



UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
CAMPUS DE JACAREZINHO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

MATHEUS GOMES CAMACHO

**PERSISTÊNCIA DO PARADIGMA PUNITIVO E
ALTERNATIVAS DE SUPERAÇÃO**

JACAREZINHO/PR
2017

MATHEUS GOMES CAMACHO

**PERSISTÊNCIA DO PARADIGMA PUNITIVO E
ALTERNATIVAS DE SUPERAÇÃO**

Dissertação apresentada para Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, na linha Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Dr. Eliezer Gomes da Silva

**JACAREZINHO/PR
2017**

Camacho, Matheus Gomes

C172p Persistência do paradigma punitivo e alternativas de superação / Matheus Gomes Camacho. - Jacarezinho, 2017.

213 f.

Orientador: Eliezer Gomes da Silva. Dissertação (mestrado) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, 2017.

1. Teorias da pena. 2. Democracia. 3. Ética da libertação. 4. Justiça restaurativa. 5. Direito Penal. I. Silva, Eliezer Gomes da, orient. II. Título.

MATHEUS GOMES CAMACHO

**PERSISTÊNCIA DO PARADIGMA PUNITIVO E
ALTERNATIVAS DE SUPERAÇÃO**

Dissertação apresentada para Programa de Mestrado em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão, na linha Função Política do Direito), do Centro de Ciências Sociais Aplicadas da UENP, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Ciência Jurídica.

BANCA EXAMINADORA

PROF. DR. ELIEZER GOMES DA SILVA - ORIENTADOR
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – CCSA

PROF. DR. CELSO LUIZ LUDWIG
UNIVERSIDADE FEDERAL DO NORTE DO PARANÁ - UFPR

PROF. DR. LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK
UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ – CCSA

JACAREZINHO, 18 DE AGOSTO DE 2017.

Dedico este trabalho à minha mãe, minha pachamama, mulher guerreira, que sempre dedicou sua vida em prol da minha e de meus irmãos. Agora chegada a hora de tentar retribuir tamanho esforço. Você é o princípio-Vida da minha história.

AGRADECIMENTOS

É chegada a hora dos agradecimentos. E como este trabalho fala de dar vazão aos sentimentos, é o momento para que eu também possa me mostrar grato por tudo o que vivi no Mestrado e por tudo que o ano de 2015 representou em minha vida.

Primeiramente agradeço a Deus, o arquiteto do mundo. Seu fôlego de vida em mim me foi sustento e me deu coragem para questionar realidades e propor sempre um novo mundo de possibilidades.

Aos meus pais, André e Jaqueline, por sua capacidade de acreditar e investir em mim. Mãe, seu cuidado e dedicação foram que deram, em alguns momentos, a esperança para seguir e certeza de que não estou sozinho nessa caminhada. A meus irmãos, Felipe e Manuela, por toda a convivência e aprendizado que fizeram com que eu tenha me tornado a pessoa que sou hoje e não há nada no mundo que eu não faria por vocês.

À Priscila, minha namorada, pessoa com quem quero partilhar a vida. Obrigado pelo carinho, a paciência e por sua capacidade de me trazer paz na correria de cada semestre, pelo apoio e pelo incentivo que sempre me deu. Você é uma pessoa maravilhosa, que inspira tudo o que há de melhor em mim.

Ao programa de pós-graduação da Universidade da Estadual do Norte do Paraná – UENP, por terem acreditado e depositado em mim tamanha confiança. Serei eternamente grato pela oportunidade. Agradeço também à Maria Natalina, pela imensa dedicação a este programa, desde sua gênese, e que, com certeza, auxiliou para atingir os níveis de qualidade possui.

Aos Professores Doutor Fernando de Brito Alves, Doutor Eduardo Cambi e Doutor Gilberto Giacoia, por todo incentivo e inspiração que me passaram, dando apoio quando preciso. Tenho certeza que jamais teria chegado aqui sem o estímulo de vocês. Ao professor Doutor Eliezer Gomes da Silva, com quem partilhei o que era o broto daquilo que veio a ser esse trabalho e pessoa que acreditou em meu potencial.

À melhor turma que eu poderia ter desejado estudar na vida, turma XII, que fez única cada semana de aula e cada palavra escrita desse trabalho valer a pena. Vocês foram pessoas imensamente especiais e eu sou muito grato ao universo por tê-los em minha vida.

Ao melhor grupo de que eu poderia ter feito parte: “Os Canalhas”. Laerty, Rodrigo, Bruno, João Éder, Guilherme e Gabriela: vocês não fazem ideia de quão especiais foram em minha vida, de quanto me fizeram felizes e eu os agradeço demais por tudo. A saudade aperta

meu peito nessas horas e é triste pensar que a convivência diária tenha chegado ao fim. Vocês têm um lugar especial guardado em meu coração e espero que a vida os faça tão felizes quanto eu sou por ter conhecido e convivido com vocês. Tudo o que vivemos está gravado em meu peito e estará para sempre guardado em minha memória.

Luna, Amanda, Samyle, Felipe Ambrósio e Felipe Ferreira: como o Mestrado foi mais leve com a companhia de vocês! Obrigado, Luna, não só pela amizade sincera, mas pela companhia diária a Jacarezinho, que fazia a rotina maçante se tornar tão mais fácil. Amanda, sua alegria e energia sempre irradiavam no ambiente e era impossível não rir ou não se alegrar ao seu lado. Ambrósio, amigo com quem possuo uma sintonia muito grande, além de grande estima e grande respeito pelo homem que você é. Felipe Ferreira, sempre espontâneo, sincero e divertido, disposto a deixar a vida de todos algo mais leve. São amigos que quero ter sempre comigo.

Renê, você, apesar de não ter integrado nossa sala, é alguém que tenho prazer de chamar de amigo: te admiro demais pelo seu potencial, por sua dedicação e por sua inteligência.

Guilherme Fonseca de Oliveira, Fom: você merece uma dedicação especial. Você foi um irmão que a vida me deu. Sua amizade é, com certeza, o maior bem que o mestrado poderia ter me dado e, só ela, faria tudo o que vivi em 2015 valer a pena. Nossