrário do que deve fazer, ainda que de maneira limitada, quando está diante de um preso e de sua família. Mas, se o Estado deve receber serviços do condenado, será obrigado a procurar uma colocação que seja suficiente para mantê-lo e à sua família e ainda permitir o pagamento da fiança. O aparato para a administração da justiça criminal não está ajustado para esta atividade positiva, nem se espera que seja ajustado sob as concepções vigentes. Podemos seguramente concluir, portanto, que a aplicação de fianças tem limites naturais nas condições materiais das camadas subalternas da população”. RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 240.

²¹² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 334.

suspensão da pena, apenas como exemplos de medidas previstas em nossa legislação penal, permitem o exercício do controle diretamente pela “sociedade disciplinar” e panóptica²¹³. O adestramento²¹⁴ é exercido pela entidade acolhedora, instituição disciplinar, e ao desviante são impostos os padrões comportamentais daquela, sob a falsa idéia da ressocialização; não mais veste o uniforme prisional e sim o uniforme da entidade acolhedora; o lugar dá “efetivação da norma como medida, lugar de produção de uma individualidade normalizada”²¹⁵. A “experiência com homens” e o analisar as “transformações que se pode obter neles”²¹⁶ é levada a cabo na entidade comunitária.

O sistema penal continua a jogar seu foco sobre os dominados, excluídos, marginalizados, e as penas alternativas, sejam elas restritivas ou pecuniárias, ou as medidas alternativas, em nada abrandaram o rigor da dominação. A pena continua como o remédio amargo a ser ministrado, como se nenhuma outra medida melhor existisse. Todavia, em que pese os fatores prejudiciais, as restritivas de Direitos ainda representam uma resposta a resgatar a legitimidade, desde que aplicadas com adequação e proporcionalidade, numa minimização dos problemas apresentados pelas demais formas de punição, em especial a pecuniária e a privativa.

4.3. JUSTIÇA PENAL NA MODERNIDADE

²¹³ Cf. Foucault: “Vigilância permanente sobre os indivíduos por alguém que exerce sobre eles um poder – mestre-escola, chefe de oficina, médico, psiquiatra, diretor de prisão – e que, enquanto exerce esse poder, tem a possibilidade tanto de vigiar quanto de constituir, sobre aqueles que vigia, a respeito deles, um saber. Um saber que tem agora por característica não mais determinar se alguma coisa se passou ou não, mas determinar se um indivíduo se conduz ou não como deve, conforme ou não à regra, se progride ou não, etc”. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Nau, 2003, p. 88.

²¹⁴ Cf. Foucault: “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar, tem como função maior ‘adestrar’; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo. Em vez de dobrar uniformemente e por massa tudo o que lhe está submetido, separa, analisa, diferencia, leva seus processos de decomposição até as singularidades necessárias e suficientes.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 143.

²¹⁵ FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 180.

²¹⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 169.

A justiça penal, como um dos instrumentos do sistema penal²¹⁷, ao lado da polícia, promotores públicos, prisões, juízes, tem sua base de atuação definida pela dogmática jurídica penal, apegada à lei para manutenção da ordem e segurança jurídica e afastada de qualquer discricionariedade.

Nepomoceno indica as “funções declaradas” da dogmática jurídica como sendo a “função racionalizadora” e a “função garantidora”²¹⁸ e explica:

“A função racionalizadora possui a dimensão técnica de orientar o intérprete da norma no momento da análise do caso concreto. Assim, a Dogmática terá a função de programar as decisões judiciais, garantindo a segurança jurídica, pois, para casos iguais haverá decisões iguais. A função garantidora imporá ao intérprete a exigência das garantias fundamentais do ser humano, conferindo ‘àquela dimensão técnica um compromisso intrínseco com a gestação de decisões igualitárias, seguras e, além disso, justas’.”²¹⁹

O campo de subjetivismo do julgador é afastado e dá lugar à previsibilidade das decisões, em busca da propalada segurança jurídica. Todavia, há “funções não-declaradas” da dogmática jurídica que sustentam a desigualdade social e a manutenção do *status quo*, conforme Nepomoceno:

“Também chamadas de funções latentes, são aquelas que tratam daquilo que não foi prometido, mas de fato cumprido. Tendo em vista a sua aproximação com o positivismo, a dogmática foi tratada como uma ciência não valorativa e acrítica, que prescreveria igualmente determinadas ‘soluções’ que valeriam aos conflitos de todos. De fato, tal não acontece, pois a sociedade é desigual e desigualmente seus componentes são tratados ou, então, acontecerá de alguns serem ‘mais iguais’ que os outros. Logo, a Dogmática Jurídica, ao erguer a bandeira da segurança jurídica, mas sem definir o que isso significa e a que e para quem veio, esconde-se sob o manto da neutralidade científica. Dessa forma racionaliza as

²¹⁷ Cf. Nepomoceno: “(...) pode-se afirmar que o sistema penal é um conjunto de agências de poder, que interage com o meio social, influenciado e sendo por este influenciado (mídia, família, igreja, vizinhos, escola etc., os quais formam o senso comum), funcionando com o objetivo de combater a criminalidade (função declarada) para proteger as pessoas de bem daquela minoria muito má que põe em risco a segurança pública (ideologia da defesa social). Esse combate ocorrerá através da aprovação e aplicação das leis penais (criminalização primária) pelas várias agências de poder que compõem o sistema penal, as quais funcionam como filtros de poder devida à possibilidade de declarar quem será criminalizado ou não (criminalização secundária). Ao escolhido será aplicada a sanção penal, previamente decidida pelo ‘código ideológico’ (estereótipos e senso comum sobre a criminalidade) e posteriormente justificada pelo ‘código tecnológico’ (lei e dogmática penal e processual penal) que, na maioria dos casos, foram selecionados junto às camadas sociais vulneráveis.” NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 43.

²¹⁸ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 68.

²¹⁹ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 68.

decisões para conservar o *status quo* reprodutor da desigualdade social, *conditio sine qua non* da própria sociedade capitalista.²²⁰

A dogmática jurídica, então, foi construída sob fundamentos aparentes a lhe dar legitimidade, mas os fundamentos ocultos eram aqueles mesmos lançados em todo o projeto da modernidade²²¹. A previsão e a ausência de discricionariedade das decisões da justiça foram base de segurança jurídica para os detentores do poder e forma de dominação das classes exploradas. A base científica foi um óbice ao questionamento da dogmática, ante a visão propalada da racionalidade e cientificidade das manifestações jurisdicionais.

Não há falência desse sistema por ruir suas bases por falta de fundamentos, já que os mesmos são claros, mas há sim, por outro lado, por ausência de respaldo com o sentimento de justiça social, que mesmo sem enxergar claramente a dogmática como instrumento de dominação, questiona seus métodos, suas bases científicas.

A dogmática jurídica penal não se afastou da dominação e imposição da ordem como fim, já que é apenas parte daquele sistema, que nasceu direcionado para o determinado caminho do liberalismo. Nasceu e cresceu na modernidade e como se diz popularmente, “não se muda o pensamento depois de velho”. Científica e racionalmente analisa o fato criminoso ante o princípio da legalidade²²². A segurança jurídica é indicada como igualdade de soluções para os mesmos fatos, como se todos os desviantes fossem iguais nas condições culturais, sociais, econômicas etc., sendo o determinante o fato e não a pessoa.

Ao prender-se e determinar-se no fato criminoso, a dogmática dá ares de cientificidade a seletividade exercida pelo sistema penal, “através do devido

²²⁰ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p.69.

²²¹ Cf. Camargo: “(...) Este assentamento dogmático da modernidade vai ter sua influência no Direito Penal, através do neokantismo que, ao opor-se às idéias então vigentes, fincou raízes num dogmatismo exacerbado que exerce influência até hoje entre nós.” CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. **Contradições da modernidade e Direito penal. Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, p. 117, out./dez. 1996.

²²² Cf. Hungria, o princípio da legalidade foi lançado na Magna Carta e tinha “a idéia fundamental de limitação da autoridade do Estado em face da liberdade individual, que, no século XVII, John Locke haveria de desenvolver e, no século XVIII, Montesquieu retomaria cristalizando-a no seu famoso Espírito das Leis (1748). Foi com o grande publicista francês que se fixou o conceito de liberdade como ‘o Direito de fazer tudo quanto às leis permitem’. O que não é proibido é permitido. O individuo orienta-se exclusivamente segundo a lei. Daí, como corolário necessário, a proibição da analogia e do

processo legal, sem questionar como se deu a chegada do processado até as agências de poder do controle penal”²²³. As veias do positivismo estão marcadas na dogmática jurídico-penal, vez que nele há o

“império do fato, da indução, das técnicas de pesquisa, do mensurável, do que pode ser convalidado empiricamente, ele não se interroga além da correlação causal; não se pergunta o porquê. Pois o porquê, para o positivismo, não é válido interpretativamente, não é científico, a menos que se recorra ao fato, à validação empírica, coisa que em ciências sociais não é viável fazer.”²²⁴

Há uma cegueira parcial, uma venda que permite a leitura do Direito como ciência dotada de razão pelo simples fato de existir, o que lhe dá legitimidade sem qualquer outro fundamento – “(...) a legitimidade torna-se palavra oca ao ser equiparada à legalidade, pois o Direito legítimo, nos sistemas modernos, é aquele produzido de acordo com as regras do sistema”²²⁵. Se o positivismo é a ordem, a sua negação é a desordem; se a justiça penal é positivista, sua negação é a desordem; se o dogmatismo jurídico é a ciência fundante da justiça penal, sua negação é a desordem. E a ordem representou a modernidade²²⁶.

O dogmatismo afastou a compreensão da realidade social do Direito, pois para a ciência dogmática a lei é a única regra a ser interpretada e aplicada, gerando um sentimento de frustração em parcela dos operadores ou “protagonistas” do Direito:

“Este dogmatismo tem como defeito mais evidente a sua crença e seu convencimento na verdade daquilo que expõe, sem preocupar-se em fundamentar criticamente o seu conhecimento. Nos últimos tempos, a atividade judicante, aqui abrangendo todos os ramos dela decorrentes (juízes em geral, promotores de justiça e advogados), pautou-se exclusivamente numa atitude dogmática, não se permitindo qualquer desvio daqueles dogmas, tornando-se indiferente o conteúdo normativo no qual se aplicava. A consequência mais flagrante desta atitude foi a

Direito costumeiro em matéria penal.” HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 34.

²²³ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 70.

²²⁴ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 73.

²²⁵ ADEODATO, José Maurício. Modernidade e Direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 1, nº 4, p. 17, 2001.

²²⁶ BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

frustração do jurista que se viu afastado da realidade que pretendia captar ou orientar.”²²⁷

A crítica de Nepomoceno indica a dogmática penal como sustentadora da “ilusão da segurança jurídica”, pois

“criar-se-á o consenso de que a lei penal é aplicada para todos igualmente, sendo todos os bens também valorados da mesma forma; a pena terá fins punitiva, preventivos e terapêuticos; as garantias individuais inscritas na legislação serão respeitadas: o Direito Penal estará preocupado com o fato e não com o autor.”²²⁸

A natureza política do dogmatismo jurídico, como expressão do poder, é inquestionável e a imparcialidade, baseada em regras gerais e iguais para todos, não subsiste a uma avaliação com mínimos critérios. Conforme Karan,

“(…) a atuação dita exclusivamente técnica, falsamente apresentada como uma suposta garantia de imparcialidade, acabava se convertendo em uma atuação capaz de entender apenas a lógica e a razão do ocultado poder de classe do Estado: o juiz ‘asséptico’, dito apolítico, reproduzindo a desigualdade inerente ao Direito predominantemente positivado em uma formação social capitalista – e, assim, ainda que sem perceber, ou que sem o querer, sem dúvida, atuando politicamente -, sendo incapaz de descobrir e aplicar as garantias e conquistas históricas dos dominados, expressadas em princípios, positivados ou subjacentes às normas constitucionais e às declarações internacionais de Direitos, fundantes do Estado democrático de Direito.”²²⁹

A atividade da justiça penal não se encerra com a aplicação da lei ao fato, ou com a imposição da sanção penal ao desviante. Ao contrário, com a movimentação do aparelho de justiça penal uma nova ordem se abre para aquele que foi etiquetado e rotulado como delinqüente. O procedimento ideológico do sistema penal, seletivo, agora legitimado pela cientificidade e racionalidade da dogmática jurídico-penal, alcança o cume nos fins dominadores, excludentes, estigmatizantes. A dogmática afasta o questionamento e sua razão não deixa dúvidas à sociedade de que o desviante é um anormal, criminoso, desordeiro e sem

²²⁷ CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Contradições da modernidade e Direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, p. 116, out./dez. 1996.

²²⁸ NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 70.

²²⁹ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 141-2, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

razão (desrazão), que deve ser extirpado para a preservação e pacificação da sociedade.

A rotulagem imposta pela classe hegemônica ao desviante por meio dos processos formais (polícia, prisão, justiça etc) e informais (família, comunidade, igreja, escola etc), é estudada pela teoria do “*labeling approach*” ou “rotulação”. Costa, ao discorrer sobre a criminologia e tecer comentários sobre a visão ideológica do positivismo, afirma que

“o processo de etiquetamento faz parte de uma política criminal de controle social cruel que busca penalizar as classes mais frágeis do organismo social, desviando-se o olhar dos ilícitos das classes hegemônicas, dos ‘crimes de colarinho branco’, exhaustivamente pesquisados por Sutherland, que constituem uma criminalidade oculta, fora das estatísticas oficiais.”²³⁰

Para Baratta “a sentença cria uma nova qualidade para o imputado, coloca-o em um status que, sem a sentença, não possuiria”, não sendo o crime um dado ontológico, mas sim uma “realidade construída socialmente através de processos de definição e de interação”²³¹. A rotulagem é um elemento de identificação social negativa, que gera expectativas negativas e cria a autorotulação, terminando por determinar condutas conforme aquelas expectativas. Criase, em resumo, um círculo de criminalização. Aniyar de Castro, numa mesma linha, diz que a “criminalização não é mais que uma manifestação da dominação, e a delinqüência ou o desvio, sua conseqüência”²³². Isso nos faz lembrar, conforme “antigo aforismo”, que a sociedade “não tem os delinqüentes que merece, mas tem os delinqüentes que quer”²³³.

A justiça penal, por meio da dogmática jurídico-penal, etiqueta e marca o desviante como criminoso e determina um novo *status* social. Marginalizado e

²³⁰ COSTA, Claudia Pinheiro. **Sanção penal**. Sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001, p. 89-90.

²³¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 107-8.

²³² CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 106.

²³³ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 91.

estigmatizado, diferencia-se dos demais membros da sociedade pelo labéu. O caminho da criminalidade passa a se identificar ao desviante²³⁴.

Foucault, por sua vez, aponta para a fabricação do delinqüente pela justiça penal, que não é destinada a

“punir todas as práticas ilegais e que, para isso, utilizasse a polícia como auxiliar, e a prisão como instrumento punitivo, podendo deixar no rastro de sua ação o resíduo inassimilável da ‘delinqüência’. Deve-se ver nessa justiça um instrumento para o controle diferencial das ilegalidades. Em relação a este, a justiça criminal desempenha o papel de caução legal e princípio de transmissão. Ela é um ponto de troca numa economia geral das ilegalidades, cujas outras peças são (não abaixo dela, mas a seu lado) a polícia, a prisão e a delinqüência. A invasão da justiça pela polícia, a força de inércia que a instituição carcerária opõe à justiça, não é coisa nova, nem efeito de uma esclerose ou de um progressivo deslocamento do poder; é um traço de estrutura que marca os mecanismos punitivos nas sociedades modernas. Podem falar os magistrados; a justiça penal com todo o seu aparelho de espetáculo é feita para atender à demanda cotidiana de um aparelho de controle meio mergulhado na sombra que visa engrenar uma sobre a outra polícia e delinqüência. Os juízes são os empregados, que quase não se rebelam, desse mecanismo. Ajudam na medida de suas possibilidades a constituição da delinqüência, ou seja, a diferenciação das ilegalidades, o controle, a colonização e a utilização de algumas delas pela ilegalidade da classe dominante.”²³⁵

O rompimento da dogmática jurídico-penal, então, como meta para uma justiça igualitária e social, baseada na dignidade da pessoa humana, é imprescindível, pois o princípio da ressocialização e da intimidação geral, conforme visto anteriormente, são bases ilegítimas da justiça penal. Sempre amparada e norteada de garantias contra o poder punitivo estatal, esta nova leitura e regra de justiça tem de quebrar todos os falsos alicerces positivistas, que justificam e embasam um “sistema penal subterrâneo”²³⁶.

A aplicação dos princípios da mínima intervenção e fragmentariedade, a embasar a descriminalização e despenalização de fatos incriminados, em busca de

²³⁴ Cf. Baratta: “(...) os efeitos da estigmatização na formação do status social de desviante. Analisando a típica carreira dos fumadores de marijuana, nos Estados Unidos, Becker mostrou que a mais importante conseqüência da aplicação de sanções consiste em uma decisiva mudança da identidade social do indivíduo; uma mudança que ocorre logo no momento em que é introduzido no status de desviante.” BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 89.

²³⁵ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir. Nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 234.

²³⁶ CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 128.

algo melhor que o Direito penal, e o afastamento da justiça penal são os primeiros passos para o respeito à dignidade da pessoa humana. Em outro sentido, numa postura inversa, a aproximação da sociedade, vítima e desviante legitimam não só a atuação da justiça como o Estado Democrático de Direito. Karan ensina:

“No que concerne o exercício da função jurisdicional, a participação popular direta, além de proporcionar legitimidade e democracia, pode permitir solução mais rápida e mais eficiente dos conflitos, especialmente quando operando em juízos descentralizados, por sua própria atuação em todos os sentidos mais próxima da população. Por outro lado, tal participação mostra-se bastante educativa, fazendo com que aquelas pessoas que atuam na solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário vivenciem e se sensibilizem com o processo e seus princípios garantidores, vivenciem e se responsabilizem com as tarefas de compreensão, interpretação e aplicação da lei, assim igualmente vivenciando, sensibilizando-se e responsabilizando-se por aqueles conflitos e suas soluções.”²³⁷

Uma “dogmática realista”, que discuta e reflita os problemas sociais, seus bens e interesses fundamentais, em oposição à idealista hoje vigente, é defendida por Dotti:

“A visão global da realidade, onde estão inseridos os bens e os interesses fundamentais ao homem e à comunidade, é essencial para a elaboração de uma dogmática realista. Ela pode ser considerada como um núcleo característico da ciência penal que dever partir de suas normas e de seus instintos, ajustando-os, porém, às exigências da coletividade e ao reconhecimento da condição humana de seus membros.”²³⁸

As partes envolvidas no conflito, chamadas a participar democraticamente da justiça penal, num exercício de cidadania participativa, vêm respaldada sua garantia de acesso à justiça, que não se limita ao ajuizamento da lide, “mas envolve sim as mais amplas oportunidades de demandar e de se defender adequadamente”²³⁹.

4.4. A (DES)LEGITIMAÇÃO DO SISTEMA PENAL

²³⁷ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 148, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

²³⁸ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 74.

²³⁹ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 155, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

A intervenção do sistema penal e a tutela por ele prestada na proteção dos interesses sociais foram deslegitimadas, sejam elas apresentadas em sede de atuação preventiva ou repressiva, dentro ou fora da estrutura jurisdicional, visto que não se prestam aos fins preconizados. Os movimentos de penalização máxima não encontram amparo e a enganosa propaganda da mídia apenas serve como fábrica ideológica²⁴⁰. O processo inflacionário legislativo é uma falácia e os movimentos punitivos são típicos de um Estado autoritário, assentado no panoptismo social. As novas políticas punitivas significam uma acentuada discriminação e exclusão, sinalizando “intolerância para com incivildades, de varrer os desvios e a desordem das ruas, lidar com pedintes agressivos, lavadores de pára-brisas de sinal, vadios, bêbados e prostitutas”²⁴¹.

Há, então, uma arbitrariedade na intervenção do Direito penal, consoante Gomes e Bianchini, e ela se apresenta quando

“é excessiva (violação ao princípio da intervenção mínima ou proibição de excesso, que, por sua vez, funda-se na dignidade do bem jurídico – princípio de proteção exclusiva de bens jurídicos – e na gravidade de ofensa – princípio da ofensividade), desproporcionada (violação ao princípio de proporcionalidade), desformalizada (ofensa aos princípios da formalização e do processo devido), desumana (princípio da humanidade), desigual (princípio de igualdade), dessocializadora (princípio de ressocialização), exageradamente preventiva (princípio da materialidade do fato ofensivo típico) ou mesmo quando se funda na responsabilidade objetiva (princípio de culpabilidade) e desnecessária (quando o bem jurídico pode, perfeitamente, ser tutelado por meio de outras estratégias, dispensando a utilização do Direito penal).”²⁴²

Por tudo isso, o sistema retributivo, seja a pena corporal ou não, está em crise e sua falta de legitimidade assenta-se na sua arbitrariedade, que representa a violação a todas as regras e princípios, em especial a dignidade da pessoa humana e os Direitos humanos. A existência do Direito, por si só, não legitima a intervenção estatal, ainda mais quando os arcaicos ideológicos do positivismo servem de

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 132.

²⁴¹ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 182.

²⁴² GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 96.

alicerce. Os critérios legitimadores encontram-se superados e a deslegitimação abre caminho para uma nova proposta.

A “máxima contração” e a “superação do sistema penal” são, nas palavras de Baratta, caminhos de uma política criminal alternativa, que não se pode “perder de vista” e a “luta ideológica e cultural que a acompanha devem desenvolver-se com vistas à transição para uma sociedade que não tenha necessidade do Direito penal burguês (...)”²⁴³.

Os Direitos humanos ganham importância nos ideais de Baratta e a legitimidade perdida pode aqui encontrar sua fonte original. Os elementos críticos anteriormente indicados e determinantes daquilo que se convencionou chamar “crise do sistema penal” são violadores dos Direitos humanos e essa violência sistemática e sistematizada tem de ser contida, o que significa, em termos práticos e jurídicos, a desconstrução e a reconstrução de um novo modelo. Os Direitos humanos são fundamentais e de inegável força, pois com uma dupla-função, limitadora da intervenção penal e definidora do objeto possível, mas não necessário, da tutela penal, permite a evolução para um sistema legítimo, a curto e médio prazo. O resgate ético do sistema penal, numa perspectiva dos Direitos humanos, permite uma revolução paradigmática a dar-lhe legitimidade.

²⁴³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal. Introdução à sociologia do Direito penal**. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 41.

CAPÍTULO II

5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Dignidade é um conceito construído dentro do paradigma da modernidade, em razão dos extremos vividos naquele período, que levaram o ser humano a deparar-se com a ameaça de sua extinção; com a eliminação maciça de outros seres humanos; com a condição subumana²⁴⁴. Trata-se, “talvez, do melhor legado da modernidade”²⁴⁵ e é um valor supremo, “construído pela razão jurídica”²⁴⁶.

Todavia, é o discurso pós-moderno, nas palavras de Bittar,

“dentro ou fora das ciências jurídicas, e mesmo dentro delas, desde o direito civil ao direito constitucional e à teoria do Estado, parece falar a língua da proteção irrestrita à dignidade da pessoa humana, à defesa das liberdades fundamentais e às expressões da personalidade humana, preocupações estas demonstradas com o crescimento da publicização do direito privado, bem como com o crescimento da discussão e do debate da importância dos movimentos teóricos em torno dos direitos fundamentais individuais, sociais, coletivos e difusos.”²⁴⁷

Na pós-modernidade, a dignidade recupera o valor de Direito fundamental e passa a ser objeto central do discurso jurídico, o que

²⁴⁴ A respeito do holocausto, uma das passagens históricas mais significativas, marcantes e representativas da sociedade moderna, Bauman escreve: “O indivisível horror que permeia nossa memória coletiva do Holocausto (ligado de maneira nada fortuita ao premente desejo de não encarar essa memória de frente) é a corrosiva suspeita de que o Holocausto possa ter sido mais do que uma aberração, mais do que um desvio no caminho de outra forma reto do progresso, mais do que um tumor canceroso no corpo de outra forma sadio da sociedade civilizada; a suspeita, em suma, de que o Holocausto não foi uma antítese da civilização moderna e de tudo o que ela representa (ou pensamos que representa). Suspeitamos (ainda que nos recusemos a admiti-lo) que o Holocausto pode ter meramente revelado um reverso da mesma sociedade moderna cujo verso, mais familiar, tanto admiramos. E que as duas faces estão presas confortavelmente e de forma perfeita ao mesmo corpo. O que a gente talvez mais tema é que as duas faces não possam mais existir uma sem a outra, como verso e reverso de uma moeda.” BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 26.

²⁴⁵ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 297.

²⁴⁶ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 46.

²⁴⁷ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 298.

“permite dizer que a pessoa humana é posta novamente em foco, e sua valorização recupera foros de decência social mínima, avultando a temática da dignidade da pessoa humana, como tólos do próprio ordenamento jurídico, ou mesmo como critério de qualquer idéia ou forma de justiça.”²⁴⁸

Há, então, na pós-modernidade, uma preocupação com a relação entre ser humano e vida digna, podendo-se dizer que só existe dignidade quando a “própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana”²⁴⁹. Rizzato Nunes aponta que a “dignidade nasce com a pessoa”, sendo “inerente à sua essência”, o que nos permite afirmar que não há pessoa humana sem dignidade.

A origem etimológica da palavra dignidade está no termo *dignitas*, “que significa ‘respeitabilidade’, ‘prestígio’, ‘consideração’, ‘estima’, ‘nobreza’, ‘excelência’, enfim, indica a ‘qualidade daquilo que é digno e merece respeito ou reverência’”²⁵⁰.

Para José Afonso da Silva, a dignidade da pessoa humana é valor supremo a determinar a leitura constitucional:

“dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. ‘Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer idéia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir ‘teoria do núcleo da personalidade’ individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais’. Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 205) etc., não como mero enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.”²⁵¹

²⁴⁸ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 299.

²⁴⁹ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 302.

²⁵⁰ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 109.

²⁵¹ SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 96.

O artigo 1º da Constituição Federal esculpiu como um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana, declarando-a como princípio²⁵² fundamental e reconhecendo a importância de sua declaração dentro do texto constitucional, como marca indelével da excelência do ser humano, outorgando-lhe “uma maior pretensão de eficácia e efetividade”²⁵³. A positivação, inclusive, é desnecessária para alguns, mas Sarlet é esclarecedor:

“De outra parte, ao destacarmos o reconhecimento da dignidade da pessoa pela ordem jurídico-positiva, certamente não se está afirmando – como já acreditamos ter evidenciado – que a dignidade da pessoa humana exista apenas onde e à medida que seja reconhecida pelo Direito. Todavia, do grau de reconhecimento e proteção outorgado à dignidade da pessoa por cada ordem jurídico-constitucional e pelo Direito Internacional, certamente irá depender sua efetiva realização e promoção, de tal sorte que não é por menos que se impõe uma análise do conteúdo jurídico ou, se assim preferirmos, da dimensão jurídica da dignidade no contexto da arquitetura constitucional pátria, designadamente, a força jurídica que lhe foi outorgada na condição de norma fundamental.”²⁵⁴

Os princípios constitucionais possuem “eficácia plena e servem de critério para a interpretação constitucional”, “mesmo tendo o caráter de normas programáticas, de declarações, de exortações, terão eficácia, pois servirão de critério de interpretação e darão coerência ao sistema”²⁵⁵, conforme Brega Filho. Ao insculpir na carta magna o princípio da dignidade da pessoa humana, a eficácia tornou-se incontestável e inafastável.

O princípio da dignidade da pessoa humana é apontado por Rizzato Nunes como “um verdadeiro supraprincípio constitucional”, “que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais”²⁵⁶, funcionando como um “vetor para o intérprete” e o

²⁵² Cf. Cambi: “no Direito, os princípios podem ser vistos como *standards* juridicamente vinculantes baseados na ‘idéia de direito’ ou nas exigências de ‘justiça’. Portanto, os princípios jurídicos condensam os valores mais relevantes para se dizer o que o Direito é e para que se destina”. CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 108.

²⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 74.

²⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 69.

²⁵⁵ BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 55-6.

²⁵⁶ NUNES, Rizzato. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 50.

“jurista, na análise de qualquer problema jurídico, por mais trivial que ele possa ser, deve, preliminarmente, alcançar-se ao nível dos grandes princípios, a fim de verificar em que direção eles apontam. Nenhuma interpretação será havida por jurídica se atritar com um princípio constitucional.”²⁵⁷

No mesmo sentido, Sarlet ensina que a dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, constitui

“valor-guia não apenas dos direitos fundamentais mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip).”²⁵⁸

O ordenamento jurídico-positivo tem de encontrar integração e coerência com os princípios constitucionais, sua base de sustentação e, somente com o respeito a esses princípios se legitimará o sistema²⁵⁹. Regis Prado ensina que o “respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade a priori” e o desrespeito ao princípio “carecerá de força obrigatória e dada sua injustiça” é “necessário negar-lhe o caráter de Direito”, o que significa dizer que legalidade, por si só, não é Direito, pois há

“preceitos que, ainda que emanem da autoridade competente e seu cumprimento possa ser imposto pela força, não possuem obrigatoriedade em razão da consciência; não são direitos, constituem-se numa grave violação ao respeito devido à dignidade da pessoa humana.”²⁶⁰

A importância dos princípios constitucionais é tamanha que não se pode restringi-los a direcionar a interpretação do operador do Direito e a enquadrar a atividade legislativa, sendo “preciso admitir que os princípios constitucionais, como o que consagra a dignidade da pessoa humana, podem servir de fonte autônoma de

²⁵⁷ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 37.

²⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 72.

²⁵⁹ Cf. Rizzatto Nunes: “(...) as características de um sistema: é uma construção científica composta por um conjunto de elementos que se inter-relacionam mediante regras. Essas regras, que determinam as relações entre os elementos do sistema, formam sua estrutura”. NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 31.

²⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 84-5.

solução jurídica”²⁶¹. Ou seja, o Direito há de ser interpretado de acordo com o princípio e na ausência daquele o princípio é fonte para a solução jurídica.

Fiorillo, citando Canotilho e Vital Moreira, explica que o princípio fundamental da República que consagra a dignidade da pessoa humana

“não só deve ser estabelecido como ‘piso’ determinante de toda e qualquer política de desenvolvimento, como, necessariamente, projetar-se sobre o modo como devam ser assegurados todos os demais direitos na sociedade previstos na Carta Magna, ou seja, ‘constituem por assim dizer a síntese ou matriz de todas as restantes normas constitucionais, que aquelas podem ser directa ou indirectamente reconduzidas’.”²⁶²

Todo o sistema jurídico, por conseguinte, deve respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e o sistema penal, dentro do Estado Democrático de Direito, igualmente, deve se pautar pelo princípio nominado, que dá os contornos da atuação legislativa e interpretativa. Estado Democrático de Direito, nas palavras de Alexandre de Moraes, é aquele que se pauta “por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais”²⁶³.

A consagração do Estado Democrático de Direito significa não apenas submissão de todos a mesma lei, mas a existência de leis com conteúdo e adequação social, em oposição ao Estado absoluto e ao Estado de Direito, vez que naquele as regras são ditadas pelo soberano²⁶⁴ e nesse há apenas consagração da igualdade perante a lei. Ferrajoli esclarece:

“Validade e vigência coincidem nos Estados absolutistas que têm como única norma acerca da produção normativa o princípio de mera legalidade *quod principi placuit legis habet vigorem*; pelo contrário não coincidem nos modernos Estados de direito, que estão dotados de normas acerca da produção normativa que

²⁶¹ ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 134.

²⁶² FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de antena em face do Direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 65.

²⁶³ MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 43.

²⁶⁴ Cf. Ferrajoli: “Num Estado absoluto no qual o *quod principi placuit* não só tem vigência como também validade, o direito positivo não está em condições de dar outra resposta que não a meramente formal – ‘quando e como’ queira o soberano – aos problemas da legitimação”. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 293.

vinculam a validade das leis ao respeito das condições também substanciais ou de conteúdo, destacando-se dentre elas os direitos fundamentais. Diria inclusive que o Estado de direito caracteriza-se precisamente por esta possível divergência, que é conseqüência da complexidade estrutural das suas normas acerca da produção normativa. Nele, por conseguinte, uma norma existe, está vigente ou pertence ao direito positivo não só se é válida e ineficaz, quer dizer, não aplicada, senão também se é inválida e eficaz, pelo menos até que se declare sua invalidade.”²⁶⁵

Não basta a vigência da norma penal dentro do sistema, exige-se validade e eficácia²⁶⁶. A descrição formal de um fato criminoso, dentro de um Estado Democrático de Direito, tem de observar se o fato tem relevância e tutela os mais importantes interesses sociais, ou seja, aqueles identificáveis com os Direitos humanos. A dignidade da pessoa humana, então, tem valor fundamental e é princípio orientador do Direito penal democrático, decorrendo dele princípios limitadores, como a legalidade²⁶⁷, fragmentariedade²⁶⁸, subsidiariedade²⁶⁹, mínima

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 290-1.

²⁶⁶ Cf. Bittar, a norma jurídica pode ser: “1) Válida e ineficaz: uma norma pode ser válida por ter observado todas as condições e os requisitos formais para a sua perfeita e competente produção e exteriorização, e nem por isso ser observada socialmente, ou mesmo, surtir os efeitos desejados, ou ainda, depender de condições sintáticas ulteriores que determinem o sobrestamento de sua eficácia. 2) Inválida e eficaz: uma norma pode ser inválida por ter desobedecido aos critérios de criação e exteriorização competentes, ou mesmo sequer ter sido produzida por uma autoridade institucional normativa, e assim mesmo possuir mais eficácia que qualquer outra norma. 3) Vigente e ineficaz: uma norma pode estar plenamente vigente, pois temporalmente útil e disponível (vigência na data da publicação, nos prazos da LICC, ou por prazo fixado por ela mesma), não tendo ainda sido revogada por outra norma posterior que lhe retire a validade, e manter-se igualmente ineficaz, sem a produção de qualquer efeito prático. 4) Não vigente e eficaz: uma norma pode ter cessado a sua vigência (validade temporal), ou sequer iniciado o seu período de vigência, mas ser capaz de produzir efeitos práticos, na vinculação das condutas sociais, até mesmo por ter criado um costume de sua observância reiterada”. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 202-3.

²⁶⁷ A importância do princípio da legalidade para o Estado de Direito é destacada por Nilo Batista como “pedra angular de todo o direito penal que aspire à segurança jurídica, compreendida não apenas na acepção da ‘previsibilidade da intervenção do poder punitivo do estado’, que lhe confere Roxin, mas também na perspectiva subjetiva do ‘sentimento de segurança jurídica’ que postula Zaffaroni”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

²⁶⁸ O caráter fragmentário do Direito penal significa seleção dos interesses sociais a serem tutelados, não se admitindo uma ampla tipificação. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 67.

²⁶⁹ Cf. Batista: “A subsidiariedade do Direito penal, que pressupõe sua fragmentariedade, deriva de sua consideração como ‘remédio sancionador extremo’, que deve portanto ser ministrado apenas quando qualquer outro se revele ineficiente; sua intervenção se dá ‘unicamente quando fracassam as demais barreiras protetoras do bem jurídico predispostas por outros ramos do Direito’”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 87.

intervenção²⁷⁰, insignificância²⁷¹, dentre outros, e a ofensa àquele princípio constitucional determina a inconstitucionalidade da norma e seu afastamento do ordenamento jurídico. O Poder Legislativo, como fonte de produção do Direito penal, deve criar normas penais que respeitem e se enquadrem ao perfil constitucional, e o operador do Direito deve interpretar a norma em acordo com o princípio sob estudo; Ferrajoli destaca

“(...) Todos esses princípios, afirmados pelas doutrinas jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII na forma de direito ou direitos naturais, foram consagrados nas modernas constituições na forma de princípios normativos fundamentais que contêm limitações ou imperativos negativos – ou também positivos, como os expressados pelos chamados ‘direitos sociais’ ou ‘materiais’ (ao trabalho, à saúde, à subsistência, à educação etc.), acrescentados nas constituições deste século -, cujos destinatários são os legisladores e os demais poderes públicos.”²⁷²

A observância ao Direito positivado, consagrado pela modernidade como legítimo pela sua simples existência, legitima formalmente a atuação do operador do Direito, diante do princípio da legalidade e sujeição à lei. Todavia, a legitimação substancial somente haverá se o “direito fundamental do cidadão” for tutelado e garantido, nas palavras de Ferrajoli²⁷³. A dignidade da pessoa humana é “critério aferidor da legitimidade substancial de uma determinada ordem jurídico-constitucional, já que diz com os fundamentos e objetivos, em suma, com a razão de ser do próprio poder estatal”²⁷⁴.

Flávio Gomes e Bianchini escrevem que o resultado do processo legislativo não legitima o Direito penal, senão

²⁷⁰ Determina a existência do Direito penal somente nos casos necessários, em que a agressão aos bens jurídicos não alcança tutela por outros meios. O Direito penal, como forma radical de intervenção na liberdade do indivíduo, somente deve ter aplicação na ausência de outros meios menos lesivos de proteção ao interesse social. Como assinalou Tobias Barreto, citado por Nilo Batista, a “pena é um meio extremo, como tal é também a guerra”. BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 84.

²⁷¹ O princípio está assentado na inconcebível existência de delito sem ofensa ao bem jurídico: *nullum crimen sine iniuria*.

²⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 288.

²⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 735.

²⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 81.

“na construção de um sistema que, para além de proteger a sociedade, por intermédio da tutela dos valores e interesses fundamentais do homem (considerado em sua dimensão individual e comunitária), conte com as garantias intrínsecas ao Estado Constitucional e Democrático de Direito (cf. Constituição brasileira, arts. 1º e 5º, basicamente), fundadas nos valores da dignidade, liberdade, justiça e tantos outros. Mais vale o conteúdo da norma (legitimação substancial do produto legislativo, que deve guardar coerência com os direitos fundamentais) que a vontade das maiorias ou mesmo a observância do procedimento formal (legitimação formal da lei).”²⁷⁵

Mas não somente o Estado, como detentor do poder punitivo, vincula-se ao princípio da dignidade da pessoa humana, estando também a ordem comunitária a ele vinculado, na lição de Sarlet:

“(...) não restam dúvidas de que todos os órgãos, funções e atividades estatais encontram-se vinculados ao princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la (a dignidade pessoal de todos os indivíduos) contra agressões oriundas de terceiros, seja qual for a procedência, vale dizer, inclusive contra agressões oriundas de outros particulares, especialmente – mas exclusivamente – dos assim denominados poderes sociais (ou poderes privados). (...). Para além desta vinculação (na dimensão positiva) do Estado, também a ordem comunitária e, portanto, todas as entidades privadas e os particulares encontram-se diretamente vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, por sua natureza igualitária e por exprimir a idéia de solidariedade entre os membros da comunidade humana, o princípio da dignidade vincula também no âmbito das relações entre os particulares.”²⁷⁶

Atualmente, há total desrespeito pela dignidade da pessoa humana, praticado tanto pelo Estado quanto pela “ordem comunitária”, contudo, o Estado, por sua própria natureza e fins, tem, por obrigação, de enquadrar suas funções ao “supraprincípio constitucional”.

O Estado tem de fazer obrigatoriamente, mas não o faz! O sistema penal é, dentro dos sistemas normativos, o que apresenta um campo fértil para análise e constatação dessas violações, que têm início com a atuação policial e terminam no cumprimento da pena perante os estabelecimentos prisionais. A atuação policial, em especial nos recentes episódios de “ataques” da criminalidade denominada “organizada”, apresentou-se desmedida e descontrolada, com apoio de agentes

²⁷⁵ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 62-3.

²⁷⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e Direitos fundamentais na constituição federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109-0.

políticos e em sintonia com a visão elitista e segregadora de parte da grande imprensa brasileira, em total desrespeito aos princípios mínimos que a dignidade da pessoa humana dita. A execução das penas impostas pelo Poder Judiciário, tanto no âmbito prisional quanto no comunitário, é violador do citado princípio, pois desrespeita valores básicos como a liberdade e a igualdade, a integridade física e a moral.

O ordenamento-jurídico fundado em princípios constitucionais é garantidor dos valores fundamentais dos seres humanos e dos Direitos humanos, apresentando-se não como uma aceitação do positivismo moderno, mas como uma releitura aos novos moldes. Aliás, a carta constitucional tem de proteger os Direitos humanos e, por decorrência, reformular o sistema penal a sua correspondência, indicando os interesses ou bens a serem tutelados, minimamente, por esse sistema.

A superação do sistema penal construído na modernidade é mais que obrigação, é um dever para legitimar o próprio sistema sob o manto da dignidade da pessoa humana. A seletividade do sistema é atentatória ao princípio, e a punição como única retribuição penal ofende a dignidade da pessoa humana, sem necessidade de se aprofundar nas atrocidades causadas por sua imposição para justificar a ofensa ao princípio fundamental. A utilização do Direito penal como a arte de fazer sofrer e a punição da alma do condenado²⁷⁷, como assentado por Foucault²⁷⁸, bem como a manutenção de um sistema penitenciário construído numa visão kafkaniana, são exemplos de desrespeito à Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito. Excluídos da sociedade moderna e pós-moderna, os reclusos suportam atrocidades inimagináveis num mundo que discute Direitos

²⁷⁷ CF. Bauman: "(...) Apresentando uma opinião que é examinada e discutida minuciosamente com base em cuidadosa pesquisa, Thomas Mathiesen, o eminente sociólogo do direito, declara que 'em toda a história a prisão jamais reabilitou pessoas na prática, jamais possibilitou sua 'reintegração''. O que fizeram, foi 'prisonizar' [prisonize] os internos (termo de Donald Clemer), isto é, encorajá-los a absorver e adotar hábitos e costumes típicos do ambiente penitenciário e apenas desse ambiente, portanto marcadamente distintos dos padrões comportamentais promovidos pelas normas culturais que governam o mundo fora dos seus muros; a 'prisonização' é exatamente o oposto da 'reabilitação' e o principal obstáculo no 'caminho de volta à integração'". **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 119.

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 104/8.

fundamentais de quarta²⁷⁹ geração²⁸⁰ e vê a dignidade como uma conquista da razão ético-jurídica, fruto da reação à história de atrocidades²⁸¹.

A dignidade da pessoa humana, alicerce do Estado Democrático de Direito, é princípio balizador do sistema penal e seu contumaz desrespeito ofende a Carta magna e eiva a legitimidade do Direito penal. Para a legitimidade exige-se respeito aos princípios fundamentais e somente uma mudança de rumo do sistema retributivo alcançará o fim almejado.

6. O PAPEL DA VÍTIMA²⁸² NO SISTEMA PENAL

²⁷⁹ Cf. Bonavides: “Os direitos da primeira geração são os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do Ocidente. (...). Os direitos da primeira geração ou direitos da liberdade têm por titular o indivíduo, são oponíveis ao Estado, traduzem-se como faculdades ou atributos da pessoa e ostentam uma subjetividade que é seu traço mais característico; enfim, são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado. (...). Os direitos da segunda geração (...) são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula. (...). Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se neste fim de século enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Têm primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta. (...). São direitos de quarta geração o direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo”. BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 516-526.

²⁸⁰ Há discussão doutrinária quanto à utilização dos termos geração e dimensão, cabendo destaque os ensinamentos de Sarlet: “Num primeiro momento, é de se ressaltarem as fundadas críticas que vêm sendo dirigidas contra o próprio termo ‘gerações’ por parte da doutrina alienígena e nacional. Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão ‘gerações’ pode ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo ‘dimensões’ dos direitos fundamentais, posição esta que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (...). Ressalte-se, todavia, que a discordância reside essencialmente na esfera terminológica, havendo, em princípio, consenso no que diz com o conteúdo das respectivas dimensões e ‘gerações’ de direitos, já até se cogitando de uma quarta dimensão”. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 53.

²⁸¹ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 48.

²⁸² Cf. Moura Bittencourt, “o conceito de vítima se estende, pois, a vários sentidos: o sentido originário, com que se designa a pessoa ou animal sacrificado à divindade; o geral, significando a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos, dos de outrem ou do acaso; o jurídico-geral, representando aquele que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo direito; o jurídico-penal-restrito, designando o indivíduo que sofre diretamente as conseqüências da violação da norma penal, e, por fim, o sentido jurídico-penal-amplo, que abrange o indivíduo e a comunidade

A teoria positivista sedimentou e abriu caminho para a dominação e docilização dos corpos, superando os obstáculos que pudessem impedir a ascensão do liberalismo e Estado capitalista.

Alguns dos pilares do Direito positivista foram a concentração e a centralização do poder produtor do Direito nas mãos do Estado, a aplicação do Direito independentemente da vontade das partes, a criação de órgãos específicos para os procedimentos judiciais. A centralização do Direito e sua aplicação por órgãos estatais tidos como autônomos, independentes e imparciais foi lançado como base de legitimidade do poder punitivo estatal. A superação da vontade das partes serviu para a movimentação do aparelho repressivo e imposição da ordem, sem qualquer outro interesse a ser respeitado ou a obstacularizar a ordem positiva – a punição em primeiro lugar.

A condição da vítima a ser discutida está restrita ao campo do Direito material e as conseqüências, importância ou não de sua participação na seara processual, não serão aqui abordadas. É no campo do Direito penal que a conduta da vítima pode afastar a tipicidade do fato, a ilicitude da conduta ou a aplicação da pena.

Amaral diz que a “Escola Positivista é emblemática para estampar o esquecimento no qual a vítima caiu, pois tentou explicar o crime unicamente a partir do estudo sistemático e científico do delinqüente”²⁸³. As teorias positivistas direcionaram seu foco de atuação sobre o delinqüente e “abandonaram os direitos da vítima”²⁸⁴ como um “mero objeto de que se utiliza o infrator”²⁸⁵, colocando-a numa “posição marginal”²⁸⁶.

que sofrem diretamente as conseqüências do crime”. BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 19---, p. 51.

²⁸³ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno. 2005, p. 122.

²⁸⁴ TORRENS, Laertes de Macedo. Ao lado das vítimas. **Revista de ciências criminais**. São Paulo, n. 14, p. 187, abr./jun. 1996.

²⁸⁵ SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida. **Revista ibero-americana de ciências penais**. Porto Alegre, n. 3, p. 13, maio/ago. 2001.

²⁸⁶ MADLENER, Kurt. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 1995.

O Direito passou a ser ditado por um ente apresentado como imparcial, o Estado, única fonte de produção, e as regras sociais foram afastadas, sob o argumento de que seriam causas de novos conflitos. O Estado, “alçado à condição de garantidor da ordem pública”²⁸⁷, apoderou-se da vontade das partes envolvidas no conflito, sob o fundamento de que o desvio ofende a coletividade e a resposta, portanto, independe da vontade da vítima. Houve a “monopolização da distribuição da justiça penal”²⁸⁸. Para representar os interesses estatais, sociais e o próprio ofendido, surgiu a figura do procurador e, segundo Amaral,

“é voz corrente que o direito penal (ciência penal) nasce com a anulação da vítima e a concomitante tomada de posição do Estado como monopolizador solucionante dos conflitos sociais mais graves. Junto com esse processo de ‘publicação’ do ordenamento jurídico penal deu-se ao mesmo tempo o processo de ‘desvitimização’, que colocou o sujeito diretamente lesionado no nível do dispensável.”²⁸⁹

A dispensa da vítima, com sua anulação, levou Cervini a afirmar que ela “foi considerada quase exclusivamente como agente informal de controle do delito”, como um

“acicate processual, como instrumento idôneo para mobilizar o pesado aparato de controle ou como a prova que permite chegar ao autor, e a obtenção de suas pretensões indenizatórias, derivadas do injusto penal são consideradas como algo subsidiário e particular.”²⁹⁰

Há um processo de despersonalização da vítima, nas palavras de Rezende Melo, “seja para ser vista como repositório de valores materiais dos quais se vê privado e dos quais deseja se apossar, seja para ser encarada como alvo de

²⁸⁷ SANTANA, Selma Pereira. O ‘redescobrimto’ da vítima: uma esperança. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 142, p. 4, set. 2004.

²⁸⁸ GOMES, Luiz Flávio. A reparação dos danos e o modelo consensual brasileiro de justiça criminal. **Revista da escola paulista da magistratura**. São Paulo, n. 1, p. 84, set./dez. 1996.

²⁸⁹ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005, p. 122.

²⁹⁰ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 249-250.

descarga de um ressentimento que igualmente o marca por um não-lugar que a relação interpessoal ou social lhe reserva como seu”²⁹¹.

Saldanha aponta que o “delinqüente tem todo o aparato judicial a seu favor, com garantias penais, constitucionais, processuais etc., e a sua vítima nada mais pode fazer do que testemunhar (...)”²⁹². E Calhau igualmente destaca o abandono da vítima pela “maquina estatal” e sua nova vitimização com os procedimentos do sistema penal, pois a “vítima sofre danos psíquicos, físicos, sociais e econômicos adicionais, em conseqüência da reação formal e informal derivada do fato”²⁹³.

Foucault, em sua genealogia, ensina que os envolvidos nos conflitos não “terão mais o direito de resolver, regular ou irregularmente, seus litígios; deverão submeter-se a um poder exterior a eles que se impõe como poder judiciário e poder político” e o procurador se “apresenta como representante de um poder lesado pelo único fato de ter havido delito ou crime”, dublando a vítima e dizendo:

“Se é verdade que este homem lesou um outro, eu, representante do soberano, posso afirmar, que o soberano, seu poder, a ordem que ele faz reinar, a lei que ele estabeleceu foram igualmente lesados por esse individuo. Assim, eu também me coloco contra ele’.”²⁹⁴

O tratamento histórico dispensado à vítima dentro dos estudos penais passou por três grandes momentos, sendo o primeiro descrito como “idade de ouro” e vigorou até o fim da Alta Idade Média, com relevante participação no sistema; num segundo momento, há uma “neutralização do poder da vítima” e o Estado, por meio dos poderes públicos, monopoliza a reação; finalmente, numa terceira fase, “revaloriza-se o papel da vítima no processo penal”²⁹⁵.

²⁹¹ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 61.

²⁹² SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida. **Revista ibero-americana de ciências penais**. Porto Alegre, n. 3, p. 14, maio/ago. 2001.

²⁹³ CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 229, jul./set. 2000.

²⁹⁴ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003, p. 65-6.

²⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 50-1.

A apropriação da vontade da vítima não se dá unicamente quanto ao seu interesse na persecução penal, mas atinge até mesmo sua vontade na conciliação ou reconciliação com o delinqüente, bem como reparação por eventuais danos sofridos. Primeiro a punição, depois a pacificação e a solução do conflito social. O crime é uma ofensa à ordem, e a única “expectativa que deve ser atendida dentro do processo é a satisfação da pretensão punitiva estatal”, passando a reparação do dano ou a atenção aos interesses da vítima “a ser uma temática ignorada”²⁹⁶. À vítima resta o desamparo

Nilo Batista aponta que o “confisco do conflito foi um processo histórico e dependente das condições econômicas e políticas que concretamente determinem o emprego do poder punitivo por ele represado”. Ou seja, o seqüestro do conflito foi moldado de acordo com as ambições e necessidades do processo produtivo, tanto que, para o Brasil “o escravismo colonial impunha um poder punitivo doméstico rigorosamente estrutural”²⁹⁷, executado dentro da unidade de produção.

O sistema subtraiu à vítima seu interesse, retirando-lhe a oportunidade de resolver seu conflito, que igualmente lhe foi subtraído, e, em troca, produziu o sofrimento, distribuindo-o, publicamente, entre as partes envolvidas na relação.

O afastamento do interesse da vítima e o seqüestro do conflito privado, substituído pela imposição da sanção penal com a análise dogmática dos fatos, remetem à aplicação do princípio da intimidação como uma das metas da punição a preterir a solução do conflito social pela justiça como fim. Faz lembrar do “bastão” a que se referia Hegel como meio intimidatório, persuasivo, todavia de questionáveis resultados efetivos e legítimos.

O papel da vítima é relegado a segundo ou terceiro plano, não mais interferindo no procedimento do sistema penal. Há positivação da vontade da vítima, ou seja, a lei supre sua manifestação de vontade, presumindo-a quando necessário. Seu interesse não mais é seu e, mesmo que seja totalmente contrária ao caminho ou desfecho tomado, nada pode fazer. Até mesmo interesses estritamente pessoais e patrimoniais, disponíveis e transacionáveis, foram esbulhados pelo Estado. Hulsman escreve que

²⁹⁶ GOMES, Luiz Flávio. A reparação dos danos e o modelo consensual brasileiro de justiça criminal. **Revista da escola paulista da magistratura**. São Paulo, n. 1, p. 82, set./dez. 1996.

²⁹⁷ BATISTA, Nilo. Pena pública em tempo de privatização. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 112.

“para a vítima, a primeira consequência é que, ao entrar no aparelho da justiça, o seu problema deixa de lhe pertencer: não pode deter a ação pública, nem aceitar uma conciliação que poderia ajudá-la a compreender o que realmente aconteceu; não poderá opinar sobre a medida que deveria ser aplicada ao autor; e ignorará tudo o que acontecerá a ela depois disso, apesar de que talvez não lhe desejasse tanto mal. Para o delinqüente se configura a mesma situação de destituição: tudo o que acontecerá será friamente abstrato, não se lhe permitirá refletir sobre as consequências de seu ato para a vítima e, o que é mais importante, quando for liberado sentirá que já pagou pelo que fez, e que portanto nada aconteceu.”²⁹⁸

Hulsman ao discorrer sobre as “características especiais da organização social da justiça criminal” aponta que a vítima ocupa “posição extremamente débil”, não havendo espaço para sua “participação e direção ativa”. Assevera que a vítima ocupa função de “testemunha” e como tal é um “instrumento destinado a levar um procedimento legal ao êxito”²⁹⁹.

Não se pode desconsiderar que atualmente uma tendência revitalizadora da vontade da vítima tomou conta de algumas legislações e no Brasil a Lei nº 9.099/95³⁰⁰ é o maior exemplo. Contudo, à exceção da conciliação civil prevista na lei como causa extintiva da punibilidade pela renúncia, os demais dispositivos legais não apresentam alternativas ao sistema punitivo. A constituição de título executivo judicial para reparação do dano na esfera civil por meio da sentença condenatória ou medidas alternativas, como a transação penal, não é exemplo de revitalização dos interesses do ofendido, já que a manifestação da vítima em nada interfere aos rumos predeterminados pelo sistema penal. Ademais, a legislação preocupa-se mais com a reparação dos danos do que com a reconciliação ou pacificação dos conflitos, tanto que não apresentou qualquer proposta de alteração da estrutura formal do sistema penal, ou seja, intervenção das polícias, do juiz e promotor criminal. Observa-se, ainda, que a conciliação civil aplica-se somente àqueles crimes que se processam mediante representação (ação penal pública condicionada) ou queixa-crime (ação

²⁹⁸ Apud CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 140.

²⁹⁹ HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 46-7.

³⁰⁰ Cf. Scarance Fernandes: “(...) Atendendo a esse comando constitucional, recentemente, com a lei 9099, de 1995, foram criados os juizados especiais criminais. Representou verdadeira revolução no sistema brasileiro, admitindo-se a transação em matéria penal, com mitigação do princípio da obrigatoriedade que, até então, não apresentava exceções, e com especial valorização da vítima no sistema criminal”. FERNANDES, Antonio Scarance. A vítima no processo penal brasileiro. In **Lá víctima en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997, p. 122.

penal privada), quando, em verdade, o interesse da vítima não se resume a esses delitos³⁰¹.

Recentemente, a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006, popularmente chamada *Lei Maria da Penha*³⁰², num retrocesso em relação à Lei nº 9.099/95,

³⁰¹ Cf. Karan: "(...) o resgate do papel do ofendido, anunciado na Lei nº 9.099/95, é bastante limitado, consubstanciando-se tão-somente na previsão de transação quanto à reparação do dano e ao conseqüente afastamento do processo penal nas ações de iniciativa privada e pública condicionada à representação, em que alegadas infrações de menor potencial ofensivo, e na extensão das hipóteses de condicionamento do exercício do direito de ação penal condenatória à representação do ofendido a hipóteses de alegação de prática de lesões corporais culposas e dolosas leves. Com tais limitações, ficaram de fora quase todos os crimes contra o patrimônio, onde a negociação entre o ofendido e apontado autor do fato punível, visando prioritariamente à reparação do dano, certamente encontraria seu campo mais propício. Definindo as infrações de menor potencial ofensivo como aquelas a que cominada pena máxima não superior a um ano (artigo 61) e estendendo a necessidade de autorização do ofendido para a propositura da ação penal condenatória apenas às hipóteses de alegada prática de lesões corporais culposas e dolosas leves, a Lei nº 9.099/95, mais uma vez, reduziu a idéia, já característica de nossa legislação penal, de que o patrimônio seria algo mais valioso do que a integridade física da pessoa". KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 159, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³⁰² A lei passou a ser identificada como *Lei Maria da Penha* em referência a uma mulher vítima de agressões pelo marido com arma de fogo que lhe causaram paraplegia irreversível. O Brasil, por sua vez, foi condenado pela Comissão Interamericana de Direitos humanos por omissão, negligência, tolerância em relação à violência doméstica contra as mulheres, com as seguintes *Recomendações*: "1. Completar rápida e efetivamente o processamento penal do responsável da agressão e tentativa de homicídio em prejuízo da Senhora Maria da Penha Fernandes Maia. 2. Proceder a uma investigação séria, imparcial e exaustiva a fim de determinar a responsabilidade pelas irregularidades e atrasos injustificados que impediram o processamento rápido e efetivo do responsável, bem como tomar as medidas administrativas, legislativas e judiciárias correspondentes. 3. Adotar, sem prejuízo das ações que possam ser instauradas contra o responsável civil da agressão, as medidas necessárias para que o Estado assegure à vítima adequada reparação simbólica e material pelas violações aqui estabelecidas, particularmente por sua falha em oferecer um recurso rápido e efetivo; por manter o caso na impunidade por mais de quinze anos; e por impedir com esse atraso a possibilidade oportuna de ação de reparação e indenização civil. 4. Prosseguir e intensificar o processo de reforma que evite a tolerância estatal e o tratamento discriminatório com respeito à violência doméstica contra mulheres no Brasil. A Comissão recomenda particularmente o seguinte: a) Medidas de capacitação e sensibilização dos funcionários judiciais e policiais especializados para que compreendam a importância de não tolerar a violência doméstica; b) Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo; c) O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às conseqüências penais que gera; d) Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. e) Incluir em seus planos pedagógicos unidades curriculares destinadas à compreensão da importância do respeito à mulher e a seus direitos reconhecidos na Convenção de Belém do Pará, bem como ao manejo dos conflitos intrafamiliares. 5. Apresentar à Comissão Interamericana de Direitos humanos, dentro do prazo de 60 dias a partir da transmissão deste relatório ao Estado, um relatório sobre o cumprimento destas recomendações para os efeitos previstos no artigo 51 da Convenção Americana". O esquecimento da vítima Maria da Penha por parte de uma justiça penal dogmatizada e deslegitimada é a marca indelével da condenação proferida pela comissão interamericana. COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório Anual 2000, Informativo 54/01, caso 12.051. Disponível em <http://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref11>. Acesso em 25 de outubro de 2006.

impediu a aplicação dos dispositivos despenalizadores desta, afastando, assim, os poucos avanços no resgate ao interesse da vítima. Isso demonstra que não há uma política criminal clara e determinada a amparar a vítima e recuperar sua posição social e processual, razão pela qual não se pode dizer que há um progresso na legislação penal com a Lei nº 9.099/95, já que se cuida de situação isolada e não da regra geral.

Por revitalização da vontade da vítima deve-se compreender a devolução ou privatização do conflito à esfera particular, para livre disposição e discussão das partes interessadas, nos interesses disponíveis e particulares, com disponibilidade da resposta penal. Com a revitalização, *verbi gratia*, a tutela dos bens patrimoniais, disponíveis por sua própria natureza, processados mediante ação penal pública incondicionada, que afasta, por consequência, qualquer manifestação válida da vontade da vítima³⁰³ para o deslinde da questão perante o Judiciário, haveriam de ser processados mediante ação penal privada ou pública condicionada, fazendo valer o interesse da parte ofendida.

A disponibilidade dos bens patrimoniais é também discutida por Ferrajoli, que questiona o procedimento de ofício nas tutelas desses bens, sendo para ele mais adequado deixar ao interesse da vítima a persecução penal mediante a ação penal privada, a fim de resguardar a “autonomia da parte ofendida e especificamente da sua disponibilidade do bem”³⁰⁴.

Sottomayor, ao avaliar o papel da vítima perante a lei portuguesa e sua recolocação nas novas legislações, critica a falta de importância que se tem dado a ela, “havendo de considerar-se tímidas as concessões que neste campo lhe são feitas”³⁰⁵. E Scarance Fernandes também vê a necessidade de uma participação de

³⁰³ Alguns ilícitos, em que pese à mesma natureza patrimonial, recebem tratamento diferenciado. Vejam-se os crimes de sonegação fiscal, previstos na Lei nº 8.137/90, onde o objetivo do agente é, sem dúvida alguma, fraudar o fisco para obter indevidamente uma vantagem patrimonial. Nesse caso específico, o ressarcimento ao fisco do valor devido leva a extinção da punibilidade estatal, independentemente do valor do dano, enquanto nos crimes patrimoniais elencados no Código Penal, por menor que seja o prejuízo e mesmo que haja ressarcimento integral, a ação penal é obrigatória. A justificativa de que os bens jurídicos lesados são diversos não é motivo suficiente para tratamento tão discrepante, ainda mais se analisarmos o caráter seletivo do sistema.

³⁰⁴ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, 459.

³⁰⁵ SOTTOMAYOR, Armênio. A voz da vítima. In DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Tereza Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz. **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra, 2001, p. 842.

maior importância para a vítima, haja vista que apesar da “redescoberta” ela ainda não ostenta “o papel que deveria ter no nosso sistema processual penal”, existindo muito a ser “melhorado”³⁰⁶.

Amaral sustenta que o desenvolvimento de uma criminologia crítica, voltada para um processo conciliador entre as partes, direcionada ao estudo da vítima, indica um importante caminho para que ela não seja “despojada de seus problemas, tentando-se devolvê-la para o seu lugar no conflito com o autor do delito, de forma que sejam estes (autor do fato e vítima), dentro do possível, os responsáveis pela solução da crise gerada pelo delito”³⁰⁷.

O caminho, portanto, é a superação da posição da vítima como protagonista no sistema penal para sua recolocação como ator principal, dentro da reprivatização dos conflitos que envolvam bens disponíveis e transacionáveis, num processo conciliador. Amaral, inclusive, aponta que a consideração “vítimo-dogmática”, que defende a isenção de pena quando a vítima abandona a proteção dos seus bens jurídicos, é compatível “com o estágio atual de desenvolvimento social, cultural e econômico da humanidade”, sob o fundamento de que

“erige-se um princípio de auto-responsabilidade da vítima, o qual determina que quando a vítima, por sua própria iniciativa, deixa de fazer uso das medidas de autoproteção de que dispõe, e, portanto, abandona o bem jurídico, não pode, nesses casos, atribuir responsabilidade penal ao autor do fato.”³⁰⁸

O desinteresse da vítima na tutela de bens de estrito interesse particular não pode admitir a movimentação do sistema, devendo-se “outorgar à vítima um papel ativo no processo penal”³⁰⁹, o que significa legitimidade para agir, falar e ser ouvida, decidir e ver seu interesse respaldado, com possibilidade de resolver, “em certos crimes”, “sobre o destino dos processos pela desistência”, sendo essa uma

³⁰⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. O papel da vítima no processo penal. In KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, HEITOR (Org.). **Temas de Vitimologia II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 2.

³⁰⁷ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005, p. 123.

³⁰⁸ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005, p. 128.

³⁰⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

solução “coerente com o que tem sido verificado pela generalidade dos estudos, ou seja, que as vítimas, regra geral, não revelam atitudes muito punitivas”³¹⁰.

Mais que legitimar a atuação do Ministério Público, titular das ações penais públicas, o interesse da vítima deve ser fundamento para uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal, permitindo-se ao promotor de justiça uma discricionária avaliação dos efetivos efeitos da tutela jurisdicional a ser prestada e o interesse da vítima a ser protegido. O Ministério Público, como representante da sociedade, há de ter amadurecimento suficiente para avaliar os casos concretos e decidir, diante dos interesses postos, aquele que os tutela mais ampla e efetivamente, inclusive com possibilidade de, atendendo ao interesse das partes, não promover a ação penal, visto que ao representante da sociedade³¹¹ também incumbe o dever de não “desamparar a vítima”³¹².

A crise do sistema penal se deve, em parte, ao desinteresse e afastamento da vítima, e seu resgate é imprescindível para sua legitimação. A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo passa pela revitalização da vítima e de seus interesses.

7. O TRÍPLICE INTERESSE: OFENDIDO/ OFENSOR/COMUNIDADE

A dignidade da pessoa humana, como princípio fundamental, determina e molda o Direito penal como democrático e, para tanto, a lei penal há de ser aplicada com fundamento e adequação social. Adequar e fundamentar o Direito penal ao sentimento social, em vista do princípio fundamental, é obrigação do legislador e

³¹⁰ ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal. **Revista portuguesa de ciência criminal**, fasc. 1, p. 111, jan./mar. 1993.

³¹¹ Cf. Bittencourt: “A pessoa e o infortúnio da vítima estão na lembrança do povo enquanto dura a sensação do processo. Há, por vezes, dirigida em prol do ofendido uma onda de caridade, que se mescla com a revolta contra o criminoso. O processo passa, a condenação subsiste por vários anos. O criminoso é quase sempre lembrado. A vítima cai no esquecimento; quando muito, um ou outro, ilustrado na literatura policial de jornais, guardar-lhe-á o nome”. BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 19---, p. 34.

³¹² BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. São Paulo: Universitária de Direito, 197---, p. 34.

operadores do Direito, sempre buscando as garantias do indivíduo como forma de limitação do poder punitivo estatal.

A intervenção do sistema penal, como meio extremo de controle social, há de balizar-se pela dignidade da pessoa humana. Já relatamos anteriormente que diversos outros princípios moldadores do Direito penal decorrem desse princípio e somente com seus contornos estaremos diante do Estado Democrático de Direito. O respeito ao interesse da vítima, a manifestação do desviante e o interesse da comunidade, dentro do Estado Democrático de Direito, são de suma e imprescindível importância para serem determinados os rumos da resposta penal e para adequá-la ao princípio constitucional mencionado³¹³. Afastar-se do princípio é desrespeitar a Constituição, o que macula qualquer interpretação.

A vítima, como parte ofendida e titular do bem lesado ou ameaçado de lesão, deve ter participação ativa e determinante para a persecução penal e resposta ao delito e delinqüente. Sua manifestação não pode ser desconsiderada, quando bens disponíveis estiverem em discussão. A mínima intervenção e a fragmentariedade, princípios decorrentes da dignidade da pessoa humana, exigem o respeito à autonomia da vontade da vítima na proteção dos bens jurídicos. A dispensa da tutela jurisdicional pela vítima, em bens disponíveis, não pode ser encarada como ausência de proteção, já que sentimentos outros norteiam a conduta humana, sabendo ela, e somente ela, os limites de seu interesse e satisfação. O bem jurídico mantém-se tutelado penalmente, mas o interesse do ofendido é resguardado na persecução penal.

Limitar-se o interesse da vítima ao ressarcimento do dano como única forma de satisfação na proteção ao bem jurídico é idéia assentada numa visão capitalista e patrimonialista³¹⁴. Não raras vezes, a vítima pode sentir-se segura e ver seus interesses preservados com uma simples manifestação de arrependimento ou

³¹³ Cf. Calhau: “qualquer ação em relação à vítima deve ser realizada em plena consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas que dignidade humana há se a vítima é simplesmente desprezada no Brasil?”. CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 232, jul./set. 2000.

³¹⁴ Cf. Nepomoceno: “Com a consolidação do projeto capitalista, o moderno sistema penal deu especial atenção ao patrimônio penalizando com severidade as condutas praticadas contra este. As legislações penais de todos os países contemplam tipos penais que visam tutelar a coisa que possua valor, seja econômico ou sentimental. Dentre estas condutas está o furto”. NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 179.

desculpas por parte do delinqüente, sem qualquer discussão na esfera patrimonial, ou, então, ver-se satisfeita com sua não exposição pública, a fim de evitar uma nova vitimização³¹⁵. Pereira aponta que a

“opção da vítima, por uma negociação que atenda aos seus anseios de justiça, deve ser considerada. Esta posição encontra maior defesa quando se tem em mente que, depois de enfrentar o delito, a vítima, que tem seu direito sobre o conflito confiscado pelo Estado, eventualmente deverá submeter-se a um procedimento penal demorado, onde sofrerá perdas econômicas de uma eventual assistência acusatória, ou ainda, do próprio transporte que deverá usar para comparecer em juízo, ausência em dias de trabalho, além de uma eventual ameaça constante a que um delinqüente irado pode submetê-la, já que o impõe a uma persecução penal. Uma opção pela não comunicação do delito, inúmeras vezes adotada, está assim justificada.”³¹⁶

A usurpação da vontade e do interesse da vítima pelo Estado, numa falsa proteção *ex officio*, faz com que Ferrajoli questione essa proteção em bens disponíveis, uma vez que deve sobressair à manifestação da vítima, e diz que a maior dificuldade está na identificação de quais bens podem ser considerados disponíveis e quais seriam os indisponíveis. Porém, em que pese a dificuldade existente, indica como pacífica a disponibilidade dos bens patrimoniais e aponta como “injustificada” a “valoração da propriedade privada”. O respeito à autonomia da vontade da vítima é apontado por Ferrajoli como interesse prevalecente ao estatal³¹⁷.

O sistema não se legitima sem a efetiva manifestação da vítima e também não encontra legitimidade sem oportunizar ao autor da conduta criminosa uma regra de respeito e preservação do ser humano, ante a dignidade da pessoa humana. Ao autor, seletivamente escolhido pelo sistema penal para sofrer seus dissabores,

³¹⁵ Cf. Shecaira: “Considera-se haver vítima primária quando um sujeito é diretamente atingido pela prática de ato delituoso. A vítima secundária é um derivativo das relações existentes entre as vítimas primárias e o Estado em face do aparato repressivo (polícia, burocratização do sistema, falta de sensibilidade dos operadores do direito envolvidos com alguns processos bastante delicados etc.). Já a vítima terciária é aquela que, mesmo possuindo um envolvimento com o fato delituoso, tem um sofrimento excessivo, além daquele determinado pela lei do país. É o caso do acusado do delito que sofre sevícias, torturas ou outros tipos de violência (às vezes dos próprios presos), ou que responde a processos que evidentemente não lhe deveriam ser imputados (ex.: caso da Escola Base)”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 55.

³¹⁶ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 89.

³¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 459.

etiquetado e estigmatizado, morto socialmente, deve, ao menos, ser-lhe dada a oportunidade de reinserção social que não pelo doloroso caminho da pena. Ser tratado de forma digna é condição umbilical para que o delinqüente não deixe sua condição humana. O Direito penal há de agir em respeito a todos os princípios fundamentais que gizam seus contornos, rompendo com os falsos pilares propalados pela modernidade.

A oportunidade de manifestação do delinqüente para e com a vítima, como forma de alcançar a resposta adequada para sua conduta, não pode ser descartada e tampouco hostilizada. Ao delinqüente, obrigatoriamente, há de ser dada a oportunidade de reconciliar-se com a vítima, em busca da preservação dos interesses das partes envolvidas no conflito. A conciliação, sem reparação ou ressarcimento do dano, não é antagônica à ressocialização ou reinserção social, nem mesmo é condição para ilegalidades, abusos ou arbitrariedades. O Direito do delinqüente, conforme Pereira, não se restringe a

“legalidade e à legitimidade das detenções e dos locais de cumprimento de pena, mas na oportunidade de, alterando a condição de descartáveis, redimirem-se perante esta sociedade, pretendendo a reparação de seus erros, e não simplesmente submetendo-se ao cumprimento de uma penalidade. Trata-se de trocar o castigo pela reparação.”³¹⁸

O tripé para a preservação da coexistência social, por meio da pacificação dos conflitos sociais, não se faz pelo Direito penal tradicional, mas funda-se num modelo com efetiva participação do desviante, ofendido e comunidade. Não raras vezes, a pacificação se faz com o afastamento do sistema punitivo, tanto que medidas como o indulto, graça e anistia, dentre outras, são previstas como causas extintivas do poder punitivo estatal. A sociedade é construída por seus membros e sua existência depende da existência destes. Logo, a cristalização dos interesses a serem protegidos pelo Direito é condição para sua preservação. O Direito, por conseguinte, respalda-se no sentimento social e ao distanciar-se dele perde legitimidade.

A sociedade é sempre ofendida indiretamente pela conduta do desviante, ante o atentado contra as regras por ela ditadas, mas essa situação não pode justificar e embasar a punição pela ideologia da defesa social, diante do caráter

³¹⁸ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 103.

extremado da repressão e ausência de limites³¹⁹. Há interesses afetos a toda a humanidade, denominados meta-individuais, enquanto outros se restringem a sociedades, comunidades, grupos sociais e pessoas determinadas. A título de exemplificação, na primeira situação encontram-se os danos ambientais, que podem afetar todo o macrossistema físico e biológico em que vive a humanidade; o interesse da sociedade existe na preservação do patrimônio público; para as comunidades, o interesse está na preservação de um prédio com valor histórico para aquelas pessoas; o interesse de grupos sociais é observado na preservação de um parque, freqüentado por todos; finalmente, o patrimônio particular é de interesse exclusivo da pessoa lesada.

Aos interesses particulares, que escapam da esfera de importância social, a resolução do conflito, seja ele um ilícito penal ou não, tem de respeitar e estar afeta a decisão das partes envolvidas, o que não significa ausência de regras, mediadores e Judiciário envolvidos na discussão. Isso significa dizer, a manifestação válida de vontade das partes para pacificar o conflito no qual se encontram e o respeito à decisão adotada, é condição, *sine qua non*, de legitimidade para o sistema penal. As regras legais e a presença de mediadores, supervisionados pelo Judiciário, visam dar equilíbrio nas relações e respeito às garantias constitucionais.

Agora, se os fatos apresentam expressão para a coletividade e não se restringem a questões particulares, a participação dela na resposta a ser determinada ao delinqüente e no deslinde final da questão é legítima. A participação pode se dar por meio do Judiciário ou outros órgãos estatais e por representantes de comunidades, diretamente ofendidas ou relacionadas com o fato. Não se deve confundir participação na busca da melhor solução para o conflito, com permissão para imposição e execução de medidas punitivas excludentes. A idéia de envolvimento da comunidade na defesa social não pode amparar o Direito penal máximo, razão pela qual todas as garantias hão de ser consideradas em favor do

³¹⁹ Cf. Ferrajoli: "(...) Um direito penal, em tal sentido 'democrático', se orientaria inevitavelmente para um direito penal máximo, ou seja, maximamente repressivo, privado de limites e de garantias, por dois motivos: antes de tudo porque o ponto de vista da maioria induz a conceber o direito penal essencialmente como um instrumento de defesa social, ou seja, de prevenção dos delitos e de defesa dos interesses da maioria não 'desviada', contra os atentados à segurança trazidos pela minoria dos 'desviados'; e é claro que o parâmetro da máxima utilidade possível dos não 'desviados' não oferece critérios para limitar ou minimizar as aflições da pena, mas, ao contrário, aponta critérios para maximizá-los. A idéia da defesa social, dizia há um século Francisco Carrara, tem como êxito inevitável o terrorismo penal". FERRAJOLI, Luigi. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 31, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

desviante, em especial a dignidade da pessoa humana e princípios decorrentes, pois a “repressão pode ser símbolo de força, mas pode também ser interpretada como sintoma de falta de autoridade e como inadequada”³²⁰.

O distanciamento das comunidades nas decisões da justiça penal tradicional faz com que Heller aponte que a comunidade não pode realizar um julgamento distante e imparcial, como se nenhuma participação tivesse com todos os acontecimentos, sejam eles desviantes ou não. Assim, escreve ela:

“Nós julgamos como membros de nossa comunidade. Porque julgamos, também somos responsáveis pela comunidade. Se certas posições sociais em nossa comunidade vivem em profunda pobreza, se outros são discriminados ou são parias sociais, se crianças têm pais cruéis e sofrem abusos por parte deles – então, se deixamos tudo ou um pouco disso acontecer, somos responsáveis em conjunto pelas ofensas cometidas pelas pessoas socializadas sob tais condições. Pois somos as restrições sociais ou, pelo menos, somos parte daquelas restrições. Temos o direito de julgar porque assumimos que cada qual é o autor livre de suas ações. Entretanto, se somos os autores livres das circunstâncias em outro nível, nada mais somos do que restrições sociais para aqueles a quem julgamos. Conseqüentemente, precisamos também nos julgar.”³²¹

A participação da comunidade é mais que uma pacificação entre delinqüente e vítima, é também uma pacificação interna *corporis*, um momento de autoquestionamento das razões que levaram todos àquele encontro. A importância da reunião e reconhecimento da comunidade com as partes envolvidas faz com que Calhau afirme que “uma sociedade que não protege e não presta assistência às vítimas de seus crimes não obtém níveis de cidadania dignos para o momento histórico em que a humanidade se encontra”³²².

A dificuldade maior está em estabelecer meios de comunicação social dentro da comunidade e implantar o dialogo entre ofendido e ofensor, uma vez que, segundo Bauman, “comunidade é nos dias de hoje outro nome do paraíso perdido”, um tipo de mundo “que não está, lamentavelmente, a nosso alcance”³²³.

³²⁰ GARLAND, David. As contradições da ‘sociedade punitiva’: o caso britânico. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 11, p. 71, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³²¹ HELLER, Agnes. **Além da Justiça**. Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998, p. 237.

³²² CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, p. 230, jul./set. 2000.

³²³ BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade – a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 09.

Experiências diversas em núcleos comunitários têm mostrado que a construção daquela comunidade “confortável e aconchegante”, utópica, portanto, não é possível, todavia há possibilidade de comprometimento de parcela significativa dela com processos de cidadania. Ao se determinar a participação da comunidade na solução do conflito, não esperamos uma representativa quantitativa, mas qualitativa, ou seja, de membros do grupo que sejam alçados à condição de líderes e legítimos representantes, conscientes de seu papel social, sua responsabilidade e necessidade de observância aos Direitos humanos. Assim, um processo de agente multiplicador da cidadania renovará a representação e fortalecerá a representatividade.

Sob o paradigma restaurativo e não punitivo, há necessidade de efetiva participação da comunidade diretamente envolvida com os fatos. O rompimento com o monopólio estatal, se não possível, é, ao menos, desejável de minimização, ficando aos representantes comunitários a direção do procedimento restaurador, uma vez que também ofendida pela conduta criminosa e lesão suportada pelo ofendido, e nesse sentido Jaccoud aponta a comunidade como ofendida pelo delito:

“Mais amplamente, os autores que aceitam a idéia de que a comunidade será lesada pelo crime, ressaltam que se trata de uma orientação que desloca a aproximação clássica punitiva na qual o estado é constituído como a entidade prejudicada pelo crime direcionado a uma aproximação adaptada à realidade: as pessoas concretas (as vítimas), mas também as comunidades às quais pertencem, sofrem os contragolpes da criminalidade. Por exemplo, Van Ness (em Hudson e Galaway, 1996, p.23) sustenta que o crime afeta a comunidade em sua ordem, seus valores e na confiança que os membros podem lhe consagrar.”³²⁴

A vítima, o delinqüente e a comunidade, quando e se atingida, portanto, devem participar do processo de resposta penal, legitimando sua atuação, desapegada da retribuição punitiva como marco insuperável. A reconciliação ou conciliação, o perdão, o consenso, a reparação dos danos, são apenas exemplos dos fins a serem buscados pelo Direito penal. Neste sentido, Pereira indica que a

“imputação de parcela da responsabilidade da resolução de conflitos penais às partes, considerando que o respeito à dignidade humana significa respeitar a capacidade dos membros da sociedade de solucionarem estes conflitos, quando envolvidos, significa a adoção de um Direito Penal de características mais

³²⁴ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 176.

humanitárias; considerado este conflito como um agir comunicativo, que obtém solução mais adequada no acordo entre os diretamente envolvidos, atendendo assim aos reclamos da vítima e disponibilizando uma chance de reparação ao autor.”³²⁵

Karan igualmente destaca a participação das partes envolvidas, com apoio, se necessário, de outros membros do grupo social, para a pacificação do conflito, de forma preferível à decisão imposta de cima para baixo pelo Estado:

“(…) Trabalhando, além disso, com o entendimento, a compreensão, o mutuo desprendimento e a aceitação, as soluções vindas da conciliação podem contribuir para uma possível criação ou para o restabelecimento de relacionamentos solidários, sendo, por isso, apaziguadoras, ao contrário do que ocorre com soluções impostas por uma decisão vertical, muitas vezes incompreensível e que trabalha com a idéia de vencedores e vencidos.”³²⁶

No Estado Democrático de Direito a concentração do poder no combate à criminalidade nas mãos do Estado, sem participação das forças sociais, vem sendo superada e conforme Dotti:

“(…) Partindo do pressuposto de que a luta contra a criminalidade não pode ser vista como um objetivo monolítico do poder público, mas que, num Estado Democrático de Direito, todas as forças sociais devem também participar desse processo, desenvolveu-se nos últimos anos a tendência muito viva de abrir espaços para a reconciliação, a conciliação e a transação. Esses três institutos têm a virtude de descaracterizar o sentido monopolista de um direito repressivo-oficial permitindo que as partes mais diretamente envolvidas no fato ilícito possam fazer acordo que identifique dois generosos propósitos: o respeito ao bem jurídico atingido e a reparação do dano.”³²⁷

Essa mudança de rumo não se faz de um momento para outro, mas exige um processo histórico evolutivo. A quebra de barreiras ocorreu, de forma tímida, com a retomada ou lembrança da existência da vítima por meio de alguns diplomas legais recentes, mas o caminhar é indispensável e Zaffaroni e Pierangeli afirmam que

“na nossa maneira de ver, é inquestionável a legitimidade da aspiração de uma sociedade com menor distanciamento entre os seus setores, bem como possa o homem, de maneira mais racional, solucionar os seus conflitos. Não obstante, constitui um raciocínio muito simplista acreditar-se que isto pode ser realizado

³²⁵ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 90-1.

³²⁶ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 150, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³²⁷ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

subitamente, que possua uma fatibilidade absoluta imediata, porque isto implica ignorar as dificuldades que se lhe opõe a atual estrutura de poder mundial.”³²⁸

Há, com a participação da comunidade, resgate de parcela da legitimidade do sistema e, acima de tudo, um maior comprometimento social. O trabalho de ressocialização ou reinserção social, bem como a busca da solução do conflito, deixa de ser imposto cegamente por um poder distante e visto, com fundamentos verdadeiros, como elitizado³²⁹ e marcado pelos arquétipos da modernidade. Karan afirma a necessidade da “aproximação e solidariedade entre as pessoas” do exercício da jurisdição, para fundamentar e “dar maior eficácia aos mecanismos tradicionais de funcionamento do Estado Democrático de Direito”³³⁰.

Rosenthal aponta que a reinvidicação da vitimologia moderna está num “modelo de justiça criminal que seja resolutivo, vale dizer, que resolva o conflito oferecendo ao infrator, à vítima e à coletividade uma alternativa social construtiva”³³¹. E continua:

“Com efeito, embora detenha o poder de punir, o Estado não deve intervir nos conflitos gerados pela prática de uma infração penal exclusivamente com essa finalidade, mas, primordialmente, visando promover a paz social, pelo que, nos casos em que a não-punição decorrente da reparação se mostre a ‘solução’ mais adequada para o conflito, não resta dúvida de que este deverá ser o caminho adotado pelo legislador penal.”³³²

A crítica ao positivismo jurídico e ao afastamento das partes e comunidade não pode ser vista como uma brecha para retomada das

³²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 78.

³²⁹ Cf. Zaffaroni e Pierangeli: “(...) Em outro nível, o sistema penal procura compartilhar essa mentalização com os segmentos de magistrados, Ministério Público e funcionários judiciais. Seleciona-os dentre as classes médias, não muito elevadas, e lhes cria expectativas e metas sociais da classe média alta que, enquanto as conduz a não criar problemas no trabalho e a não inovar para não os ter, cria-lhes uma falsa sensação de poder, que os leva a identificar-se com a função (sua própria identidade resulta comprometida) e os isola até da linguagem dos setores criminalizados e fossilizados (pertencentes às classes mais humildes), de maneira a evitar qualquer comunicação que venha a sensibilizá-los demasiadamente com a sua dor. Este processo de condicionamento é o que denominamos burocratização do segmento judicial”. ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 75.

³³⁰ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 147, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

³³¹ ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 77.

arbitrariedades, vinganças privadas, revanche ou perseguições punitivas, já que não se prega o fim dos princípios consagradores da segurança do ser humano contra o poder punitivo estatal, ou, então, o fim da atividade jurisdicional. A legalidade, criticada por servir como critério seletivo, produzida pela classe dominante, é princípio fundamentador do Estado Democrático de Direito, ante a segurança proporcionada e o afastar da arbitrariedade. O que se propõe, então, não é revolucionário ou contra o sistema, mas a leitura em acordo com as regras fundamentais vigentes, amparada na dignidade da pessoa humana. Parece o óbvio, mas diante de um crescente poder punitivo a reafirmação dos conceitos ideológicos garantistas e libertários é necessária.

A “renúncia parcial à tutela do Estado”, segundo Pereira, “evitando arbitrariedades e buscando equidade no procedimento”, permite “opções diversas da persecução penal e da necessidade do próprio cumprimento de pena”, com o fim de obter uma “reparação mais satisfatória para a vítima e, conseqüentemente para a sociedade”³³³.

Oxhorn e Slakmon sustentam que a democracia e a legitimidade são fortalecidas com o processo de participação da comunidade:

“O resultado é um paradoxo: ao ceder ativamente a jurisdição sobre alguns aspectos do sistema de justiça para organizações sociais, um Estado com baixos níveis de legitimidade social e eficácia pode fortalecer a sociedade civil de modos que ajudarão a melhorar não apenas a sua capacidade de assegurar os direitos de cidadania fundamentais, mas também, de um modo mais geral, a qualidade da democracia. Especificamente, argumentaremos que a justiça restaurativa pode ajudar a construir sociedades civis mais fortes aumentando a capacidade e o interesse dos cidadãos em participar de organizações sociais, ao mesmo tempo em que contribui para impedir que os conflitos se tornem maiores, e fortalece as instituições estatais através da cooperação ativa dos cidadãos com elas.”³³⁴

Esse modelo de atividade participativa, calcada na cidadania e soberania, choca-se com o Direito penal tradicional que se fundou na punição e mantém uma linha doutrinário-ideológica que não admite a existência desse ramo do Direito sem a

³³² ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 77.

³³³ PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 91.

³³⁴ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça. Desigualdade e cidadania democrática – A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In SLAKMON, C.; DE VITTO,

imposição de penas. O fracasso da punição como meio reintegrador ou pacificador dos conflitos sociais é incontroverso. A falência das sanções penais, sejam elas corporais ou não, desacreditou todo o sistema e o deslegitimou. Na modernidade o sistema penal punitivo tradicional cumpriu seu papel dominador e excludente, mas, agora, para o rompimento com aquele paradigma, uma nova leitura se impõe.

8. PERSPECTIVA REDUCIONISTA

O sistema penal construído na modernidade lançou suas bases na manutenção do poder dominante sobre o dominado, na exclusão, estigmatização e eliminação do outro. Para tanto, a tipificação de condutas tidas como criminosas e, portanto, passíveis de punição, foi alargada para possibilitar o amoldamento de condutas diversas. As figuras incriminadoras afastaram-se da legitimidade e razão jurídica. Em outros casos, a legitimidade para o início da persecução penal não atende aos interesses das partes ofendidas diretamente pelo crime. Por fim, não se pode deixar de considerar a desproporcional punição existente no sistema.

A dignidade da pessoa humana e Direitos humanos, do qual decorrem importantes princípios moldadores do Direito penal, servem para justificar e criticar a criminalização e penalização de condutas desviadas que não legitimam ou justificam a atuação do sistema penal. A crítica e a avaliação das condutas criminalizadas e penalizadas não podem ser feitas sem a lembrança do significado ideológico do sistema penal, como forma de controle e docilização dos corpos, conforme apontado no Capítulo I. A proliferação de normas penais incriminadoras não se deu por acaso e tampouco se baseia na ignorância legislativa, mas foi um movimento de imposição da ordem burguesa em ascensão durante toda a modernidade. A punição³³⁵, na

R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 188.

³³⁵ Cf. Foucault: “O ponto ideal da penalidade hoje seria a disciplina infinita: um interrogatório sem termo, um inquérito que se prolongasse sem limite numa observação minuciosa e cada vez mais analítica, um julgamento que seja ao mesmo tempo a constituição de um processo nunca encerrado, o amolecimento calculado de uma pena ligada à curiosidade implacável de um exame, procedimento que seja ao mesmo tempo a medida permanente de um desvio em relação a uma norma inacessível e o movimento assintótico que obriga a encontrá-la no infinito. O suplício completa logicamente um processo comandado pela Inquisição. A ‘observação’ prolonga naturalmente uma justiça invadida

expressão de Rusche e Kirchheimer, espelhou as necessidades do aparelho produtivo e, agora, na modernidade líquida, conforme Bauman, a prisão representa uma “alternativa ao emprego, uma maneira de utilizar ou neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária à produção e para a qual não há trabalho ‘ao qual se reintegrar’”³³⁶.

Os princípios da mínima intervenção e fragmentariedade são diretamente afrontados pela expansão vingativo-punitiva do sistema penal.

A mínima intervenção determina que somente condutas que lesem valores de suma importância para a sociedade e não alcancem proteção pelos demais ramos do Direito, quais sejam, civil, administrativo, trabalhista, comercial etc., sejam objeto de tutela pelo Direito penal, a representar a última barreira de proteção aos valores e interesses sociais e somente quando todas as demais se mostrem ineficazes se justifica a tutela penal, pois esse ramo do Direito representa uma forma radical de intromissão na liberdade do indivíduo e sua aplicação só se legitima na ausência de outros meios menos lesivos de proteção ao interesse social.

Historicamente, o princípio da mínima intervenção foi produzido a partir do movimento social de ascensão da burguesia ao poder, no Iluminismo, em resposta ao abrangente sistema punitivo absolutista. Foi inscrito como norma na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 8º: *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée*³³⁷.

Determinados desvios, portanto, estarão afetos ao Direito penal enquanto outros aos demais ramos do Direito, destacando, Nelson Hungria, limites e contornos dessa atuação:

“Somente quando a sanção civil se apresenta ineficaz para a reintegração da ordem jurídica, é que surge a necessidade da enérgica sanção penal. O legislador não obedece a outra orientação. As sanções penais são o último recurso para conjurar a antinomia entre a vontade individual e a vontade normativa do Estado. Se um fato ilícito, hostil a um interesse individual ou coletivo pode ser

pelos métodos disciplinares e pelos processos de exame.” FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramalhe. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004, p. 187.

³³⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 119-120.

³³⁷ Disponível em <<http://www.droitsenfant.com/droitshomme.htm>>. Acesso em fevereiro de 2005.

convenientemente reprimido com as sanções civis, não há motivo para a reação penal.”³³⁸

Essa estreita linha de atuação do sistema penal deve ser observada pelo legislador e operador do Direito. Ao primeiro, cabe moderação e avaliação criteriosa da necessidade de novas normas incriminadoras, sempre em busca de meios diversos para proteção dos interesses lesados ou ameaçados de lesão. Ao segundo, a linha tênue determina a subsunção da conduta ao tipo incriminador somente quando estritamente necessário. Os operadores do Direito não podem se colocar como autômatos e desprovidos de capacidade interpretativa e têm por obrigação limitar, amparados pelos princípios, a gana punitiva³³⁹.

Ao justificar o princípio, Zaffaroni e Pierangeli dizem:

“Se a intervenção do sistema penal é, efetivamente, violenta, e sua intervenção pouco apresenta de racional e resulta ainda mais violenta, o sistema penal nada mais faria que acrescentar violência àquela que, perigosamente, já produz o injusto jushumanista a que continuamente somos submetidos. Por conseguinte, o sistema penal estaria mais acentuando os efeitos gravíssimos que a agressão produz mediante o injusto jushumanista, o que resulta num suicídio.”³⁴⁰

³³⁸ HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. Vol. VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 178.

³³⁹ Exemplo dessa atuação limitadora encontra-se na decisão proferida pelo juiz Rafael Gonçalves de Paula, 3ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, Tocantins, amplamente divulgada pela imprensa nacional: “Trata-se de auto de prisão em flagrante de Saul Rodrigues Rocha e Hagamenon Rodrigues Rocha, que foram detidos em virtude do suposto furto de duas (2) melancias. Instado a se manifestar, o sr. promotor de Justiça opinou pela manutenção dos indiciados na prisão. Para conceder a liberdade aos indiciados, eu poderia invocar inúmeros fundamentos: os ensinamentos de Jesus Cristo, Buda e Gandhi, o direito natural, o princípio da insignificância ou bagatela, o princípio da intervenção mínima, os princípios do chamado direito alternativo, o furto famélico, a injustiça da prisão de um lavrador e de um auxiliar de serviços gerais em contraposição à liberdade dos engravatados que sonegam milhões dos cofres públicos, o risco de colocar os indiciados na Universidade do Crime (o sistema penitenciário nacional). Poderia sustentar que duas melancias não enriquecem nem empobrecem ninguém. Poderia aproveitar para fazer um discurso contra a situação econômica brasileira, que mantém 95% da população sobrevivendo com o mínimo necessário. Poderia brandir minha ira contra os neoliberais, o Consenso de Washington, a cartilha demagógica da esquerda, a utopia do socialismo, a colonização européia. Poderia dizer que George Bush joga bilhões de dólares em bombas na cabeça dos iraquianos, enquanto bilhões de seres humanos passam fome pela Terra - e aí, cadê a Justiça neste mundo? Poderia mesmo admitir minha mediocridade por não saber argumentar diante de tamanha obviedade. Tantas são as possibilidades que ousarei agir em total desprezo às normas técnicas: não vou apontar nenhum desses fundamentos como razão de decidir. Simplesmente mandarei soltar os indiciados. Quem quiser que escolha o motivo. Expeçam-se os alvarás. Intimem-se.” NASSIF, Luís. Um clássico da Justiça. **Folha de S. Paulo**, p. B 2, 02 de abril de 2004.

³⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 79.

A mínima intervenção passa pela não incriminação das condutas que podem ser resolvidas por meios sociais menos agressivos, o que é fundamental para se legitimar o sistema. Outro fundamental princípio a legitimar o sistema penal é o da fragmentariedade, que significa seleção dos interesses sociais a serem tutelados. A fragmentariedade não pode significar a incriminação de condutas realizadas exclusivamente por determinados grupos ou classes, visto que a seletividade legislativa tornar-se-ia ilegítima. Importante lembrar Alessandro Baratta, que critica essa seletividade, por meio da “ingênua” fragmentariedade:

“No que se refere à seleção de bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o ‘caráter fragmentário’ do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle social. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos penais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalista, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito larga quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes no poder.”³⁴¹

A criminologia crítica de Baratta assinala o fim oculto da mínima intervenção e fragmentariedade, removendo os fins aparentes e escancarando os fins de dominação. Sempre que o sistema foge da idealização do princípio, baseado na dignidade da pessoa humana, há deslegitimidade. Não que os princípios tenham sido elaborados para esses fins espúrios, mas sua aplicação seguiu o caminho ideológico traçado pelas classes dominantes no projeto da modernidade.

Amaral aponta que o Direito penal, “ao realizar a proteção dos bens jurídicos, não o faz sempre de modo geral, mas, sim, frequentemente, só diante de certas formas de ataque concretas”³⁴². Destaca, ainda, a limitação do Direito penal pelo “princípio do Estado Democrático de Direito”:

³⁴¹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 165.

³⁴² AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno. 2005, p. 44-5.

“A proteção subsidiária e fragmentária de bens jurídicos constitui uma inequívoca limitação do direito penal. Do contrário, dos notórios inconvenientes ocorreria: a) Formar-se-ia uma legião de pessoas inseridas no sistema penal, como agentes ativos de crimes, ostentando antecedentes e, inclusive, a condição de reincidentes; b) O direito penal regrediria para tornar-se um instrumento de controle social simbólico e contraproducente. Cai no descrédito, ante sua ineficiência como *ultima ratio* e uma das espécies do sistema de controle social formal.”³⁴³

A mínima intervenção e a fragmentariedade, todavia, não podem ser utilizadas como simples meio de racionalização e aumento da repressão penal do sistema, pois se exige legitimação, que por sua vez se sustenta pela razoabilidade do Direito penal e respeito aos demais princípios vigentes. Utilizar-se desses processos de seleção e marginalização de grupos ou classes sociais é atentatório à dignidade da pessoa humana e não atende aos princípios nominados, afastando-se de um Direito racional e legítimo.

Há, então, em respeito aos Direitos humanos, de se impor limites à intervenção penal e, por outro lado, exigir a definição do objeto possível, mas não necessário, da tutela penal, e Baratta indica dois princípios a serem seguidos, sendo um deles os “intrasistemáticos”, consistente no que deve ser criminalizado e, o outro, “extrasistemáticos”, consistente em critérios para a descriminalização. Decorrem do primeiro três grupos: “1) principios de limitación formal; 2) principios de limitación funcional; 3) principios de limitación personal o de limitación de la responsabilidad penal”³⁴⁴. Os extra-sistemáticos são divididos em dois grupos: “1) principios

³⁴³ AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno. 2005, p. 45.

³⁴⁴ Os princípios de limitação formal são enunciados: “a) principio de reserva de ley o principio de legalidad en sentido estricto; b) principio de taxatividad; c) principio de irretroatividad; d) principio del primado de la ley penal substancial; e) principio del representación popular”. Os princípios de limitação funcional são os seguintes: “a) principio de la respuesta no contingente; b) principio de proporcionalidad abstracta; c) principio de idoneidad; d) principio de subsidiariedad; e) principio de proporcionalidad concreta o principio de adecuación del costo social; f) principio de implementabilidad administrativa de la ley; g) principio del respeto por las autonomías culturales; h) principio del primado de la víctima”. Os princípios gerais de limitação pessoal e princípios limitativos de responsabilidade penal são: “a) principio de la imputación personal o principio de personalidad; b) principio de la responsabilidad por el hecho; c) principio de la exigencia social del comportamiento conforme a la ley”. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 627-642, out./dez. 1987.

extrasistemáticos de descriminalización; 2) principios metodológicos de la construcción alternativa de los conflictos y de los problemas sociales”³⁴⁵.

O modelo proposto por Baratta, de inegável valor guia para futuras discussões, não escapou das críticas de Gomes da Silva, para quem Baratta “acabou fundamentando seu artigo apenas em diretrizes humanitárias de índole político-criminal”, não concretas quanto ao conteúdo mínimo de tutela do Direito penal, “sem uma reflexão sistemática, também principiológica, sobre quais interesses teriam maior relevância para essa mínima proteção penal”³⁴⁶.

A moderna visão concebida por Baratta, e definida como criminologia dos Direitos humanos, apresenta importante evolução dentro do sistema penal, merecendo aperfeiçoamento e discussão, como as propostas por Eliezer Gomes, que propõe uma definição material para crime, transcrita no próximo item, a abrir caminho para a delimitação do conteúdo da tutela penal para que se possa discutir sua minimização. Somente a partir de um conceito material admite-se discorrer sobre a descriminalização e despenalização, inclusive com mais amplas propostas de respostas que não somente aquelas apresentadas pelas doutrinas legalistas.

Nesse momento, portanto, a conclusão lógica é que o sistema penal incrimina e pune condutas que não ensejam a resposta penal, exigindo uma racionalização para a legitimação.

8.1. DESCRIMINALIZAÇÃO E DESPENALIZAÇÃO

³⁴⁵ Baratta aponta que os princípios intra-sistemáticos também funcionam como princípios de descriminalização e que os enumerados a seguir implicam a adoção de “un punto de vista externo a los sistemas penales existentes: a) principio de la no intervención útil; b) principio de la privatización de los conflictos; c) principio de politización de los conflictos; d) principio de preservación de las garantías formales”. Os princípios metodológicos de construção alternativa para resolução dos conflitos e dos problemas sociais são: “a) principio de la sustracción metodológica de los conceptos de criminalidad y de pena; b) principio de especificación de los conflictos y de los problemas; c) principio general de prevención; d) principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales”. BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, año 10, n. 40, p. 645-7, out./dez. 1987.

³⁴⁶ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 29-30.

O resgate da legitimação do sistema penal exige etapas a serem concretizadas e, conforme visto anteriormente, o restabelecimento dos interesses usurpados é o primeiro deles, decorrendo da dignidade da pessoa humana e respeito aos Direitos humanos, mínima intervenção e fragmentariedade do Direito penal. A descriminalização é imprescindível se se pretende o respeito a esses princípios.

Descriminalizar tem o significado de tornar indiferente a conduta perante o Direito penal, seja por meio de processo formal ou de fato, não mais a enquadrando como ilícito penal³⁴⁷. O fato não mais é considerado como criminoso.

Para Zaffaroni e Pierangeli, descriminalizar significa “a renúncia formal (jurídica) de agir em um conflito pela via do sistema penal” e a renúncia “‘de fato’, quando o sistema penal deixa de agir, sem que formalmente tenha perdido competência para isto, o que entre nós ocorre, por exemplo, com o adultério”³⁴⁸.

Importante, para fins de melhor compreender o descriminalizar, um conceito de crime, amparado, primeiramente, no Direito penal mínimo proposto por Ferrajoli, que apresenta duas diferenciações, sendo a primeira considerada formalista e, a segunda, substancialista:

“(...) tipo formalista, os juristas de formação positivista que assumem o princípio de legalidade penal como critério exaustivo e exclusivo da noção teórica de ‘delito’, e, portanto, consideram delitos todos (e somente) os previstos como tais por uma lei válida. (...). Em coerência com tais pressupostos, as orientações formalistas distinguem os ilícitos penais dos demais ilícitos jurídicos – cíveis e administrativos – com base na única circunstância extrínseca de que para eles a lei dispõe de uma pena ao invés da sanção do ressarcimento do dano ou de uma sanção administrativa; e classificam-nos em delitos e contravenções ou outros tipos de ilícitos penais, unicamente em razão do tipo de pena (reclusão ou detenção, multa de quantia ou menor) estabelecida para eles pela lei. (...). Na linha substancialista todas as orientações teóricas que atribuem à ‘juridicidade’ e, correlativamente, à ‘antijuridicidade’, algum fundamento ontológico de tipo meta ou pré-jurídico, sobre o qual se baseia uma definição real de ‘delito’, dirigida a completar ou acompanhar sua definição nominal ou legal. Dentro desta linha distinguem-se múltiplas variantes, segundo o caráter ético, sociológico, político ou antropológico do fundamento metajurídico eleito (...)”³⁴⁹.

³⁴⁷ Cf. Dotti: “Descriminalizar significa retirar o caráter criminoso de determinado fato. Por exigência metódica, inclui-se também no conceito de descriminalização a conversão legal de um ilícito criminal em qualquer outra forma de ilícito, v.g., contravenção, civil, administrativo, tributário etc.” DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 75.

³⁴⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 340-1.

³⁴⁹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 299-300.

As substancialistas são apontadas por Ferrajoli como “inúteis definições jurídicas do delito”, “bastante frágeis”³⁵⁰. Assim, para o doutrinador italiano, crime será aquela conduta definida na lei penal e que tem como resposta a pena, a mais severa das sanções impostas pelo Direito. Todas as demais sanções são consideradas extrapenais e não determinam a movimentação do “Aparelho Repressivo do Estado”. A conceituação é legalista-positivista e a recodificação é proposta por Ferrajoli para um Direito penal garantista. A crítica contra Ferrajoli está arraigada em sua defesa do positivismo, em que pese sua tese minimalista e garantista, pois parece estar ele “imbuído de uma messiânica busca pela legalidade perdida, da inflexível aplicação da lei como primeiro instrumento de garantia dos ideais democráticos”³⁵¹.

Eliezer Gomes propõe um conceito material de crime, amparado numa concepção dos Direitos humanos como objeto de limite do Direito penal: “crime é toda conduta contrária ao humanamente exigível, a significar um interesse, cuja lesão ou perigo de lesão autoriza uma censura ou uma sanção estatal direcionada a seu autor”³⁵². A conceituação não se prende ao legalismo de Ferrajoli e abre caminho para aplicação de outras respostas que não a única e exclusiva sanção penal, e permite uma quebra de paradigma em relação ao tradicional modelo de justiça penal, com sua minimização e sem perda de garantias contra o poder punitivo estatal.

Ontologicamente, não se diferencia delito e ilícito civil, mas quanto aos mecanismos de atuação e resposta há oposição entre essas duas formas de violação das regras postas, não se restringindo, portanto, a diferença à nomenclaturação. Ferrajoli, em sua visão legalista, aponta que a diferença entre delito e ilícitos civis “depende de critérios substanciais”, como a possibilidade de

³⁵⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

³⁵¹ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 25.

³⁵² SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 35.

reparação do dano, repercussão social do delito e “periculosidade social expressada pelos primeiros comparada com a simples lesividade dos segundos”³⁵³. A diferença do Direito penal para os demais ramos do Direito está assentada, segundo Zaffaroni e Pierangeli, no “cumprir a função de prover à segurança jurídica mediante a coerção penal”, entendida esta como a aspiração por “assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador”³⁵⁴.

Determinados ilícitos, então, não de ser tutelados pelos demais ramos do Direito e não pelo Direito penal, já que a intervenção deste não se justifica e não se apresenta como “adequada”³⁵⁵.

A descriminalização, segundo Ferrajoli, deverá observar três restrições, sendo, a primeira delas, referente à insignificância da lesão ao bem jurídico, tendo como exemplo as contravenções penais e os delitos punidos unicamente com sanção pecuniária; a segunda, referente à qualidade dos bens jurídicos, dizendo que “nosso princípio da lesividade permite considerar ‘bens’ somente aqueles cuja lesão se concretiza em um ataque lesivo a outras pessoas de carne e osso”; a terceira e última, “tem caráter estrutural” e significa dizer que “devem ficar privados de toda relevância jurídica os delitos de mera desobediência”, como aqueles referentes a fatos que lesionam “bens não essenciais” ou os que são, “só em abstrato, presumidamente perigosos”³⁵⁶. Todavia, a ampla posição de Ferrajoli nos parece deixar sem qualquer tutela condutas criminosas que exigem a movimentação do sistema penal por ofenderem interesses meta-individuais ou não individualizados em comunidades, grupos sociais ou pessoas de “carne e osso”. Aliás, condutas criminosas que afetam um número indeterminado de pessoas exigem uma maior proteção legal, o que não significa maior punição. A criminalização de condutas lesivas a interesses dessa natureza, superada a dignidade da pessoa humana como baliza, é legítima e razoável.

³⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 300.

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 99.

³⁵⁵ QUEIROZ, Paulo. A dimensão (des)humana do Direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, p. 188-202, mar./abr. 2004.

Os princípios propostos por Baratta, em busca de um Direito penal da constituição, a ocupar um espaço residual quando se considerar inevitável sua intervenção punitiva a tutelar graves violações aos Direitos fundamentais, apresentam uma característica voltada para o integral respeito aos Direitos humanos e dentro de um novo paradigma devem ser considerados como guias para o processo de descriminalização. Vê o doutrinador a necessidade de imposição de uma tarefa de eliminação parcial ou total de figuras delitivas e a implementação de condições que reduzam de forma qualitativa e quantitativa a violência punitiva. A idéia de uma sociedade igualitária, livre, num processo emancipador dos indivíduos e grupos (“principio de la no intervención útil”); a privatização dos conflitos, em respeito ao interesse das partes, em instâncias públicas e comunitárias de reconciliação (“principio de la prativización de los conflictos”); a restituição do conflito a uma dimensão política e a intervenção institucional confiável (“principio de politización de los conflictos”); o respeito às formalidades mínimas a garantir a manutenção das prerrogativas contra o poder punitivo e o controle social (“principio de preservación de las garantías formales”); têm de nortear a descriminalização³⁵⁷.

Além dos princípios, Baratta formula uma proposta metodológica de não aplicação, num certo tempo, de conceitos de criminalidade e pena, com o fim de se verificar como se constroem os conflitos e os problemas, bem como se apresentam as respostas, em óticas distintas da punitiva. O sistema penal, erroneamente, agrupa comportamentos puníveis diversos e formula uma resposta comum para situações que exigem respostas e tratamentos diferenciados, o que exige um agrupamento diferenciado e respostas específicas³⁵⁸.

Baratta formulou um referente material de crime, exposto por Castro, com os seguintes elementos:

³⁵⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 382-4.

³⁵⁷ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 643-5, out./dez. 1987.

³⁵⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 645-6, out./dez. 1987.

“1. Reconhecer que o homem é portador de necessidades materiais (‘necessidades reais fundamentais’) historicamente determinadas. 2. Acordo intersubjetivo em uma comunicação livre de domínio. 3. Que sejam generalizáveis (que ao se produzir a liberação das classes subalternas se produza a libertação das demais). 4. Que as necessidades possam ser satisfeitas de acordo com os recursos disponíveis em um momento e lugar dados.”³⁵⁹

As necessidades materiais e reais são aquelas a serem tuteladas, pois estão embrionariamente ligadas ao ser humano, que envolve seu nascer e envelhecer, sem as quais a vida humana seria impossível. Por isso são “necessidades” e tornam-se “reais” pela sua indisponibilidade. Lola Aniyar relaciona à vida, à integridade, à nutrição, à cultura, à seguridade física, o movimento, à liberdade espiritual e material, o espaço, os medicamentos, o ambiente, como necessidades reais fundamentais a serem tuteladas penalmente, ou seja, aqueles valores que Konder Comparato identifica como os “mais importantes da convivência humana, aqueles sem os quais as sociedades acabam perecendo, fatalmente, por um processo irreversível de desagregação”³⁶⁰.

O acordo subjetivo decorre da cidadania e soberania participativa na discussão da tutela desses interesses, que não se prendem a grupos determinados e estão relacionados ao ser.

Eliezer Gomes elenca referenciais éticos identificados na Declaração Universal dos Direitos humanos de 1948, chamados por ele de “interesses humanos”, cuja lesão ou perigo de lesão poderia legitimar a tutela penal: vida; liberdade; confiança; igualdade; solidariedade; alteridade. A “enxuta” lista tenta alcançar o razoável e não tem a pretensão, nas palavras do autor, em eliminar todos os conflitos de interesses, que deverão ser analisados numa “argumentação jurídica dialética”, pois não ambiciona “dogmas morais ou simples inferências de âmbito lógico, mas a contribuir para um debate franco e aberto em torno de um conjunto bem restrito e perfeitamente identificado de princípios”³⁶¹.

³⁵⁹ CASTRO, Lola Aniyar de. **Pensamento criminológico**: resumo gráfico e seu reflexo institucional – da criminologia clássica à criminologia dos Direitos humanos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 74.

³⁶⁰ COMPARTATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 25-6.

³⁶¹ SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 40-1.

A definição do objeto da tutela penal, nesse momento, seja a partir do conceito material de crime ou dos interesses delineados, apresenta-se como uma definição do criminalizável e do descriminalizável; uma indicação dos problemas e conflitos sociais que devem estar sob a ótica do Direito penal e aqueles que devem ser protegidos por outros ramos do Direito.

Cervini, depois de sustentar a deslegitimação do sistema penal pelo fracasso do projeto de ressocialização, aponta a descriminalização como legítima. Conceitua descriminalização como “sinônimo de retirar formalmente ou de fato do âmbito do Direito penal certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”³⁶² e estabelece três formas de descriminalização:

“a) a descriminalização formal, *de jure* ou em sentido estrito, que em alguns casos sinaliza o desejo de outorgar um total reconhecimento legal e social ao comportamento descriminalizado, como por exemplo no caso da relação homossexual entre adultos, do aborto consentido e do adultério. Outras vezes esse tipo de descriminalização responde a uma ‘apreciação que difere do papel do Estado em determinadas áreas’, ou a uma valoração diferente dos Direitos Humanos que levam o Estado a abster-se de intervir, deixando em muitos casos a resolução desse fato em si mesmo indesejável às pessoas diretamente interessadas (autocomposição).

b) descriminalização substantiva, casos nos quais as penas são substituídas por sanções de outra natureza, como por exemplo, a transformação de delitos de pouca importância em infrações administrativas ou fiscais punidas com multas de caráter disciplinar (...).

c) (...) existe descriminalização de fato, segundo a autora, quando o sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal, quer dizer, do ponto de vista técnico-jurídico, nesses casos, permanece ileso o caráter de ilícito penal, eliminando-se somente a aplicação efetiva da pena.”³⁶³

O inchaço legislativo serviu de instrumento de dominação pelo sistema repressivo e exige a descriminalização, e um dos critérios a serem observados é a reprivatização dos conflitos em torno de bens disponíveis³⁶⁴, uma vez que as demais

³⁶² CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 81.

³⁶³ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 82-3.

³⁶⁴ Cf. Abreu: “É preciso repensar as questões acerca dos crimes patrimoniais, não é mais concebível que um simples furto, o popular ‘ladrão de galinhas’, seja processado perante o Juízo comum, intolerável a contravenção penal tipificada no artigo 21 da LCP (Vias de Fato), ser de alçada pública incondicionada em sede de Juizado Especial, fugindo por completo da diretriz traçada pela Lei 9.099/95, os crimes contra a honra, que analisados sob a ótica da legislação especial e do procedimento próprio, em nada diferem. Em suma, são detalhes que congestionam e oneram em muito a desgastada máquina Estatal, incluindo aí o Poder Judiciário.” ABREU, Éder Geraldo. A evolução da justiça criminal consensual. **Revista do Ministério Público do Estado do Amapá**. Macapá, n. 1, p. 200, 1998.

regras de Direito tutelam os interesses das partes e determinam um processo de reinserção social, baseado na soberania e cidadania participativa. Para tanto, não se pode deixar de considerar que uma nova visão há de ser imposta, pois sob o paradigma da modernidade construiu-se, baseada na razão instrumental ou iluminista, a falsa idéia de que o sistema penal é o único meio de controle social eficaz a combater a desordem e os desvios. Contudo, o rumo da descriminalização é inevitável se se pretende um Estado Democrático de Direito, amparado e sustentado pela dignidade da pessoa humana e em respeito aos Direitos humanos.

Não há com a descriminalização uma abolição do sistema penal, mas sim uma parcial retirada da proteção do Direito penal na proteção de interesses jurídicos que passam a ser tutelados por outros ramos do Direito. Há, por conseguinte, um mínimo campo de atuação que permanece, ante sua necessidade, como meio de pacificação dos conflitos sociais. O sistema penal, em que pese todas as críticas direcionadas contra ele, se faz necessário, em determinados e restritos casos, em face do atual contexto social, econômico, político e cultural, e, conforme Ferrajoli, que prega sua minimização e uma recodificação,

“(...) o objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva ora ilustrada, pode ser, em uma palavra, identificado com o impedimento do exercício das próprias razões, ou, de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Tanto o direito como a vingança constitui em exercício das próprias razões. Em ambos os casos ocorre um violento conflito solucionado mediante o uso da força: da força do réu, no primeiro caso; da força do ofendido, no segundo. E, em ambos os casos, a força é arbitrária e incontrolada não apenas, como é óbvio, na ofensa, mas, também, na vingança, que é, por natureza, incerta, desproporcional, desregulada, e, às vezes, dirigida contra um inocente. A lei penal é voltada a minimizar esta dupla violência, preventiva, através da sua parte proibitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que o delito expressa, e, mediante a sua parte punitiva, o exercício das próprias razões que a vingança e outras possíveis reações informais expressam.”³⁶⁵

O sistema penal não pode ser desprezado por sua importância como um ramo do Direito a solucionar e evitar novos conflitos sociais, como todos os demais ramos existentes, sustentado nas garantias contra o poder punitivo estatal, porém sua utilização como meio de imposição da cultura ou poder dominante, com uma

³⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 270.

prévia seleção³⁶⁶ das condutas e pessoas a serem sancionadas, para manutenção da ordem econômica vigente, tem de ser abolida.

Diante da necessidade do Direito penal, Gomes e Bianchini indicam três finalidades legítimas: “1ª) a proteção (subsidiária e fragmentária) de bens jurídicos; 2ª) a proteção do indivíduo contra a reação social que o crime desencadeia; 3ª) construção de um sistema normativo dotado de garantias que lhe concedam racionalidade”³⁶⁷. Por outro lado, tudo que não indique “merecimento ou necessidade de pena” ou “para tudo que a pena revela-se inadequada deve ser descriminalizado”³⁶⁸, isto é, afastado da tutela penal.

Restando um campo mínimo de atuação, há que se afirmar da necessidade de despenalização, compreendendo-se esta como “o ato de diminuir a pena de um delito sem descriminalizá-lo, quer dizer, sem tirar do fato o caráter de ilícito penal”³⁶⁹. A conveniência justifica a ilicitude penal do fato, porém a pena é eliminada, “evitando um possível excesso da conduta nessas áreas, e ratificando a suposta tarefa de docência moral da legislação”³⁷⁰. Há o ilícito penal, todavia a pena é diminuída ou extinta.

Zaffaroni e Pierangeli conceituam despenalização como “ato de ‘degradar’ a pena de um delito sem descriminalizá-lo, no qual entraria toda a possível aplicação das alternativas às penas privativas de liberdade”³⁷¹.

E Dotti aponta que a despenalização constitui manifestação de política criminal “que o legislador atende em função de interesses ocasionais ou

³⁶⁶ Cf. Nepomoceno: “A seletividade como lógica do sistema penal recai especialmente sobre os setores vulneráveis da sociedade, em que a violência do aparato estatal é real. Já para as camadas sociais ‘superiores’ essa violência não é sentida, tendo, portanto, apenas conteúdo simbólico. Isso já começa a ser percebido na primeira fase da seletividade do sistema penal, que é quantitativa. Acontece quando da aprovação das leis penais, que têm por fim regular as condutas consideradas negativas na sociedade, mediante aplicação da pena que castigue, previna e ressocialize quem cometeu o atentado ao bem jurídico tutelado pela norma”. NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 55.

³⁶⁷ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 92.

³⁶⁸ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 66.

³⁶⁹ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

³⁷⁰ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 85.

permanentes”, e conceitua-a como “todos os casos em que a pena criminal é substituída por sanção de outro ramo jurídico, mantendo-se o caráter ilícito da conduta”³⁷².

Não se pode deixar de considerar que a pena cumpre um papel social como meio de coerção geral e representa uma resposta à vítima e aos demais envolvidos no fato delituoso. Não “serve apenas para prevenir os delitos injustos, mas, igualmente, as injustas punições”, uma vez que na sua ausência um “outro mal” de “maior reação – informal, selvagem, espontânea, arbitrária, punitiva, mas não penal – que, na ausência das penas, poderia advir da parte do ofendido ou de forças sociais ou institucionais solidárias a ele”³⁷³. Entretanto, em determinados casos, a imposição da pena como única resposta perde legitimidade, já que ao Direito penal não pode ser imposta uma única via, sob pena de se deslegitimar por completo, num caminho irreversível, visto que as razões de ressocialização e defesa social são inconsistentes.

A despenalização mantém vivo o Direito penal, todavia não significa, igualmente, manutenção dos aparelhos repressivos do Estado, que podem ser mitigados e até suprimidos em casos diversos por meios não estigmatizantes ou violadores dos Direitos humanos. A existência do ilícito penal pode acionar mecanismos diversos de resposta, alguns repressivos e outros conciliadores, como, por exemplo, o acompanhamento policial e, de outro lado, o acompanhamento por equipes multissociais. Observa-se, nos dois casos, a manutenção do Direito penal, ante a criminalização da conduta, porém com o desenrolar do procedimento solucionador do conflito de forma diversa.

A descriminalização e a despenalização, amparada nos Direitos humanos, como limitador da intervenção penal e definidor do objeto possível da tutela penal, com base nos princípios daí decorrentes e da dignidade da pessoa humana, são instrumentos necessários para a revisão e racionalização do sistema penal, em busca da legitimidade num Estado Democrático de Direito. Prado escreve que “em

³⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 340-1.

³⁷² DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 79.

³⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 268.

um Estado Democrático e Social de Direito, a tutela penal não pode vir dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando socialmente necessária”, o que significa atestar sua imprescindibilidade para “assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade – verdadeira presunção de liberdade (*freiheitsvermutung*) – e da dignidade da pessoa humana”³⁷⁴.

Não se pode deixar de considerar, contudo, como fundada as críticas de Zaffaroni contra a descriminalização e despenalização para supressão de garantias ou incremento de instâncias na repressão penal³⁷⁵.

A utilização desses princípios como forma de redirecionamento do foco punitivo para manutenção dos interesses das classes dominantes desvirtua a razão principiológica e o deslegitima. A privatização dos conflitos, sob o fundamento do paradigma restaurativo e não retributivo, está dentro desse projeto de maior justiça e solidariedade social. A busca de algo melhor que o Direito penal passa pela descriminalização e despenalização, sendo a justiça consensual ou restauradora um dos instrumentos válidos para esse fim.

³⁷⁴ PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 70.

³⁷⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**. A perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 177.

CAPÍTULO III

9. UM NOVO MODELO DE JUSTIÇA PENAL

A superação do paradigma retributivo pelo paradigma restaurativo está embasada no saturado sistema penal³⁷⁶, ante sua crise e a conseqüente deslegitimação. A abolição do sistema, todavia, não é defendida e sequer aceita como medida viável, porque vivemos numa nova época de “modernidade tardia” ou “pós-modernidade”, em que os conflitos sociais exigem medidas amargas para pacificação e manutenção da liberdade dentro do grupo social. Ainda não se vislumbra algo melhor que o Direito penal, porém podem-se vislumbrar medidas alternativas e complementares como adequadas ao Estado Democrático de Direito.

Os ideais de qualquer novo modelo de justiça penal, a romper com aquele tradicional, exigem conhecimento das bases abolicionistas, pela crítica ao exercício do poder e pelo autoquestionamento que faz do sistema, e das bases justificadoras, por vislumbrar a intervenção do sistema penal como necessária.

Dentro dessa nova perspectiva, a justiça restaurativa se apresenta como opção ao vetusto modelo, e Ramirez aponta que esse novo modelo não tem por

“fin el abolicionismo; no cree que algún día las penas serán suprimidas; sin embargo, persigue que sean disminuidas. De cualquier modo, la influencia de las ideas abolicionistas son claras en la JR, filosóficamente basada en la crisis de la concepción retributiva de la pena, y en la convicción de que las penas tradicionales

³⁷⁶ Cf. Araque: “Actualmente, como ya se dijo, nuestro régimen de justicia penal se caracteriza por consagrar, como en muchos países, un sistema retributivo, en el que se considera el delito como una ofensa no contra las personas y su convivencia pacífica, sino como aquel mal que altera la seguridad y, en algunos casos, la existencia misma del Estado. Sobre esta premisa se retribuye el mismo mal causado, con nefastas consecuencias no sólo porque resulta inadecuada, ya que no repara el daño o el peligro de lesión contra el bien jurídicamente tutelado, causado por acción u omisión, sino, igualmente, porque no presenta garantías ni para la víctima ni para el ofensor, violentando a todas luces los derechos fundamentales de ambos, toda vez que no se cumplen las funciones esenciales de la pena como son la prevención y la reinserción social; esta situación produce un resentimiento en el ofensor que, alimentado por un sistema carcelario caracterizado por su ineficacia y la incapacidad para mejorar las condiciones de vida de las personas que tiene bajo su custodia, va a generar a un individuo no apto para reintegrar-se los fines últimos de un proceso penal incluyente, como son la justicia y la paz sociales.” ARAQUE, Carlos Alberto Mojica. Justicia restaurativa. **Opinión jurídica**. Medellín: Universidad de Medellín, v. 4, n. 7, p. 35-6, ene./jun. 2005.

tampoco evitan conductas futuras similares, sea del infractor o de cualquier otro miembro de la comunidad (teorias utilitaristas).³⁷⁷

A justiça restaurativa é uma das opções ao sistema penal tradicional, que não o elimina, mas que mitiga seu efeito punitivo e marginalizador, em consonância com a dignidade da pessoa humana e os Direitos humanos. A modernidade afastou qualquer consenso ou participação da comunidade nas decisões da justiça penal, com raras e limitadas exceções³⁷⁸, sob o argumento da cientificidade dos julgamentos penais. Houve dentro desse projeto, a “negação de todas as demais formas de justiça”³⁷⁹, aceitando-se só aquela ditada, monoliticamente, pelo Estado. A participação ativa da vítima, do desviante ou da comunidade, a determinar os rumos do sistema, ficou restrita a raros ilícitos penais, mas na maioria, mesmo quando o delito ofende bens disponíveis, de interesse inteiramente particular, a vontade estatal é soberana.

9.1. CONCEITO

Não há uniformidade conceitual quanto à definição de justiça restaurativa, estando o conceito num processo de discussão e desenvolvimento. Todavia, algumas conceituações hão de ser destacadas para melhor compreensão e delimitação do assunto, havendo pontos em comum entre os mais diversos doutrinadores, o que permite concretizar um conceito a partir deles.

O dissenso existe até mesmo na definição terminológica de justiça restaurativa, pois alguns doutrinadores preferem optar por uma destas expressões:

³⁷⁷ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

³⁷⁸ O procedimento do Tribunal do Júri é apontado como uma rara exceção de participação direta da sociedade na decisão da justiça penal. Todavia, o procedimento de exposição e marginalização é acentuado, pois o desviante, não raras vezes, é exposto à sociedade em uniformes prisionais que o despersonalizam, acompanhado de agentes policiais que lhe transferem uma idéia de periculosidade e num teatro punitivo provocador de sua morte social. A complexidade e as técnicas usadas no procedimento afastam ainda mais a compreensão social, restando um limitado campo de participação consciente.

³⁷⁹ HAJEL, Flávia Nassif Jorge. Comentários ao projeto de lei que altera o procedimento das ações possessórias. **Revista jurídica**. Universidade de Franca, Franca, n. 14, 1º sem., p. 99, 2005.

justiça restauradora, justiça reparadora, justiça reintegradora, justiça conciliadora, dentre outras³⁸⁰.

O termo justiça restaurativa vem se apresentando, porém, como o mais usual e acertado, por compreender a inclusão da vítima, desviante e comunidade no procedimento³⁸¹, podendo-se extrair, em Ramírez, o seguinte conceito:

“se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las três ‘R’: *Responsibility, Restoration and Reintegrations* (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito.”³⁸²

Larrauri, após destacar a problemática conceituação de justiça restaurativa e afirmar que “diversas alternativas al sistema penal formal se auto-denominan ‘justicia restauradora’”, em que pese os “principios diversos entre sí”, registra sua preocupação com a falta de uma definição clara, a dificultar o respeito aos seus princípios e a compreensão diante dos casos concretos. Apresenta o conceito de Tony Marshall como ponto de início: “la justicia restauradora es un proceso por el cual todas las partes que tienen un interés en una determinada

³⁸⁰ Cf. Dognan y Cavadino: “la forma precisa del nuevo paradigma es todavía oscura; en la teoría y en la práctica, el debate se caracteriza por una gran confusión terminológica y conceptual, reflejada muy gráficamente por la variedad de términos que se proponen: justicia positiva, pacificadora, relacional, reparativa, restauradora, comunitaria. Junto a esos adjetivadores, aparecen los sustantivos restitución, reconciliación, restauración, recomposición, reparación, expiación, indemnización del daño, servicios comunitarios, mediación etc”. Apud RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 198-9, abr./jun. 2005.

³⁸¹ Cf. Ramírez: “La calificación restauradora o restaurativa (restaurative, en inglés y en francés), en cambio, parece más cercana al justo medio, desde que comprende a la víctima, al autor e, incluso, a la comunidad. Por eso, las expresiones, Restorative Justice, en inglés, y Justice Restorative, en francés, han sido promovidas en el Congreso Internacional de Criminología de Budapest de 1993, y han ganado impulso a través de las conferencias internacionales realizadas en Adelaida (Australia), Ámsterdam (Holanda) y Montreal (Canadá)”. RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 198, abr./jun. 2005.

ofensa se juntan para resolverla colectivamente y para tratar sus implicaciones de futuro”³⁸³.

Azevedo destaca a existência de conceitos amplos e restritos de justiça restaurativa e depois a conceitua, numa “fusão dessas duas correntes”, como a

“proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.”³⁸⁴

As conceituações apresentam a justiça restaurativa como um modelo que se fortaleceu na deslegitimidade do paradigma retributivo e seus princípios e conceitos quebram com o distanciamento das partes e reprivatizam³⁸⁵ o conflito, chamando a comunidade a participar ativamente da justiça, num momento raro de soberania e cidadania participativa. Todavia, não somente em razão da crise e deslegitimidade do sistema retributivo renasceu a justiça restaurativa, mas principalmente pela necessidade de comunicação intersubjetiva num Estado Democrático de Direito, em que a participação da comunidade se mostra indispensável.

³⁸² RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 199, abr./jun. 2005.

³⁸³ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 72-3, nov./dez. 2004.

³⁸⁴ AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 140.

³⁸⁵ Importante registrar que a reprivatização do conflito não significa privatização da justiça sem Estado, mas ao contrário, “digo Justicia con Estado y con otros organismos comunitarios; Justicia con todos, porque el tema de los delitos cometidos por personas menores de edad es un problema tan serio, obedece a tantas causas, presenta tanta variedad, que es absurdo pensar que la solución está en manos exclusivas de uno solo (el Estado, a través del aparato judicial, o los grupos sociales). (...). Por eso, al lado de los modos jurisdiccionales, deben coexistir diferentes formas de resolución de conflictos”. RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 242-3, abr./jun. 2005.

A justiça restaurativa não é criação da modernidade ou pós-modernidade, já que a restauração é um processo existente nas mais antigas sociedades e ainda vigente em diversos sistemas sociais e comunitários. Na modernidade, o Estado, dentro da estrutura atual, foi concebido, deitando suas raízes em Hobbes, Rousseau e Locke, e a concentração da resolução dos conflitos, com a razão iluminista, sepultou qualquer forma de resolução de litígio não científico. A justiça restaurativa foi quase esquecida, com raras exceções.

Jaccoud esclarece que o afastamento da justiça restaurativa se deu com os processos de colonização, mas as reivindicações dos colonizados restabeleceu, em determinadas situações, esse procedimento, e impediu sua extinção. Afirma, ainda, que não se trata de um procedimento de tribos ou povos nativos, mas “das sociedades comunais em geral”³⁸⁶.

A deslegitimidade das “instituições totais” ou “aparelhos repressivos do Estado”, a revitalização da vítima, a participação da comunidade na solução dos conflitos definidos como crimes, o respeito à dignidade da pessoa humana e Direitos humanos, alicerçam a justiça restaurativa e afastam o sistema retributivo por meio da justiça penal³⁸⁷. Dentro das bases da pós-modernidade, a intersubjetividade e a integração social, a consensualidade, numa razão comunicacional, também servem de base para o estabelecimento desse novo modelo de justiça. A resposta ou censura deixa de ser imposta verticalmente numa relação de poder soberano a súdito e passa a ser discutida horizontalmente, numa igualização dos envolvidos e empoderamento das partes. Entra o diálogo e sai o monólogo, tanto que Oxhorn e Slakmon ensinam que os programas de justiça restaurativa têm

“um valor positivo intrínseco para o sistema de justiça, as comunidades, e os cidadãos, e não podem ser explicados apenas como sendo uma resposta da sociedade, ou uma solução paliativa

³⁸⁶ JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 164.

³⁸⁷ Cf. Ramírez: “Se ha dicho que la JR es el producto de la conjunción de tres corrientes de pensamiento ideológico heterogéneas: a) la que mostró la fractura de las instituciones tradicionales de regulación, y consecuentemente, la imagen de una comunidad perdida que es necesario revivificar; b) la corriente que denunció los efectos devastadores del sistema penal en la vida del delincuente; c) la que propició el desarrollo de mecanismos tendentes a exaltar los derechos del hombre y, consecuentemente, también los de las víctimas.” RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 207, abr./jun. 2005.

do governo, para as decadentes instituições legais. Os programas de justiça restaurativa podem ter um impacto positivo no processo e no resultado da justiça, independentemente do desempenho institucional e do nível de desigualdade, e ainda mais assim no contexto de desigualdade enraizada e desconfiança nas instituições.”³⁸⁸

As condutas criminosas causam danos a pessoas e relacionamentos e a justiça restaurativa é necessária e cooperativa, pois não se propõe ao fim punitivo e estabelece um envolvimento entre as partes interessadas, em busca da melhor resposta para o caso concreto. Por isso, Maccold e Ted Wachtel, citados por Gomes Pinto, dizem que a justiça restaurativa é um “processo colaborativo que envolve aqueles afetados mais diretamente por um crime, chamados de ‘partes interessadas principais’, para determinar qual a melhor forma de reparar o dano causado pela transgressão”³⁸⁹. A punição pelo ato cometido é superada pela restauração do relacionamento futuro.

O esboço de um conceito, ciente de toda a problemática que ele apresenta, mas visando a abertura de um processo crítico, faz-se necessário, até mesmo para a continuidade das argumentações que se pretende fazer. Assim, justiça restaurativa é o processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal e social inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de Direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação.

9.2. CARACTERÍSTICAS E PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

³⁸⁸ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça. Desigualdade e cidadania democrática – A construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 205.

³⁸⁹ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 22.

Com base nos conceitos de justiça restaurativa, características comuns³⁹⁰ podem ser extraídas: “proceso dialogado”; “participación de las partes”; “acuerdos restauradores”³⁹¹. Decorrem daí valores que não podem estar ausentes, sendo eles o encontro, a reparação, a reintegração e a inclusão.

A Organização das Nações Unidas, por meio de Resolução do seu Conselho Econômico e Social, enunciou princípios da justiça restaurativa, na mesma sintonia das características indicadas, e são eles os seguintes:

“1. Programa Restaurativo - se entende qualquer programa que utilize processos restaurativos voltados para resultados restaurativos. 2. Processo Restaurativo - significa que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, participam coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime, geralmente com a ajuda de um facilitador. O processo restaurativo abrange mediação, conciliação, audiências e círculos de sentença 3. Resultado Restaurativo - significa um acordo alcançado devido a um processo restaurativo, incluindo responsabilidades e programas, tais como reparação, restituição, prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e logrando a reintegração da vítima e do infrator.”³⁹²

No Brasil, os princípios e valores da justiça restaurativa foram enunciados na cidade de Araçatuba, interior do Estado de São Paulo, quando da realização do I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, no mês de abril de 2005, mediante um documento intitulado Carta de Araçatuba, que, posteriormente, foi ratificado na Conferência Internacional Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de

³⁹⁰ Alguns doutrinadores citam outras características e destacamos Araque: “(...) las características fundamentales de un modelo de Justicia Restaurativa: 1) Es resolutivo, en el sentido en que constituye una forma de solución al conflicto surgido por la comisión de la conducta delictiva, pero que ofrece espacios de mediación entre víctima, victimario y sociedad, pretendiendo colmar las expectativas y necesidades de todas ellas. 2) Es recreativo, pues abre el camino a la reconciliación entre los involucrados. 3) Es comunicativo, pues al proporcionar los espacios de diálogo, se pretende la recomposición del daño social causado y la garantía de la paz y convivencia sociales.” ARAQUE, Carlos Alberto Mojica. Justicia restaurativa. **Opinión jurídica**. Medellín: Universidad de Medellín, v. 4, n. 7, p. 40, ene./jun. 2005.

³⁹¹ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 74 nov./dez. 2004.

³⁹² GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 24.

Conflitos, realizada em Brasília, no documento intitulado Carta de Brasília, um marco para o sistema restaurativo brasileiro:

- “1. plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases;
3. respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. co-responsabilidade ativa dos participantes;
5. atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades;
6. envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. interdisciplinariedade da intervenção;
8. atenção às diferenças e peculiaridades sócio-econômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;
9. garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes;
10. promoção de relações eqüânimes e não hierárquicas;
11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos;
13. direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
14. integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação;
15. desenvolvimento de políticas públicas integradas;
16. interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
17. promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas;
18. monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.”³⁹³

Os princípios enumerados não são exaustivos, já que a justiça restaurativa funda-se na mobilidade e se enquadra aos interesses envolvidos e comunitários; todavia tem importância fundamental sua delimitação mínima para se manter as características originais e não se permitir um desvio das idéias sedimentadoras desse novo modelo. Assim, a Resolução do Conselho Econômico

³⁹³ **Carta de Brasília.** Disponível em <www.mj.gov.br/reforma/eventos/conf_internacional/carta%20de%20brasilia%2001072005.pdf>. Acesso em 22 de março de 2006.

da ONU tem importância vital no fortalecimento e na adequação das práticas de justiça restaurativa.

Não se distanciando desses princípios anteriormente enumerados, os doutrinadores Froestad e Shearing apontam os seguintes princípios da justiça restaurativa:

- “1) focalizar a atenção nas opções para a paz futura mais do que em questões de restauração ou re-integração;
- 2) estender os canais para a indicação de ‘casos’ para além do sistema de justiça criminal;
- 3) forjar uma ligação mais forte entre a administração de conflitos individuais e a abordagem de problemas genéricos;
- 4) organizar processos restaurativos de tal modo que as responsabilidades, os recursos e o controle são levados do profissionalismo restaurativo patrocinado pelo Estado para as comunidades locais e para os leigos;
- 5) estabelecer regras, procedimentos e mecanismos de exame que são necessários para assegurar que a prática local respeite os valores centrais da justiça restaurativa.”³⁹⁴

No processo restaurativo há o encontro da vítima com o desviante e a comunidade, num processo de inclusão ativa na justiça penal, para discutir o crime e suas conseqüências, por meio de reuniões monitoradas por intermediadores, inclusive com a possibilidade de presença de familiares ou terceiros. O resultado esperado e desejado é a reparação e a reintegração social. Reparação dos eventuais danos causados, sejam eles financeiros ou morais, e reintegração da vítima e delinqüente à comunidade, sem estigma ou marginalização, com despenalização. A reintegração possibilita a devolução da vítima e desviante mais conscientes de seus atos e repercussões sociais, diante das discussões realizadas e resolução alcançada. Uma mudança sensível e radical, ao mesmo tempo, em relação àquele tratamento dispensado pela justiça penal tradicional, em que a conscientização do desviante se tenta impor com a dor, a participação da vítima se limita ao fornecimento de declarações e a comunidade não participa.

A reparação é um conceito que deve ser destacado, para que não se prenda à estreita visão dos danos materiais. O materialismo foi alçado ao primeiro

³⁹⁴ FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 91.

interesse do ser humano com a revolução burguesa, tanto que a vida e a integridade física são colocadas em segundo plano, inclusive pelas legislações penais³⁹⁵, e a justiça penal tradicional fortaleceu esses ideais. Para a justiça restaurativa, reparação tem um significado mais profundo e, consoante Ramírez, significa:

“tiene un ‘espesor ético que la hace más compleja que el mero resarcimiento’; por eso, sobrepasa la idea de reparación material entre dañador y dañado; idealmente, comprende la restauración de los lazos sociales entre la víctima y el dañador, entre la víctima y la comunidad, y entre el dañador y la comunidad. En otros términos, la reparación del dañador a la víctima es el puente de partida de una transformación más profunda de las relaciones sociales en juego. Esta perspectiva reconoce la confluencia de varios principios desde que la reparación intenta, al mismo tiempo, recuperar el papel de la víctima en el proceso, consolidar la función pacificadora del Derecho penal, y resocializar al delincuente.”³⁹⁶

O aprofundamento da resposta da justiça restaurativa não permite que se prenda o diálogo a fins determinados, nem admite uma resposta pontual. Há abertura da discussão para a amplitude da resposta e não há fuga desse modelo de justiça de seu fim pacificador.

Luiza Carvalho faz três perguntas a respeito das práticas restaurativas e as respostas apresentam os princípios fundamentais no qual se baseia esse modelo de justiça:

“(i) empoderamento do ofensor por meio do desenvolvimento de sua capacidade de assumir responsabilidade sobre seus atos e de fazer suas escolhas; (ii) reparo de danos, ou seja, contrariamente à Justiça estritamente retributiva, que se atém exclusivamente ao ofensor, a Justiça Restaurativa enfoca também a vítima, seu grupo familiar e suas necessidades a serem reequilibradas; (iii) e, por fim, resultados integrativos, restaurando a harmonia entre os indivíduos, re-

³⁹⁵ O código penal brasileiro é exemplo da importância patrimonial em detrimento da vida e integridade física do ser humano, bastando analisar-se algumas penas impostas em abstrato ao tipo penal para essa conclusão. A título de exemplo, aquele que ingressa numa residência, mediante escalada ou rompimento de obstáculo, para subtração de uma coisa alheia móvel, estará sujeito à pena de reclusão de 2 a 8 anos (artigo 155, parágrafo 4º, Código Penal), enquanto aquele que ofende a integridade corporal de outrem, com resultado grave, se sujeitará a uma pena de 1 a 5 anos de reclusão (artigo 129, parágrafo 1º, do Código Penal).

³⁹⁶ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 232, abr./jun. 2005.

estabelecendo o equilíbrio e identificando e provendo, por meio de soluções duradouras, necessidades não atendidas.”³⁹⁷

Os princípios e as características apresentados diferenciam a justiça restaurativa da justiça penal retributiva, pois naquela há participação, discussão, conscientização, compreensão, solução dos problemas passados, análise dos problemas presentes e preparação para os 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 original levado a juízo³⁹⁸.

Os valores fundamentais do modelo restaurativo, conforme Marshall, Boyack e Bowen, são os seguintes:

“Participação: Os mais afetados pela transgressão – vítimas, infratores e suas comunidades de interesse – devem ser, no processo, os principais oradores e tomadores de decisão, ao invés de profissionais treinados representando os interesses do Estado. (...) Respeito: Todos os seres humanos têm valor igual e inerente, independente de suas ações, boas ou más, ou de sua raça, cultura, gênero, orientação sexual, idade, credo e status social. (...). Honestidade: A fala honesta é essencial para se fazer justiça. Na justiça restaurativa, a verdade produz mais que a elucidação dos fatos e o estabelecimento da culpa dentro dos parâmetros estritamente legais; ela requer que as pessoas falem aberta e honestamente sobre sua experiência relativa à transgressão, seus sentimentos e responsabilidades morais. Humildade: A justiça restaurativa aceita as falibilidades e a vulnerabilidade comuns a todos os seres humanos. (...) A empatia e os cuidados mútuos são manifestações de humildade. Interconexão: Enquanto enfatiza a liberdade individual e a responsabilidade, a justiça restaurativa reconhece os laços comunais que unem a vítima e o infrator. Ambos são membros valorosos da sociedade, uma sociedade na qual todas

³⁹⁷ CARVALHO, Luiza Maria S. dos Santos. Notas sobre a promoção da equidade no acesso e intervenção da justiça brasileira. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 218.

³⁹⁸ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 625, out./dez. 1987.

as pessoas estão interligadas por uma rede de relacionamentos. (...). O caráter social do crime faz do processo comunitário o cenário ideal para tratar as conseqüências (e as causas) da transgressão e traçar um caminho restaurativo para frente. Responsabilidade: Quando uma pessoa, deliberadamente causa um dano a outra, o infrator tem obrigação moral de aceitar a responsabilidade pelo ato e por atenuar as conseqüências. (...). Empoderamento: (...). A Justiça restaurativa devolve os poderes a estas vítimas, dando-lhes um papel ativo para determinar quais são as suas necessidades e como estas devem ser satisfeitas. Isto também dá poder aos infratores de responsabilizar-se por suas ofensas, fazer o possível para remediar o dano que causaram, e iniciar um processo de reabilitação e reintegração. Esperança: Não importa quão intenso tenha sido o delito, é sempre possível para a comunidade responder, de maneira a emprestar forças a quem está sofrendo, e isso promove a cura e a mudança. Porque não procura simplesmente penalizar ações criminais passadas, mas abordar as necessidades presentes e equipar para a vida futura, a Justiça Restaurativa alimenta esperanças – a esperança de cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade.”³⁹⁹

O respeito ao ser humano e sua capacidade de autodeterminação, individual e coletiva, estão alicerçadas na dignidade da pessoa humana, e a justiça restaurativa, com base em suas características e princípios básicos, está em consonância com o princípio fundamental. O sistema penal não é apto a solucionar problemas e conflitos diversos, ainda mais quando se direciona a tutela do Direito penal para proteção de Direitos humanos fundamentais, já que a resposta punitiva, como único meio apresentado, encontra-se deslegitimada. Os princípios e as características da justiça restaurativa podem ser resumidos como um ideal de justiça social, com efetiva participação das partes, autonomia de vontades, respeito ao ser humano e seus valores fundamentais, proteção aos Direitos humanos e a dignidade da pessoa humana.

9.3. O DIÁLOGO: VÍTIMA/DESVIANTE/COMUNIDADE

³⁹⁹ MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática – uma abordagem baseada em valores. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 271-2.

Uma das características principais do processo restaurativo está assentada na intersubjetividade, como um processo de discussão e integração social, numa busca de consensualidade. A discussão, por meio de um procedimento dialogado, entre vítima, desviante e comunidade é princípio fundamental do qual todos os demais irão decorrer ou, pelo menos, se inter-relacionar.

Esse tripé participativo visa à acessibilidade sobre as decisões de interesse social, por recursos a distribuir o ônus e a responsabilidade “decisória na mobilização plural das comunidades interessadas (co-responsabilidade decisória), por instrumentos facilitadores de acesso ao conhecimento das informações (transparência) que motivam as decisões”⁴⁰⁰ com expressão social. A diferença com o paradigma retributivo tornar-se, assim, estrutural, já que por meio do diálogo e da participação com responsabilidade no processo decisório se constrói um novo modelo de justiça, sendo, portanto, antagônico aquele processo⁴⁰¹. Deste modo,

“a Justiça Restaurativa baseia-se num procedimento de consenso, em que a vítima e o infrator, e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados pelo crime, como sujeitos centrais, participam coletiva e ativamente na construção de soluções

⁴⁰⁰ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

⁴⁰¹ Cf. Rezende Melo: “(...) Entendo que a justiça restaurativa nos abre de modos vários a um contraste radical com este modelo. Primeiro, ela expressa uma outra percepção da relação indivíduo-sociedade no que concerne ao poder: contra uma visão vertical na definição do que é justo, ela dá vazão a um acerto horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva. Segundo, ela foca nas singularidades daqueles que estão em relação e nos valores que a presidem, abrindo-se, com isso, àquilo que leva ao conflito. Neste duplo contraste a própria fundação da regra se apresenta de outro modo, permitindo o rompimento desta cisão entre interioridade e exterioridade que marca a concepção kantiana e que nos remete à possibilidade de emancipação, com um comprometimento pessoal nas ações e expressões individuais pela elaboração das questões que se apresentam envolvidas no conflito. Terceiro, e principalmente, se o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganha um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos. Quarto, contra um modelo centrado no acerto de contas meramente com o passado, a justiça restaurativa permite uma outra relação com o tempo, atentado também aos termos em que hão de se acertar os envolvidos no presente à vista do porvir. Quinto, ao trazer à tona estas singularidades e suas condições de existência subjacentes à norma, este modelo aponta para o rompimento dos limites colocados pelo direito liberal, abrindo-nos, para além do interpessoal, a uma percepção social dos problemas colocados nas situações conflitivas.” MELO, Eduardo Rezende. *Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva*. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p.60.

para a cura das feridas, dos traumas e perdas causados pelo crime.”⁴⁰²

A vítima na justiça penal retributiva foi esquecida e colocada em segundo plano, limitando-se sua participação à narrativa dos fatos e, num restrito número de ilícitos penais, está legitimada para iniciar a persecução penal ou a legitimar o início da ação penal pelo Ministério Público. A legislação penal⁴⁰³, à exceção dos crimes que se processam mediante ação penal pública condicionada ou ação penal privada, retira da vítima qualquer manifestação de vontade válida para o desfecho ou desenrolar da justiça penal, por mais que sejam os interesses disponíveis e de exclusivo interesse privado, como no caso dos bens patrimoniais. Em relação aos crimes de ação penal pública condicionada e ação penal privada, a legislação penal brasileira, por meio da Lei nº 9.099/95, incentivou, timidamente, a participação da vítima para a composição civil, importando-a em causa extintiva da punibilidade. Porém, não se cuida de justiça restaurativa, por total ausência de seus princípios e valores, mas sim de mera audiência de tentativa de conciliação para reparação dos danos em juízo⁴⁰⁴.

Na justiça restaurativa a vítima é tratada como parte lesada, com interesse na justiça e na reparação dos danos, mas também com vistas à reconciliação e pacificação do conflito levado ao processo restaurativo. O papel da vítima na justiça restaurativa é exposto por Solares:

⁴⁰² GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20.

⁴⁰³ Cf. Grinover, ao discorrer sobre a participação da vítima na justiça penal e a legislação atual: “A - A vítima – em sentido lato – ocupa lugar de destaque nos códigos reformados da América Latina, sendo-lhe atribuídos significativos poderes processuais, mesmo quando não tenha participado do processo como querelante ou querelante adesivo (assistente de acusação). B – Os novos sistemas processuais latino-americanos, embora guardando o princípio da obrigatoriedade da ação penal como regra geral, abrem-se a vias alternativas, próprias da Justiça consensual, adotando em várias hipóteses, reguladas por lei e submetidas ao controle judicial, o princípio da oportunidade (ou discricionariedade) regrada. C – Inexiste qualquer incompatibilidade entre o princípio da oportunidade regrada, tal qual introduzida pelos códigos reformados, e os direitos da vítima, uma vez que lhe é assegurada ampla participação nas técnicas alternativas, encontrando facilitado o caminho da reparação, modernamente considerada a terceira via do sistema penal.” GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa pena e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio de oportunidade. Relações entre juiz e ministério público – seus limites. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, p. 103, out./dez. 2002.

⁴⁰⁴ O artigo 72 da Lei nº 9.099/95 diz textualmente que na audiência preliminar o “Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos”, limitando-se ao reflexo patrimonial do fato, todavia,

- “1) Actividad de la víctima en lugar de pasividad.
- 2) Es la víctima quien determina lo que necesita.
- 3) Se considera tanto la parte emocional como la material en la negociación.
- 4) En virtud de que el debate principal del Derecho penal es la sanción (no la información) y que ésta no da nada a la víctima, en las audiencias de conciliación ésta tiene la oportunidad de preguntar lo que quiera, todas sus dudas se aclaran y puede o no enfrentarse al infractor (siendo obligatorio en materia penal).
- 5) La víctima tiene posición central en su papel individual, no es un número ni un testigo de calidad, es el protagonista que controla la mediación.
- 6) Puede haber una restauración (punto fundamental de la Victimología).
- 7) Se toma más en serio el daño causado, tanto emocional como físico: se ayuda a la víctima a superar sus miedos y se puede o no mediar por sí.
- 8) Las intenciones de la víctima van más allá de la venganza pública.”⁴⁰⁵

A passividade da vítima tem de ser superada e sua atividade participativa passa a sedimentar a democracia e a soberania popular, sustentadas pelo princípio “del primado de la víctima”, indicado por Baratta quando discorre sobre a necessidade de privatização dos conflitos como princípio definidor da descriminalização, e “principio de la articulación autónoma de los conflictos y de las necesidades reales”, que representa o respeito aos interesses das partes envolvidas nos conflitos e problemas sociais⁴⁰⁶.

O dano material suportado não é o enfoque principal ou único do processo restaurativo, sendo seus fins muito mais amplos, já que buscam discutir os motivos e as conseqüências do crime para vítima, desviante e comunidade. A palavra da vítima passa a ter importância e ocupar uma posição de destaque, tanto que o diálogo não se limita ao *quantum* devido, podendo-se dizer que para a reconciliação das partes e pacificação social não há limitação nos assuntos a serem

diante da busca da composição e pacificação dos conflitos sociais, não raras vezes, a composição não tem qualquer reflexo patrimonial e envolve somente interesses outros das partes.

⁴⁰⁵ SOLARES, Verónica Martínez. **Víctimas y justicia penal**. Disponível em <www.bibliojuridica.org/libros/1/479/20.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2006.

⁴⁰⁶ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 646-7, out./dez. 1987.

tratados. A reparação dos danos não é dispensada, contudo não se dá a ela o valor de bem ou interesse primordial e decisivo ao processo. A reparação do dano é uma das características da justiça restaurativa, defendendo alguns a imprescindibilidade de sua realização para completa satisfação das partes e reconciliação, mas não deixa de estar inserida num contexto mais amplo, pacificador e reparador. Esse modelo restaurador, amparado no diálogo, vem em defesa e proteção da vítima, evitando sua vitimização secundária que é existente no tradicional procedimento da justiça penal retributiva⁴⁰⁷.

A respeito da necessidade do enfoque das questões patrimoniais no processo restaurativo, em busca da completa pacificação das relações, Cervini afirma que “é imprescindível focar os danos pessoais e sociais da vítima, fazer participar o autor de seu tratamento (por meio da reparação do dano causado à vítima) e à vítima no tratamento do autor (terapia de relação)”⁴⁰⁸.

Scarance Fernandes e Marques, ao discorrerem sobre o novo papel da vítima no processo penal, destacam que a satisfação jurídica não se encontra na imposição da sanção penal, exigindo-se a reparação à vítima pelos danos suportados⁴⁰⁹, o que não significa unicamente lesão patrimonial. Não se pode deixar de considerar, entretanto, que a conciliação civil dos danos patrimoniais facilita a composição das partes, porém, em situações diversas, a mesma se apresenta como impossível, ante a miserabilidade das partes, fato comum nos países denominados “emergentes”. Em situações como essa, a justiça restaurativa, por meio do diálogo, pode apresentar alternativas múltiplas e variadas, já que somente as partes envolvidas no conflito podem dosar e expressar suas necessidades.

Ao desviante, autor do fato criminoso, a justiça restaurativa apresenta oportunidade de conscientização de sua conduta, pois discute as razões que o levaram a prática do delito e suas conseqüências. A abertura do diálogo não limita a

⁴⁰⁷ Cf. Cervini: “Dado que o Estado fracassou concretamente ante a vítima do delito e que esta realiza uma abordagem especial em favor da sociedade na prevenção e na luta contra a criminalidade, não é admissível, antes de tudo por motivos de justiça, que a vítima esteja exposta no processo penal a mais mortificações e prejuízos, sobretudo quando estes são possíveis de serem evitados.” CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 266.

⁴⁰⁸ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 254.

⁴⁰⁹ FERNANDES, Antonio Scarance; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justitia**, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público. São Paulo, vol. 156, p. 32, out./dez. 1991.

exposição dos fatos, vez que a conscientização e restauração das partes é a meta, permitindo ao desviante ser melhor compreendido, avaliado e encaminhado, visando-se evitar novas práticas ilícitas e promover a reinserção social. Enquanto na justiça penal retributiva a sanção imposta não é discutida, avaliada ou analisada sua compatibilidade com a pessoa condenada, no processo restaurativo apresenta-se uma oportunidade de diálogo para a melhor resposta àquela conduta específica. É também uma oportunidade para o desviante buscar a compreensão e (ou) aceitação de sua conduta, mostrando-se arrependido ou não, consciente ou não dos seus atos.

Na tradicional justiça penal, as manifestações do desviante devem se limitar aos fatos narrados na denúncia criminal, na oportunidade que lhe é conferida em juízo – audiência de interrogatório; há uma dublagem do desviante, já que seu defensor é o único a manifestar-se no procedimento e a falar nas audiências; os atos ritualísticos impedem o entendimento dos atos procedimentais⁴¹⁰. A falta de compreensão desses atos procedimentais afasta do autor da conduta incriminada a possibilidade de percepção da não adequação de sua conduta criminosa, provocando um distanciamento e um sentimento de ausência de compromisso com o cumprimento daquela manifestação jurisdicional. O procedimento ordinário⁴¹¹, previsto no Código de Processo Penal brasileiro, é aquele que apresenta o rito procedimental mais amplo, o que, na maioria das vezes, demanda tempo na sua conclusão⁴¹², o que significa dizer que o desviante poderá levar anos para ser instado ao cumprimento da decisão, não mais se encontrando naquela situação pessoal que estava ao tempo do delito. A diferença da justiça penal tradicional, então, para a justiça restaurativa, torna-se abissal.

⁴¹⁰ Todos aqueles que atuam perante a justiça penal tradicional já devem ter notado que quase de forma unânime ao encerrar uma audiência ou ato procedimental o delinqüente não demonstra qualquer compreensão do acontecido, não sabendo sequer dizer se foi absolvido ou condenado. A preocupação aumenta quando nos deparamos com alunos de curso de graduação que ao término do ato procedimental não compreenderam nada do que ocorreu ou compreenderam apenas parcialmente os atos. A conclusão, então, é que o *conhecimento* ou o *saber*, baseados na razão instrumental, tornaram-se instrumentos de dominação, poder e exploração.

⁴¹¹ Artigos 394 ao 405 e 498 ao 502 do decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941.

⁴¹² Apenas a título de exemplificação, um processo criminal, em média, no Estado de São Paulo, demora um ano para ser julgado em 1ª instância ou 1º grau de jurisdição, demorando mais 4 anos para ser julgado em 2ª instância ou 2º grau de jurisdição.

Ao discorrer sobre a abordagem do desviante dentro da justiça restaurativa e explicar seus princípios, Ramírez, citando Susan Sharpe, explica que ao desviante se persegue uma responsabilização completa e deve ele “reconocer lo que hizo mal, pero además, debe intentar repararlo. Explicar su conducta a la víctima y a la sociedad es dar el primer paso para la reparación”⁴¹³.

O diálogo e a conscientização são processos de reinserção social, não se podendo restringi-la à imposição de uma pena corporal, restritiva de Direitos ou pecuniária. As penas tradicionalmente previstas em nossas legislações não alcançaram o fim aparente preconizado, o que retira dos seus defensores qualquer credibilidade a questionar a eficácia da restauração entre as partes e a comunidade como alternativa viável à resolução dos conflitos sociais. Ademais – e sempre é importante destacar as diferenças positivas entre a justiça restaurativa e a punitiva –, não há sequer uma explicação ao desviante na tradicional execução de pena dos motivos que ensejaram aquela medida punitiva, não que se exija um esclarecimento do fato criminoso, mas sim da necessidade de transmitir a ele a possibilidade de compreender aquela pena como um processo de reinserção social e não somente punitivo.

A presença do desviante e da vítima é imprescindível para o processo restaurativo, contudo não se realiza coercitivamente a reunião e sim voluntariamente. O consenso se inicia com a discussão livre entre as partes e, por esse motivo, na ausência de interesse de qualquer dos envolvidos, o processo restaurativo não se instaura ou desenvolve, sendo, ainda, permitido, a qualquer momento, o afastamento do mesmo. O consenso é buscado inclusive para formação e instauração do diálogo, pois a conciliação não se estabelece com coerção, a paz duradoura não se faz com imposições. Vitto aponta que “a prática é marcada pela voluntariedade, no tocante a participação da vítima e ofensor” e “deve haver consenso destes em relação aos fatos essenciais relativos à infração e assunção da responsabilidade por parte do infrator”⁴¹⁴.

⁴¹³ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 204, abr./jun. 2005.

⁴¹⁴ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 44.

O consenso em relação à existência ou a autoria do crime para o início do processo pode até não estar em total sintonia entre as partes, contudo, havendo demonstração delas de discutir, o processo deve ser iniciado. Mas, com a evolução do diálogo, as responsabilidades de cada um devem ser assumidas, para a restauração e para evitar-se lides futuras. Não se pode esquecer que o processo restaurativo é um processo de conscientização e esta somente se alcança conversando, discutindo e atribuindo responsabilidades. As partes devem estar conscientes da possibilidade de abandono do processo restaurativo, a qualquer momento, e devem ser informadas sobre a confidencialidade dos assuntos tratados.

A preparação das partes para o processo restaurativo também deve ser realizada previamente e não se pode admitir um abandono prematuro, abdicando de um Direito restaurador que é das partes e da comunidade. O esgotamento da via consientizadora é exigível.

A importância do consenso para a pacificação social é apontada por Karan, que vê nas vias alternativas de conciliação a possibilidade de discussão profunda da lide para sua efetiva resolução:

“o enfrentamento de conflitos, através de vias de conciliação alternativas ao processo já é, em si, fonte de maior eficácia no restabelecimento da chamada paz social. Permitindo uma participação mais livre e mais ativa das partes diretamente envolvidas, com a intermediação de pessoas que, integrando a comunidade, lhes sejam psicologicamente mais próximas, as vias alternativas de conciliação podem permitir um exame das causas mais profundas do conflito enfrentado.”⁴¹⁵

Esse processo dialogado entre vítima e desviante, com ou sem participação de terceiros, é decorrência de uma atividade intersocial e produtor de um modelo de justiça inclusiva.

O terceiro pilar do processo é a comunidade, formando o tripé do diálogo restaurativo. Há discussão quanto à efetiva participação da comunidade em todos os processos, pregando alguns a participação somente nos casos em que o interesse sobressaia ao do desviante e da vítima.

⁴¹⁵ KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 150, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

A participação é indispensável, e cinco razões podem ser apontadas, de forma não exaustiva, a justificá-la: 1º) para o fortalecimento dos vínculos estabelecidos entre delinqüente, vítima e comunidade; 2º) para a reinserção social mais 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 tornar-se-á, portanto, diante do princípio do processo comunicacional, imprescindível para a justiça restaurativa, e, conforme Ramirez, sua presença tem por fim

“estrechar las fuerzas de la comunidad para evitar nuevos ilícitos. El delito causa daño, pero también revela injusticias anteriores (por ejemplo, un sistema económico o racialmente injusto). La fuerzas de la comunidad deben unirse, pues, para disminuir las causas del ilícito.”⁴¹⁶

Young destaca a importância do consenso social ao dizer que “a sociedade inclusiva é uma sociedade de consenso alto e dificuldade baixa. O consenso é mantido diligentemente, ao mesmo tempo que a diferença é negada sistematicamente”⁴¹⁷. Somente com a participação efetiva da comunidade o consenso poderá existir e as diferenças serem superadas, pois o estigma causado pela justiça penal retributiva afasta o consenso e acentua a diferença, a ponto de a comunidade não enxergar a pessoa mais por seus atributos pessoais e sim pelos atributos da etiqueta que lhe foram impostos socialmente. Aliás, toda a justiça penal tradicional se calca pela diferença, num contra-senso com o princípio da igualdade, uma vez que há no deflagrar dos aparelhos de imposição da ordem a criminalização e seletividade dos grupos sociais identificados e não uma ação generalizada.

Não se pode deixar de considerar, todavia, a dificuldade de se locomover dentro das comunidades existentes, conforme discorre Bauman. A inexistência ou impossibilidade de existência de uma comunidade única, sedimentada, com espaço

⁴¹⁶ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 205, abr./jun. 2005.

⁴¹⁷ YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar, Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 102.

e respeito às liberdades, multiculturalismo e diferenças, fica cada dia mais clara dentro da sociedade pós-moderna, e Caldeira descreve a construção da comunidade paulistana como um processo exclusivo e alienante, de extrema eliminação e alienação social, com profundo distanciamento entre as camadas sociais⁴¹⁸. O diálogo, então, dentro dessa visão, não se apresenta como uma simples relação fática, já que exige o derrubar de muros discriminatórios. Nesse sentido, a justiça penal nos moldes atuais em nada colabora para uma evolução em curto, médio ou longo prazo, como de fato não o fez na modernidade, mesmo porque esses não eram seus ideais, mas, ao contrário, acentuou o distanciamento e a fragmentação social.

Por outro lado, a justiça restaurativa trabalha e reconhece as diferentes comunidades, dentro do desequilíbrio social existente, e suas propostas estão amparadas num empoderamento das partes, o que significa dizer, estabelecer um processo restaurativo adequado para essas situações, com participação de pessoas capacitadas para respeitar e superar essa heterogeneidade cultural. Outro ponto de apoio a equiparar e estabelecer o diálogo, sem permitir privilégios ou diferenças na discussão, está na manutenção do Poder Judiciário, Ministério Público e advogados ou defensores públicos⁴¹⁹ à disposição das partes.

Esse fortalecimento comunitário e social tem por objetivo dar sustentação a um novo modelo de justiça, acreditando-se que, conforme Scuro Neto⁴²⁰, a comunidade é um antídoto para a alienação e a tirania, além de necessária e indispensável para construção da sociedade boa e justa.

⁴¹⁸ Em outra passagem, Caldeira aponta como uma das condições necessárias para a democracia a de “que pessoas reconheçam aqueles de grupos sociais diferentes como concidadãos, com direitos equivalentes apesar de suas diferenças”. CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo**. Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000, p. 340.

⁴¹⁹ A manutenção em paralelo da justiça restaurativa com o Poder Judiciário é reconhecidamente indispensável. Todavia, quando se diz da possibilidade de participação do Poder Judiciário, Ministério Público e advogado ou defensores públicos no processo restaurativo está se desenhando um operador que se “alinha com perspectivas de uma linguagem jurídica incentivadora, ou motivadora de reflexos prospectivos no âmbito das condutas individuais, enfim, coloca-se mais na tendência do crescente direito premial (Bobbio), do direito responsivo, do direito que funciona como agente de transformação social”, segundo Bittar. BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

⁴²⁰ SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 119.

O crime afeta a relação vítima/desviante e a relação vítima/desviante/comunidade, e o papel da Justiça, se se pretende inclusiva e resolutiva, é identificar os problemas e apresentar soluções. Gomes Pinto, citando Zehr, explica:

“Incumbe, assim, à Justiça oportunizar e encorajar as pessoas envolvidas a dialogarem e a chegarem a um acordo, como sujeitos centrais do processo, sendo ela, a Justiça, avaliada segundo sua capacidade de fazer com que as responsabilidades pelo cometimento do delito sejam assumidas, as necessidades oriundas da ofensa sejam satisfatoriamente atendidas e a cura, ou seja, um resultado individual e socialmente terapêutico seja alcançado.”⁴²¹

A respeito da justiça restaurativa, Pedro Scuro Neto narra a importância do diálogo para a restauração das partes e pacificação dos conflitos:

“fazer justiça’ do ponto de vista restaurativo significa dar resposta sistemática às infrações e a suas conseqüências, enfatizando a cura das feridas sofridas pela sensibilidade, pela dignidade ou reputação, destacando a dor, a mágoa, o dano, a ofensa, o agravo causados pelo malfeito, contando para isso com a participação de todos os envolvidos (vítima, infrator, comunidade) na resolução dos problemas (conflitos) criados por determinados incidentes. Práticas de justiça com objetivos restaurativos identificam os males infligidos e influem na sua reparação, envolvendo as pessoas e transformando suas atitudes e perspectivas em relação convencional com sistema de Justiça, significando, assim, trabalhar para restaurar, reconstituir; de sorte que todos os envolvidos e afetados por um crime ou infração devem ter, se quiserem, a oportunidade de participar do processo restaurativo.”⁴²²

A solução do conflito pelas partes nele envolvidas é a oportunidade de discussão sem a colocação da instância judicial como detentora e provedora da verdade. A decisão proferida pelo órgão que dita o Direito, mantendo as partes afastadas e distantes, sem comunicação com ou entre elas, sem necessidade de uma das partes, seja ela vítima ou desviante, considerar a outra, afasta qualquer

⁴²¹ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 21-2.

⁴²² Apud GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 21-2.

possibilidade de consenso. No processo restaurativo, as razões e contra-razões não de ser consideradas, discutidas, analisadas e novamente consideradas, retirando a passividade que o Direito positivo entendeu representar a ordem.

Dentro da nova perspectiva da discussão do problema e apresentação da resposta para cada caso, observando-se as especificidades de cada caso, Edson Passetti indica para a necessidade de se “redesenhar” a atuação dos juízes, promotores e advogados ou defensores públicos, sem qualquer relação de poder com as partes envolvidas, para que se forme “uma mesa de conversações e de sensibilidades atentas para o fato de que a maioria das situações-problema decorrem da sociabilidade autoritária e dos efeitos da miséria”⁴²³. Destacando a importância dessa efetiva participação, Azevedo diz que a justiça restaurativa

“ênfatisa a importância de se elevar o papel das vítimas e membros da comunidade ao mesmo tempo em que os ofensores (réus, acusados, indiciados ou autores do fato) são efetivamente responsabilizados perante as pessoas que foram vitimizadas, restaurando as perdas materiais e morais das vítimas e providenciando uma gama de oportunidades para diálogo, negociação e resolução de questões. Isto, quando possível, proporciona uma maior percepção de segurança na comunidade, efetiva resolução de conflitos e saciedade moral por parte dos envolvidos.”⁴²⁴

A fundamentação do processo restaurativo está na tutela do caso concreto, com o diálogo, símbolo e pilar da justiça restaurativa, e ampla possibilidade de compreensão, resolução, reparação, pacificação, reinserção social e, no sentido mais amplo, restauração dos envolvidos no delito.

9.4. RECONCILIAÇÃO, COMPOSIÇÃO E PERDÃO – A RESTAURAÇÃO

⁴²³ PASSETTI, Edson. Abolicionismo penal: um saber interessado. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 111, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

⁴²⁴ AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 140.

O processo restaurativo não “versa sólo sobre el delito, sino sobre la paz y el modo de educar a los jóvenes de la forma menos punitiva y más decente posible”⁴²⁵, o que possibilita respostas diversas à vítima, ao desviante e à comunidade. Há uma ênfase da tutela ao caso concreto e a justiça volta-se para essa situação, com o fim de superar a passividade e estabelecer a “vontade transformadora guiada pela atividade engajada, intersocial de produção responsável de projetos de justiça social inclusiva”⁴²⁶.

A paz não se dá unicamente com a reparação do dano e esta não é condição sem a qual aquela não possa ser alcançada. Assim, diante da amplitude do processo restaurativo, não se pode fixar a reparação material dos danos como fim único ou objetivo da justiça, visto que o rompimento do paradigma da modernidade nos exige romper também com todos os seus pilares, e o patrimonialismo, idealizado pelos liberais burgueses, é o maior deles.

O diálogo entre as partes⁴²⁷ não se estabelece para atribuir culpa e mensurar danos, mas para expor as razões que levaram cada participante ao processo discursivo e comunicacional para compreender as razões de cada um; uma exposição da vida, das dificuldades, das problemáticas e da forma como se enfrenta; uma oportunidade de falar sobre o crime e como ele afetou o cotidiano da vítima, com sua sensação de dano e insegurança; o arrependimento e a conscientização da ofensa.

⁴²⁵ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 199, abr./jun. 2005.

⁴²⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

⁴²⁷ Cf. Azevedo, na abertura do processo, sejam expostos os seguintes pontos: “Em síntese, na sessão individual preliminar, o mediador (ou os co-mediadores): i) abre os trabalhos com apresentações pessoais; ii) expõe o processo de mediação, seus princípios e suas diretrizes; iii) ouve ativamente a perspectiva da parte; iv) responde eventuais questionamentos da parte; v) identifica sentimentos da parte para que estes possam ser adequadamente endereçados na mediação; e vi) estimula a parte a elaborar um roteiro do que será debatido na sessão conjunta ao elencar questões controvertidas e interesses.” AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 148-9.

A vítima, como parte ofendida, tem determinante participação no processo restaurativo e sua voz se faz ouvida e respeitada⁴²⁸, o que significa dizer, seus interesses são perseguidos para sua satisfação⁴²⁹, desde que legítimos e não ofensivos aos Direitos do desviante. A satisfação da vítima e do desviante é o ponto de equilíbrio da balança, não podendo uma das partes obter vantagens em relação à outra, pois a lide entre as partes se manteria. Logo, o processo de conscientização das partes deve ser bem encaminhado e exige-se a assunção de responsabilidade, sendo a satisfação delas um procedimento, reconhecidamente, difícil, mas realizável, e Larrauri, a respeito da satisfação da vítima, explica:

“Debe realizarse la importancia de que la víctima se sienta reparada, por las disculpas o efectividad del acuerdo reparador, pues un objetivo de la justicia restauradora, a diferencia del sistema penal tradicional, es precisamente conseguir la satisfacción de las víctimas. Em consecuencia subsiste un problema para los ideales de la justicia restauradora, cuando la víctima a pesar de las disculpas o de la reparación permanece insatisfecha.”⁴³⁰

A possibilidade de insatisfação das partes, seja ela vítima ou autora da conduta criminosa, deve ser vista como resultado possível e não como falha do sistema ou *non liquid*. Aliás, a insatisfação humana é um sentimento comum, não desprezível e não eliminável. O processo tem de oportunizar as partes a compreensão da insatisfação e sua manutenção dentro dos limites sociais aceitos

⁴²⁸ Cf. Ramírez, a justiça restauradora pretende “curar lo dañado, lo roto. La primera pregunta a contestar es: ¿qué necesita la víctima para curar, para recuperar el sentido de la seguridad? La respuesta es: primariamente, la víctima necesita información y expresar su angustia”. RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 204, abr./jun. 2005.

⁴²⁹ Cf. Larrauri: “Respecto de la víctima los acuerdos restauradores acostumbran enfatizar que la víctima se sienta reparada. Por ello se concede gran importancia a la presentación de disculpas, con las cuales muchas víctimas se sienten resarcidas. Las disculpas, que son vistas por personas ajenas a las experiencias de justicia restauradora como algo menor, son um mecanismo social apto para realzar que se ha infringido una norma y restaurar el orden social existente. (...). Un segundo tipo de acuerdo que se adopta puede consistir en la realización de alguna actividad reparadora hacia la víctima. Este consiste generalmente en una compensación económica o bien algún trabajo acordado entre la víctima y el infractor.” LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 79-80, nov./dez. 2004.

⁴³⁰ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 80, nov./dez. 2004.

pelos envolvidos e comunidade, sob pena de, nesse caso, não resolução do conflito social.

A reconciliação, segundo Augusto de Sá, “não é um simples gesto de dar as mãos como se nada tivesse acontecido e se quisesse negar o conflito”, já que este não deve ser reprimido, negado ou desconsiderado, mas ser resolvido. A reconciliação das partes significa a reaproximação do agressor e sua vítima e a sociedade⁴³¹.

A falta de consciência e razão, consoante a construção da modernidade, é o *leitmotiv* da exclusão, segregação, punição. Na justiça restaurativa, a conscientização⁴³² abre-se como uma consequência lógica do diálogo a importar um processo de inclusão e a busca da conscientização é, talvez, o mais árduo trabalho no processo restaurativo, já que ela importa não só em reconhecer o crime, mas também no reconhecimento da inadequação da conduta, do erro, da ofensa ao outro, num processo pessoal introspectivo a evitar novas ofensas, tanto pela vítima quanto pelo autor.

A composição das partes, dentre elas a comunidade, ainda mais nos crimes em que os interesses lesados sejam difusos, pode englobar a reparação dos danos, em espécie ou em prestação de atividades, em favor da vítima e de terceiros ou 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. A vítima e a comunidade, então, podem dar-se por satisfeitas com o processo restaurativo, sem reparação do dano, inclusive com o perdão por parte da vítima ao delinqüente. Conforme Larrauri:

“Respecto del infractor, los acuerdos restauradores acostumbran a incluir alguna de las actividades mencionadas en aras de satisfacer a

⁴³¹ SÁ, Alvinio Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 83, p. 3, out. 1999.

⁴³² Cf. Augusto de Sá: “(...) Não resta pois outra alternativa, outro caminho a não ser o da consciência e, por conseguinte, o da reconciliação, como princípio norteador geral. Qualquer punição ou mesmo decisão conciliatória só será útil na medida em que promover a reconciliação, entendida esta como um processo evolutivo, por parte de todos os envolvidos, de saber pensar, de tomada de consciência sobre seus atos e seus possíveis desdobramentos, procurando cada um sentir-se no papel do outro, a fim de também pensar sobre o comportamento desse outro e de saber o que ele fez.” SÁ, Alvinio Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 83, p. 3-4, out. 1999.

la víctima. Pero es de interés destacar que estos acuerdos reparadores no tienen por que evitar que se adopten otras medidas de carácter rehabilitador. Así se recalca que una de las funciones del Estado en la justicia restauradora es precisamente suministrar los servicios (de tratamiento, de aprendizaje, de ocupación) que se acuerden en las conferencias y que son necesarios para permitir la reintegración del infractor en la comunidad.”⁴³³

Madlener aponta a possibilidade de utilizar “a compensação como um substitutivo da punição”⁴³⁴, sem perda do caráter ressocializador da medida. Rosenthal, citando Sumalla, explica que a “reparação do dano causado pelo crime elimina o vazio existente entre a reação punitiva e a falta de reação, fazendo surgir uma ‘terceira via’ para o Direito Penal”⁴³⁵. O processo restaurativo é ressocializador, conforme Araque, pois a Justiça

“logra una mayor efectividad en cuanto a la repación de daño y la reinserción social del ofensor, puesto que va a ser la comunidad quien decida la forma como ha de reparar el daño causado de manera general a ésta, pero será mediante lá interacción directa entre la víctima y el ofensor que se logrará el pago integral y la restauración del bien o bienes jurídicos vulnerados con la conducta.”⁴³⁶

A reinserção social não é condicionada pela compensação material dos prejuízos, podendo, muitas vezes, a conscientização do desviante ser alcançada com o ato desprovido de interesse material da outra parte. O despertar da consciência ocorre não somente com o sofrimento material e pessoal da família do desviante, a suportar a indenização pelos danos e as dores da punição, mas também com o ato conscientizador de vislumbrar uma resposta desprendida de interesses materiais para a reconquista da paz.

⁴³³ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov./dez. 2004.

⁴³⁴ MADLENER, Kurt. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, p. 52-3, abr./jun. 1995.

⁴³⁵ ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005, p. 77.

⁴³⁶ ARAQUE, Carlos Alberto Mojica. Justicia restaurativa. **Opinión jurídica**. Medellín: Universidad de Medellín, v. 4, n. 7, p. 35-6, ene./jun. 2005.

Cervini aponta, ao discorrer sobre o papel da vítima nas diferentes legislações, em especial a Européia, que a reparação do dano é a meta mais importante do processo:

“(…) a sanção que se imponha ao autor deve-se orientar antes de tudo para as necessidades da vítima. A prioridade deve estar na reparação do dano ocasionado pelo fato punível, acima de qualquer outra obrigação econômica que se imponha ao acusado. (…). A meta mais importante do processo deve ser a reparação do dano do qual tenha padecido a vítima e seus parentes, devendo-se compensar, não somente o dano material, mas também aquele moral sofrido em consequência do ato punível, como por exemplo, a perda do reconhecimento social.”⁴³⁷

As legislações refletem uma posição contrária à meta da justiça restaurativa, que é o “resultado restaurativo”, na qual o que importa para a vítima e para o autor é a reintegração, com a resposta consensualmente firmada por eles e mais a comunidade. A reparação do dano tem importância, mas não é determinante, tanto que

“se afirma que la reparación también opera a favor del transgresor, porque se da cuenta del verdadero daño causado y le ayuda en el proceso de inserción social; disminuye la indignación hacia él de la víctima y del público; puede, incluso, llegarse a ganar el respeto; en suma, reparar puede convertirse en una especie de proceso de redención que le impida equivocarse nuevamente.”⁴³⁸

Höffe fala que a justiça está na reparação da vítima e no “merecido castigo” ao desviante:

“O direito penal distingue-se da compensação juscivilista e deve, não obstante, ter em mente, não só o autor, mas, por uma razão de justiça, também a vítima. Já que a coletividade proíbe rigorosamente a justiça privada, deve ela assumir as suas tarefas legítimas, isto é,

⁴³⁷ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 259-260.

⁴³⁸ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 237, abr./jun. 2005.

providenciar para que um culpado receba o merecido castigo e a vítima seja indenizada, na medida do possível.”⁴³⁹

O “merecido castigo”, ante a deslegitimidade do sistema penal, por todas as críticas direcionadas contra ele, é questionável, já que o merecimento, no caso, é seletivo, ou seja, alguns merecem mais que outros. “Merecido castigo”, aliás, se apresenta com um tom dominador e não significa justiça. A indenização da vítima é um ideal patrimonialista.

O perdão por parte da vítima tem de ser aceito pela justiça restaurativa como manifestação válida e legítima de seu interesse. O ato de perdoar tem razões diversas e o resgate da vontade da vítima significa respeito por sua manifestação de vontade, pois, ao contrário, a meta satisfativa não seria alcançada. A comunidade, como parte do processo restaurativo, poderá apresentar argumentações contrárias e postular por respostas compensatórias, todavia a reparação do dano em favor da vítima não lhe é legítimo postular, quando aquela não tiver interesse.

A respeito do perdão, Dotti ensina que

“pelo sentido social de composição do litígio a reconciliação é uma solução de grande interesse social e que também pode dar sentido a outra solução de justiça consensual que é caracterizado pelo perdão do ofendido, embora o perdão não seja sinônimo de reconciliação. A conciliação e a transação fazem parte do conjunto de institutos que funcionam como substitutivos processuais na medida em que possa ocorrer a reparação do dano ou outra solução de interesse privado ou público.”⁴⁴⁰

Observa-se nas palavras de Dotti que a única solução não é a reparação e a Justiça se faz com alternativas legítimas e não imposições.

Não são pontos antagônicos, distintos e incompatíveis, à reinserção social⁴⁴¹ do desviante a reconciliação, composição ou perdão, mas perfeitamente

⁴³⁹ HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003, p. 97.

⁴⁴⁰ DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 39.

⁴⁴¹ Cf. Ramirez: “(...) la JR también persigue reinserción del infractor dentro de la sociedad. Moberly sostiene que la justicia retributiva tradicional se ha preocupado poco o nada por reintegrar a quien cumplió la pena a la sociedad. No obstante, recuerda que últimamente en Canadá y Gran Bretaña se ha creado los llamados ‘círculos de soporte y responsabilidad’, que apoyan, incluso, a los condenados por delitos sexuales (incluida la pedofilia, tan difícil de aceptar por la comunidad); estos círculos sirven de apoyo a quien cumplió la pena, pero fundamentalmente de control de su conducta,

agrupáveis. Ademais, preferir a punição à composição entre as partes por questões ressocializadoras é insustentável, à vista da falência do sistema retributivo. Ao final do processo restaurativo, deve-se chegar ao acordo reparador, que se define “como aquel que repara simbólica o materialmente a la víctima, permite reintegrar al infractor y restaurar a la comunidad afectada”⁴⁴².

Experiências contemporâneas da justiça penal consensual, mais direcionada para a reparação do dano e, portanto, com valores e princípios diversos da justiça restaurativa, têm apresentado significativos avanços em relação à justiça penal tradicional, conforme Choukr:

“neste contexto, dada a alteração de perfil da reação penal desejada, entra em cena a aceitação (por parte da vítima e ofensor) da composição efetuada, sendo que a participação da vítima nos programas-modelo desenvolvidos chegou a 92%. As vítimas consultadas justificaram a adesão porque desejavam a compensação e restituição pela lesão jurídica sofrida, e não exatamente almejavam algum tipo de punição na forma tradicional ao agressor.”⁴⁴³

Os resultados apresentados por Choukr permitem identificar a opção das vítimas pela via alternativa e o desinteresse pela resposta punitiva estatal. Em que pese os argumentos favoráveis e a crise do sistema penal, a justiça restaurativa encontra resistência na doutrina e operadores do Direito, que, por sua vez, aceitam muito mais um modelo de justiça penal consensual, com raízes dentro da estrutura do sistema penal e sem profundas alterações principiológicas. Ao contrário, na seara cível, a composição ganhou força nos últimos anos, rompendo com regras fixas e incentivando novos modelos de justiça arbitral e juizados prévios de conciliação, dirigidos por juízes togados e leigos, conciliadores, árbitros. Essa nova ordem do Direito civil, todavia, não vem por acaso, mas representa o desmantelamento do

de modo tal que la sociedad se siente más tranquila, porque lo sabe custodiado por el círculo; el vecindario vive tranquilo, aunque el ex convicto haya vuelto, pero esto no significa que él está ciertamente reinsertado.” RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 230, abr./jun. 2005.

⁴⁴² LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 79, nov./dez. 2004.

⁴⁴³ CHOUKR, Fauzi Hassan. A proteção à vítima no Direito processual penal alemão. **Estudos jurídicos – homenagem ao promotor Cléber José Rodrigues**. Belo Horizonte, n. 1, p. 48, jan./jul. 2000.

sistema formal, sua liquidez, como uma das características da pós-modernidade, o que não ocorre com o sistema penal.

O paradigma restaurativo, mais amplo em relação à justiça consensual, é um plano de reação ao desvio, voltado para a cidadania e calcado na busca da reconciliação de todas as partes envolvidas no problema, “por meio da pacificação da relação social conflituosa que o originou”⁴⁴⁴. O limite da justiça restaurativa está na dignidade da pessoa humana e Direitos humanos, e na efetiva limitação do poder punitivo estatal, com máximas garantias ao desviante e vítima como regra inalienável.

9.5. FUNCIONAMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

A justiça restaurativa quebra com o paradigma da justiça penal retributiva e todo o ritual desta é superado por aquela, fundando-se no processo comunicacional, na resolução alternativa e efetiva dos conflitos, no consenso e no respeito aos Direitos humanos e dignidade da pessoa humana.

Não há um procedimento determinado ou um modelo ideal para todo um país, ainda mais para o Brasil, com dimensões continentais. Há valores e princípios comuns que identificam a justiça restaurativa, mas o procedimento deve ser individualizado com as comunidades e a cada caso, ante a informalidade do processo. Nesse sentido, Ramírez expõe que “la elección de la técnica a utilizar debe hacerse en función de las circunstancias del caso particular, el tiempo disponible, las preferencias de las partes, los recursos comunitarios o estatales”⁴⁴⁵.

Essa ausência de formalismo ritualístico está dentro das perspectivas de ação de um Direito pós-moderno⁴⁴⁶, reivindicador de justiça social, a desprezar a forma, quando dispensável, e rejeitar a negação de Direitos por esses critérios, que

⁴⁴⁴ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 47.

⁴⁴⁵ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 253, abr./jun. 2005.

⁴⁴⁶ BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 429-435.

se mostram deletérios por serem embasados numa legalidade estrita. Há flexibilidade frente aos complexos fenômenos sociais, em busca da efetividade das respostas ao caso concreto. Essa ausência de formalidades não representa ausência de garantias e desrespeito às prerrogativas mínimas para proteção dos fins almejados pela justiça restaurativa, o que significa dizer, a informalidade não pode violar os princípios da justiça restaurativa, nem desrespeitar os Direitos humanos e a dignidade da pessoa humana. O objetivo da desformalização dos procedimentos é o cumprimento dos princípios propostos pela justiça restaurativa e qualquer interpretação diversa não encontra sintonia com esta.

O procedimento apresentado por Gomes Pinto é claro, simples e segue os valores e princípios da justiça restaurativa:

“Trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário, intervindo um ou mais mediadores ou facilitadores, e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes e se lograr a reintegração social da vítima e do infrator.”⁴⁴⁷

O procedimento idealizado por Gomes Pinto tem na voluntariedade das partes princípio e valor da justiça restaurativa, que não trabalha com imposição, mas consenso. O processo restaurativo somente tem lugar quando as partes aceitam a intermediação e não tem espaço quando há negativa nela, o que importa em aceitação para o início do processo e possibilidade de retirada do mesmo a qualquer momento. A burocratização do sistema, por meio de fórmulas científicas, dogmáticas, numa relação de poder-saber e saber-poder, base da modernidade, é eliminada pela justiça restaurativa, que não se apega a estas regras, vez que seu objetivo não é a imposição do poder ou sua manutenção e sim a pacificação dos conflitos sociais.

No Canadá, Cervini destaca a informalidade e o procedimento da justiça restaurativa:

“(…) elaborar um equilíbrio justo entre a vítima, o autor e a sociedade sem recorrer aos processos penais formais. Desta forma, poder-se-iam evitar as marcas distintivas da vítima e do autor (estigmatização) próprias dos processos penais convencionais e se possibilitaria que ambos pudessem regularizar ativamente seu conflito mediante um novo esquema, não como sujeitos de um processo penal formal, mas como participantes de uma instância informal de auto-ajustamento do conflito. Isso implica o desenvolvimento de programas destinados a aumentar a capacidade das comunidades locais para manejar os conflitos em termos mais humanos, por meio da mediação e da colaboração interpessoal.”⁴⁴⁸

A “arquitetura do cenário judiciário” é semelhante às das demais instituições totais e representaram importante papel na exclusão e manutenção do poder. Por essa razão, esse projeto arquitetônico, marcada por essa época de dominação, deve ser eliminado e, em seu lugar, os espaços comunitários devem ser ocupados, que se pode chamar de “espaço público político”. A precaução a adotar-se com esses novos espaços está na preservação do sigilo e da confidencialidade das discussões, bem como na preservação das partes diante da exposição pública. O desvio dessas regras mínimas de preservação dos interesses e dos envolvidos deturpa os valores e princípios da justiça restaurativa. A esse respeito, Gomes Pinto argumenta:

“Os núcleos de justiça restaurativa deverão atuar em íntima conexão com a rede social de assistência, com apoio dos órgãos governamentais, das empresas e das organizações não governamentais, operando em rede, para encaminhamento de vítimas e infratores para os programas indicados para as medidas acordadas no plano traçado no acordo restaurativo. É perfeitamente possível utilizar as estruturas já existentes e consideradas apropriadas, mas deve ser, preferencialmente, usados espaços comunitários neutros para os encontros restaurativos.”⁴⁴⁹

⁴⁴⁷ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 20.

⁴⁴⁸ CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 260.

⁴⁴⁹ GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 34.

Os tradicionais representantes do Estado, juiz, promotores, defensores públicos, delegados etc., são substituídos por conciliadores ou mediadores, especialmente treinados e encarregados do processo restaurativo. Pessoas selecionadas da comunidade, com conhecimento suficiente para intermediar e dirigir os trabalhos, não se exigindo graduação em curso superior, mas formação humanística para entender os problemas sociais locais e os limites do seu trabalho⁴⁵⁰. Não há impedimento para que os conciliadores ou mediadores recebam apoio de outras pessoas com formação acadêmica, nem mesmo que mantenham contato com operadores do Direito, a fim de melhor dirigir os trabalhos. A regra, todavia, é a liberdade na mediação e ausência de influência de agentes externos.

Os mediadores ou conciliadores devem ser preparados e informados da necessidade de “respetar la dignidad de las partes y actuar con respeto a ambas, proporcionar un entorno agradable y actuar de forma eficiente respetando los tiempos necesarios para las partes”⁴⁵¹. E Ramírez igualmente destaca a importância do trabalho no processo restaurativo, por pessoas capacitadas e preparadas:

“Los grupos de trabajo deben estar coordinados en la tarea cotidiana y no sólo en los grandes objetivos. Cualquiera sea el modelo que se instrumente, debe haber colaboración entre tribunales, servicios sociales, entes locales (municipales, regionales), comunidades de acogida, organizaciones no gubernamentales, etc. También debería haber mucha comunicación entre los distintos programas de JR, para transmitirse experiencia.”⁴⁵²

A necessidade de acompanhamento de advogados ou defensores públicos no processo restaurativo não é ponto pacífico, defendendo, alguns, como indispensável ao esclarecimento das partes e garantia de Direitos, enquanto outros vêem como dispensável para manutenção da informalidade. Uma posição

⁴⁵⁰ Ramírez destaca a necessidade de colocação de pessoas competentes, bem treinadas e com tipo adequado para a justiça restaurativa: “Si esa persona no tiene apropiados ideales de justicia, no está preparada para el ejercicio de estas responsabilidades en el interés público, la mejor estructura institucional puede fracasar. Sin embargo, es mejor poner a la mejor gente en la mejor estructura posible.” RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 254, abr./jun. 2005.

⁴⁵¹ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 85, nov./dez. 2004.

⁴⁵² RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 251, abr./jun. 2005.

intermediária se mostra mais razoável, ou seja, caso o mediador ou conciliador e as partes entendam necessária a intervenção, esta deve ser admitida e, caso não tenham interesse, ela deve ser dispensada.

Por outro lado, a participação de terceiros como facilitadores da discussão é aceita, podendo, nesse rol, estar familiares e outras pessoas relacionadas com a vítima e o desviante ou fato criminoso. A avaliação prévia da viabilidade do encontro coletivo deverá ser aferida pelos conciliadores, em reuniões separadas, inclusive com possibilidade de veto quanto à participação de estranhos à relação fática original. A respeito da participação dos familiares e outros acompanhantes, De Vitto, ensina:

“A prática restaurativa em si, que deve reunir essencialmente vítima e ofensor e os técnicos responsáveis pela condução dos trabalhos (normalmente denominados facilitadores), e pode incluir familiares ou pessoas próximas a estes, além de representantes da comunidade, e os advogados dos interessados, se o caso. Deve ocorrer preferencialmente em local neutro para as partes, e se desenrola, basicamente, em duas etapas: uma na qual são ouvidas as partes acerca dos fatos ocorridos, suas causas e conseqüências, e outra na qual as partes devem apresentar, discutir e acordar um plano de restauração. Ressalte-se que é fundamental assegurar aos participantes boa informação sobre as etapas do procedimento e conseqüências de suas decisões, bem como garantir sua segurança física e emocional. Nesta ocasião o papel dos facilitadores é muito importante, os quais devem ser tão discretos quanto possível, no sentido de não dominarem as ações do evento, mas conduzirem as partes no caminho de lograr, por seus próprios meios, o encontro da solução mais adequada ao caso.”⁴⁵³

Aceita a participação de outras pessoas, cabe ao conciliador, mediador ou facilitador, instruir a todos do procedimento, dando-lhes ciência de sua finalidade e limites existentes.

Todo o processo caminha para o acordo restaurativo, que uma vez alcançado deve ser encaminhado ao Poder Judiciário para manifestação do Ministério Público e advogado ou defensor público, sendo indispensável aqui sua manifestação. Após, o juiz de Direito deverá homologar o acordo restaurador e, havendo dúvidas, poderá convocar as partes, o mediador ou conciliador para

esclarecimentos em audiência, mantida a informalidade, com participação do promotor de justiça e advogado ou defensor público. O comparecimento dos operadores do Direito ao espaço político para a colheita das informações e troca de experiências, quebrando uma tradição moderna de distanciamento das autoridades com os súditos, não pode ser dispensada e é medida legitimadora do processo de cidadania.

A eliminação do Poder Judiciário como órgão fiscalizador, ante a regra constitucional da inafastabilidade da apreciação de lesão ou ameaça de lesão de Direito⁴⁵⁴, não é possível, por estar a justiça restaurativa atuando dentro do poder punitivo estatal. A atividade fiscalizadora, porém, deverá ser exercida como forma de limitação e preservação dos Direitos e garantias, para fazer respeitar os princípios e as regras da própria justiça restaurativa.

9.6. JUSTIÇA RESTAURATIVA E PODER JUDICIÁRIO

A justiça restaurativa não é desenhada para eliminar a função estatal ou, tampouco, para substituí-la. A inafastabilidade da atividade jurisdicional é princípio fundamental num Estado Democrático de Direito e somente com a coexistência as garantias contra o poder punitivo serão mantidas. Ademais, há que se considerar que o envolvimento das partes na resolução dos conflitos pode ensejar atos de totalitarismo e controle, razão pela qual o Judiciário se apresenta como indispensável. Nesse sentido, Ramírez ensina que a justiça restaurativa

“no significa sustituir el sistema estatal de justicia por uno de control social exclusivo, tan peligrosamente cercano a los totalitarismos. A los riesgos genéricos de la ‘justicia popular’, en nuestro país se suma un sociedad que si no es naturalmente discriminatoria es, al

⁴⁵³ DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. . In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 45.

⁴⁵⁴ Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

menos, fácilmente manipulable por los que manejan el mensaje estigmatizante del 'nada funciona con los jóvenes delincuentes'.⁴⁵⁵

Larrauri diz que a justiça restaurativa respeita os princípios do Estado Democrático de Direito e se apresenta como “alternativas al sistema penal tradicional”, assegurando a legalidade e as garantias das partes⁴⁵⁶.

As garantias constitucionais estão presentes na justiça restaurativa e os acordos podem ser reavaliados pelo órgão jurisdicional a pedido das partes, do Ministério Público, do advogado ou defensor público, que por sua vez poderá ouvi-las e reconduzir o processo restaurativo por meio de novos conciliadores ou mediadores. O acordo restaurativo tem por fim a pacificação dos conflitos gerados e não pode, para tanto, gerar novas discussões e ultrapassar os limites legalmente fixados. Há um campo de trabalho que as partes podem debater e avançar as respostas adequadas, todavia há uma área de proteção às partes ao qual não têm elas livre disposição.

A coexistência dos sistemas de justiça, então, é valor e princípio da justiça restaurativa, sem o qual não há Justiça. A necessidade de revisão⁴⁵⁷ da justiça penal e seu aperfeiçoamento fazem parte do Estado Democrático de Direito.

⁴⁵⁵ RAMÍREZ, Sérgio García. En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa. **Revista de ciencias penales. Inter criminis**. Cidade do México: Inacipe, n. 13, p. 244, abr./jun. 2005.

⁴⁵⁶ LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, p. 88, nov./dez. 2004.

⁴⁵⁷ Cf. Copetti Santos: “O aspecto democrático de um Estado que assim pretenda ser, pressupõe, necessariamente, um constante processo de revisão de seus aparatos normativos, visando uma permanente reconstrução dos direitos e garantias que tocam aos cidadãos, a grupos e coletividades. Isto deve coadunar-se não só a critérios científicos, mas, também e principalmente, com os problemas que afetam a sociedade”. SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. **Em busca dos Direitos perdidos**. Uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito. Revista do Instituto de hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, v. 1, n. 1, p. 35.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O positivismo jurídico representou um marco evolutivo dentro do pensamento do Direito ocidental e sua sombra até hoje é determinante para os rumos do Direito penal, base científica e legitimadora do sistema penal.

A crise do tradicional modelo de justiça não exige aprofundado estudo crítico ou científico para sua percepção e pode ser detectada pela leitura de jornais diários ou em programas televisivos.

As polícias civil e militar, braço armado do sistema, estão sujeitas, dentre todas as instituições disciplinares, ao menor controle de seus atos, encontrando equiparação somente com os agentes penitenciários. Por outro lado, a atividade jurisdicional cerca-se de formalismo estrito, num ritual incompreensível aos olhos daqueles que foram seletivamente escolhidos para submeterem-se ao poder punitivo. Ao primeiro olhar, pode-se imaginar um erro do sistema, todavia se se aprofundar nas entranhas do Estado liberal capitalista construído dentro da modernidade, sob a razão instrumental ou iluminista, observar-se-á que o funcionamento está de acordo e em total sintonia com os ideais dominadores e excludentes.

Os operadores do Direito que atuam na justiça penal tentam, furtivamente, explicar por qual razão uma pessoa de classe social desprestigiada pode ser condenada, por delitos insignificantes e aqueles que executam condutas lesivas de maior gravidade, ofendendo interesses de toda a sociedade, detentores de uma situação econômica privilegiada, não se sujeitam às mesmas agruras. A seletividade exercida *ab initio* pelas polícias civil e militar não é quebrada pela justiça penal, que a aceita pacificamente, concedendo, com fundamento na dogmática jurídica, legitimidade científica para aquela atuação repressiva. A ideologia cientificista sustenta a construção de um mito cientificista.

A sociedade reflete diretamente esse sistema marginalizante, excluindo de seu meio aqueles que foram submetidos a quaisquer das instituições disciplinares, que na pós-modernidade transmuda sua atuação de ligação dos corpos aos aparelhos de produção para isolamento e inércia. Os bolsões de miséria tornaram-se depósitos, zonas perdidas dentro do mundo globalizado consumista.

Quebrar paradigmas tão estruturados demanda mais do que tempo, exige um processo de conscientização, baseado na ética social e determinado por valores fundamentais como a dignidade da pessoa humana e o respeito absoluto aos Direitos humanos.

Essa conscientização parte da divisão de responsabilidade das decisões que afetam a coletividade, dando participação e acessibilidade efetiva aos membros dos grupos sociais nessas manifestações de poder, em uma atividade de soberania e cidadania, num processo conscientizador e questionador. Todavia, a justiça penal tradicional não tem espaço para esses novos procedimentos sociais.

Assim, um novo modelo de justiça penal se impõe.

A abolição da justiça penal estatal como forma de resolução de conflitos não se apresenta como possível, adequada ou necessária para uma vida humana mais digna, daí porque há fundada necessidade de sua reestruturação. A construção da justiça penal como repressiva e penalizadora tem de ser superada, não sendo uma contradição, em si, uma justiça penal pacificadora e não punitiva. A meta de pacificação dos conflitos e problemas sociais, como princípio de todos os modelos de justiça, tem de ser o ponto de apoio indissolúvel desse novo sistema.

Essa justiça penal somente encontrará legitimidade se respeitar a dignidade da pessoa humana e os Direitos humanos, podendo-se dizer, então, que se transforma numa justiça penal que promove a justiça social. A resolução dos conflitos, evitando-se a dominação e a eliminação das classes sociais desprestigiadas, igualando interesses e oportunizando o acesso à tutela protetiva, é imprescindível para a inclusão e não eliminação do ser humano.

Então, um modelo de justiça penal social inclusiva se impõe. Penal, por estar dentro da seara desse ramo do Direito, tendo o delito como o desencadear de sua atividade, autorizador da movimentação do sistema. Social, por sua busca incessante pela justiça social, em respeito aos valores fundamentais da dignidade da pessoa humana e Direitos humanos. Inclusiva, por não permitir à exclusão social, mas possibilitar, ao contrário, a manutenção do corpo social, por meio da inserção de seus membros.

Uma justiça penal social inclusiva como ponta do iceberg tem possibilidade reais de interferir em toda a atuação do sistema, contaminando-o por seus ideais libertários, e deixando de dar base científica para processos de seleção e marginalização.

A justiça restaurativa é uma opção viável dentro dessa linha de entendimento, pois sua estrutura rompe com o tradicional e permite o acesso de forma mais igualitária ao sistema, chamando à responsabilidade os membros do corpo social e comunitário, num espaço público político. A estrutura independente corre em paralelo com o Poder Judiciário, encontrando-se sempre que um controle mais efetivo para o respeito aos seus princípios sejam necessários. Há, através desse modelo pós-moderno, superação daquele moderno, com oportunidades distintas de respostas ou censuras para a resolução do conflito. A reinserção social é princípio a ser seguido e seu alcance se estende tanto ao desviante quanto à vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Éder Geraldo. A evolução da justiça criminal consensual. **Revista do Ministério Público do Estado do Amapá**. Macapá, n. 1, 1998.

ADEODATO, José Maurício. Modernidade e Direito. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 1, nº 4, 2001.

AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Tradução de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **Estado de exceção**. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo Editorial, 2004.

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In MELLO, Cleyson M.; FRAGA, Thelma. **Novos Direitos: os paradigmas da pós-modernidade**. Niterói, RJ: Impetus, 2004.

ALMEIDA, Maria Rosa Crucho. As relações entre vítimas e sistema de justiça criminal em Portugal. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Lisboa, fasc. 1, jan./mar. 1993.

ALTHUSSER, Louis. **Aparelhos ideológicos de Estado**. Tradução de Walter José Evangelista e Maria Laura Viveiros de Castro. 9ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2003.

ALVES, Cleber Francisco. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: o enfoque da doutrina social da Igreja**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMARAL, Cláudio do Prado. **Despenalização pela reparação dos danos – a terceira via**. São Paulo: J. H. Mizuno, 2005.

ARAQUE, Carlos Alberto Mojica. Justicia restaurativa. **Opinión jurídica**. Medellín: Universidad de Medellín, v. 4, n. 7, ene./jun. 2005.

ASSIER-ANDRIEU, Louis. **O Direito nas sociedades humanas**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. Introdução à sociologia do Direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Principios del derecho penal mínimo (para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal). **Doctrina penal**. Buenos Aires, ano 10, n. 40, p. 623-650, out./dez. 1987.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao Direito penal brasileiro**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, p. 271, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Pena pública em tempo de privatização. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade – a busca por segurança no mundo atual**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____. **Globalização: as conseqüências humanas**. Tradução de Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade e ambivalência**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

_____. **Modernidade e holocausto**. Tradução de Marcos Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

_____. **O mal-estar da pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.

BEGALLI, Paulo Antonio. Justiça e modernidade. **Revista cidadania e justiça**. Associação dos Magistrados Brasileiros. Rio de Janeiro, ano 5, n. 11, 2º sem. 2001.

BITTAR, Eduardo C. B. **O Direito na pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

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

_____. **Novas penas alternativas.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Tratado de Direito penal.** Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima.** São Paulo: Universitária de Direito Ltda, 19--.

BOBBIO, Norberto. **Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant.** Tradução de Alfredo Fait. 3ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional.** 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Carta de Brasília.** Disponível em <www.mj.gov.br/reforma/eventos/conf_internacional/carta%20de%20brasilia%2001072005.pdf>. Acesso em 22 de março de 2006.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988. Conteúdo jurídico das expressões.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

_____. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo. Eficácia de cada um dos institutos.** Leme, SP: JH Mizuno, 2006.

BRUNO, Aníbal. **Comentários ao código penal.** Vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1969.

CABRAL, Juliana. **Os tipos de perigo e a pós-modernidade.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. **Cidade de muros. Crime, segregação e cidadania em São Paulo.** Tradução de Frank de Oliveira e Henrique Monteiro. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000.

CALHAU, Lélío Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 31, jul./set. 2000.

CAMARGO, Antonio Luiz Chaves. Contradições da modernidade e Direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 16, out./dez. 1996.

CAMBI, Eduardo. **Jurisdição no processo civil: uma visão crítica**. Curitiba: Juruá, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. **O problema da pena**. Tradução de Hildomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2003.

CARVALHO FILHO, Luís Francisco. **A Prisão**. São Paulo: Publifolha, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar. **Criminologia da libertação**. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. **Pensamento criminológico**: resumo gráfico e seu reflexo institucional – da criminologia clássica à criminologia dos Direitos humanos. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHEVITARESE, Leandro Pinheiro. **As razões da pós-modernidade**. Disponível em <www.saude.inf.br/filosofia/posmodernidade.pdf>. Acesso em 23 de março de 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. A proteção à vítima no Direito processual penal alemão. **Estudos jurídicos – homenagem ao promotor Cléber José Rodrigues**. Belo Horizonte, n. 1, jan./jul. 2000.

CHRISTIE, Nils. Elementos de geografia penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 11, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

COMBESSIE, Philippe. Definindo a fronteira carcerária: estigma penal na longa sombra da prisão. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório anual 2000, informativo 54/01, caso 12.051. Disponível em <http://cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm#_ftnref11>. Acesso em 25 de outubro de 2006.

COMPARTATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

CORREA, Silvia. Condenações por roubo ignoram regime semi-aberto. **Folha de S. Paulo**, p. C 1, 01 de setembro de 2004.

COSTA, Alexandre Bernardino. A teoria do Direito na modernidade da sociedade moderna. **Notícia do Direito brasileiro, nova série**. Brasília: Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, n. 8, 2004.

COSTA, Claudia Pinheiro. **Sanção penal**. Sua gênese e tendências modernas. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues Madeira. **O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CRUZ, Paulo Márcio. **Política, poder, ideologia & Estado contemporâneo**. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2005.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. A crise da modernidade e as suas conseqüências no paradigma penal. **Boletim Ibccrim**, São Paulo, n. 98, jan. 2001.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. . In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

DORNELLES, João Ricardo. Ofensiva neoliberal, globalização da violência e controle social. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito penal**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

DYMETMAN, Annie. Modernidade, intolerância e resistência. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, out./dez. 2003.

FACHIN, Zulmar. **Teoria geral do Direito constitucional**. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. A vítima no processo penal brasileiro. In **Lá víctima en el proceso penal**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

_____. O papel da vítima no processo penal. In KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, HEITOR (Org.). **Temas de Vitimologia II**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

_____; MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. O Estado na reparação do dano à vítima de crime. **Justitia**, Procuradoria-Geral de Justiça e Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, vol. 156, out./dez. 1991.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A pena em uma sociedade democrática. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

FERRAZ, Maria Cristina Franco. Na colônia penal: uma leitura dos tristes e alegres trópicos. In PASSETTI, Edson (Org.). **Kafka-Foucault, sem medos**. São Paulo: Ateliê Editorial, 2004.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. **O Direito de antena em face do Direito ambiental no Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2000.

FONSECA, Marcio Alves da. **Michel Foucault e o Direito**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

_____. **A verdade e as formas jurídicas**. 4ª ed. Rio de Janeiro: NAU, 2003.

_____. **História da loucura**. Tradução de José Teixeira Coelho Neto. 8ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2005.

_____. **Vigiar e punir**. Nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. 28ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2004.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito penal**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FROESTAD, Jan; SHEARING, Clifford. Prática da justiça – o modelo Zwelethemba de resolução de conflitos. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

GARCIA, Olga Lucía Gaitán. Direito penal contemporâneo: da tutela penal a uma lesão à proteção de riscos. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GIORGI, Alessandro De. **A miséria governada através do sistema penal**. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. Tradução de Dante Moreira Leite. 7ª ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

GOMES, Fábio. Direito, globalização e pós-modernidade. Uma introdução. **Revista jurídica**. Porto Alegre: Notadez Informação, ano 50, nº 302, dez. 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **O Direito penal na era da globalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. A reparação dos danos e o modelo consensual brasileiro de justiça criminal. **Revista da escola paulista da magistratura**. São Paulo, n. 1, set./dez. 1996.

_____. **Norma e bem jurídico no Direito penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa.** Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A defesa da pena e sua relação com a atividade probatória. A vítima e o princípio da oportunidade. Relações entre juiz e ministério público – seus limites. **Revista brasileira de ciências criminais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 40, out./dez. 2002.

GRUPPI, Luciano. **O conceito de hegemonia em Gramsci.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 4ª ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2000.

HAJEL, Flávia Nassif Jorge. Comentários ao projeto de lei que altera o procedimento das ações possessórias. **Revista jurídica.** Universidade de Franca, Franca, n. 14, 1º sem., 2005.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna.** Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves. 15ª ed. São Paulo: Loyola, 2006.

HELLER, Agnes. **Além da justiça.** Tradução de Savannah Hartmann. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.

HERVADA, Javier. **O que é o Direito? A moderna resposta do realismo jurídico.** Tradução de Sandra Martha Dolinsky. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

HIRECHE, Gamil Föppel. **A função da pena na visão de Claus Roxin.** Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HÖFFE, Otfried. **O que é justiça?** Tradução de Peter Naumann. Porto Alegre: Edipucrs, 2003.

HUDSON, Bárbara A. Direitos humanos e "novo constitucionalismo": princípios de justiça para sociedades divididas. Tradução de Eliezer Gomes da Silva. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HULSMAN, Louk. Alternativas à justiça criminal. In PASSETTI, Edson. **Curso livre de abolicionismo penal**. Tradução de Maria Lúcia Karan. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

HUMAN RIGHTS WATCH. **O Brasil atrás das grades**. Relatório da Human Rights Watch. Disponível em <www.hrw.org/portuguese/reports/presos/resumo.htm>. Acesso em 25 de março de 2005.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao código penal**. Vol. I. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

_____. **Comentários ao código penal**. Vol. VII. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JESUS, Damásio E. **Direito penal**. 1º vol. 26ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

JOHNSTON, Les. Modernidade-tardia, governo e policiamento. In BRODEUR, Jean-Paul (Org.). **Como reconhecer um bom policiamento. Problemas e temas**. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2002.

KAFKA, Franz. **Carta ao pai**. Tradução de Marcelo Backes. Porto Alegre: L&PM Editores, 2004.

_____. **Na colônia penal**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Companhia das Letras, 2004.

_____. **O processo**. Tradução de Modesto Carone. São Paulo: Publifolha, 2003.

KARAN, Maria Lúcia. O processo de democratização do Estado e o Poder Judiciário. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 51, nov./dez. 2004.

LUDWIG, Celso. **A alternatividade jurídica na perspectiva da libertação: uma leitura a partir da filosofia de Enrique Dussel**. Curitiba: 1993, UFPR, Dissertação (Mestrado em Direito).

LYOTARD, Jean-François. **A condição pós-moderna**. Tradução de Ricardo Côrrea Barbosa. 6ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000.

LYRA FILHO, Roberto. **O que é Direito**. 17ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1995.

MACHADO, Bruno Amaral. Direito da vítima na Lei nº 9.099/95. **Revista dos juizados especiais**. Brasília, n. II, mar./ago. 1997.

MADLENER, Kurt. Compensação, restituição, sanção pecuniária e outras vias e meios de reparar o dano às vítimas do crime através dos tribunais. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 10, abr./jun. 1995.

MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito penal: parte geral**. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. **Direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 1998.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. **Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários**. São Paulo: Ibccrim, 2005.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1975.

NALINI, José Renato. Pós-modernidade e a profissão de juiz. **Justiça & democracia**. Associação de juízes para a democracia. São Paulo: Ateliê Editorial, n. 3, 1997.

NASSIF, Luís. Um clássico da Justiça. **Folha de S. Paulo**, p. B 2, 02 de abril de 2004.

NEPOMOCENO, Alessandro. **Além da lei - a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito penal**. Vol. 1. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OLIVEIRA, Edmundo. **O futuro alternativo das prisões**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OTTOBONI, Mário. **Ninguém é irrecuperável**. 2ª ed. São Paulo: Cidade Nova, 2001.

_____. **Seja solução, não vítima!** Justiça restaurativa, uma abordagem inovadora. São Paulo: Cidade Nova, 2004.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. Micro-justiça. Desigualdade e cidadania democrática – a construção da sociedade civil através da justiça restaurativa no Brasil. In SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.). **Justiça restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PARDO, David Wilson de Abreu. Caminhos do constitucionalismo no ocidente: modernidade, pós-modernidade e novos conceitos. In DOBROWOLSKI, Silvio (Org.). **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis, SC: Diploma Legal, 2000.

PASSETTI, Edson. A atualidade do abolicionismo penal. In PASSETTI, Edson (coord.) **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. Abolicionismo penal: um saber interessado. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Kafka e a sociedade punitiva. In PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da [Org.]. **Conversações abolicionistas**. Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: Ibccrim, 1997.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. **A teoria geral do Direito e o marxismo**. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PEREIRA, Cláudio José. **Princípio da oportunidade e justiça penal negociada**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e constituição**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PUIG, Santiago Mir. Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva. **Anuario de Derecho penal y ciencias penales**. Madri: Instituto Nacional de Estudios Juridicos, Tomo XXXIX, fasc. I, p. 49-58, ene./abr. 1986.

QUEIROZ, Paulo. A dimensão (des)humana do Direito penal. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 47, mar./abr. 2004.

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

RIBEIRO, João. **O que é positivismo**. São Paulo: Brasiliense, 2001.

ROSENTHAL, Sérgio. **A punibilidade e sua extinção pela reparação do dano**. São Paulo: Dialética, 2005.

ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de Direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz et al. 3ª ed. Lisboa: Veja, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e estrutura social**. Tradução de Gizlene Neder. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. **Boletim Ibccrim**. São Paulo, n. 83, out.1999.

SALDANHA, Ana Maria Pires. Vítima, uma personagem esquecida. **Revista ibero-americana de ciências penais**. Porto Alegre, n. 3, maio/ago. 2001.

SAMPAIO, Plínio de Arruda. O 'kit massacre'. **Folha de S. Paulo**, p. A 6, 23 de fevereiro de 2005.

SANTANA, Selma Pereira. O 'redescobrimto' da vítima: uma esperança. **Boletim Ibccrim**. São Paulo, n. 142, set. 2004.

SANTOS, André Leonardo Copetti. Da intervenção mínima à intervenção minimamente necessária para a realização do Estado Democrático de Direito nos países de modernidade tardia. **Em busca dos Direitos Perdidos. Uma discussão à luz do Estado Democrático de Direito**. Revista do instituto de hermenêutica jurídica. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, v. 1, n. 1.

SANTOS, Boaventura de Souza. As tensões da modernidade. **Revista cidadania e justiça**. Associação dos magistrados brasileiros, Rio de Janeiro, ano 5, n. 10, 1º sem. 2001.

SANTOS, Juarez Cirino. Anatomia de uma criminologia crítica. In BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do Direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 12, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos fundamentais**. 5ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

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

SCURO NETO, Pedro. **Manual de sociologia geral e jurídica**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____; PEREIRA, Renato Tardelli. **A Justiça como fator de transformação de conflitos: princípios e implementação**. Disponível em <www.restorativejustice.org/resources/docs/scuro2/download>. Acesso em 23 de março de 2006.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SILVA, Eliezer Gomes da. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para um conceito material de crime - uma proposta de superação da teoria do bem jurídico-penal. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho (ed.). **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. Sistema Penal, controle social e direitos fundamentais - reflexões sobre as penas e medidas processual-penais alternativas. **Revista Crítica Jurídica**. Unibrasil, Curitiba, nº 24, jan./dez. 2005.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito constitucional positivo**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

SILVA, Mozart Linhares de. Michel Foucault e a genealogia da exclusão/inclusão: o caso da prisão na modernidade. **Revista de estudos criminais**. Porto Alegre: Notadez Informação, ano V, nº 17, jan./mar. 2005.

SIQUEIRA, Holgonsi Soares G. **A pós-modernidade: consequência da revolução gnóstica e igualitária**. Disponível em <www.angelfire.com/id/Viotti/PosModern.html#Parte%20V%20-%20A%20Pós-modernidade>. Acesso em 22 de março de 2006.

SOARES, Maria Susana Arrosa. (Re)pensando a modernidade latino americana. A modernidade. **Cadernos de sociologia**. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, v. 5, n. 5, 1993.

SOLARES, Verónica Martínez. **Víctimas y justicia penal**. Disponível em <www.bibliojuridica.org/libros/1/479/20.pdf>. Acesso em 25 de abril de 2006.

SOTTOMAYOR, Armênio. A voz da vítima. In DIAS, Jorge de Figueiredo; BARRETO, Irineu Cabral; BELEZA, Tereza Pizarro; FERREIRA, Eduardo Paz (Org.). **Estudos em homenagem a Cunha Rodrigues**. Coimbra, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. Violência, criminalidade, segurança pública e a modernidade tardia no Brasil. In SANTOS, José Vicente Tavares dos (Org.). **Violência em tempo de globalização**. São Paulo: Hucitec, 1999.

SOUZA, Eneida Maria de (Org.). **Modernidades tardias**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

TORRENS, Laertes de Macedo. Ao lado das vítimas. **Revista de ciências criminais**. São Paulo, n. 14, abr./jun. 1996.

THOMPSON, Augusto. **A questão penitenciária**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Sistema prisional. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WACQUANT, Loïc. A ascensão do Estado penal nos EUA. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 11, Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

_____. O curioso eclipse da etnografia prisional na era do encarceramento de massa. **Discursos sediciosos. Crime, Direito e sociedade**. N. 13, Rio de Janeiro: Revan, 2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

_____. Canibalismo y bulimia: patrones de control social en la modernidad tardía. **Revista de ciencias sociales delito y sociedad**. Nº 15/16, vol. 10, 2001, Buenos Aires.

_____. Escribiendo en la cúspide del cambio: una nueva criminología para una modernidade tardía. **Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal**. Vol. 7, fasc. 13, p. 75-114, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

_____; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito penal brasileiro: parte geral.** 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.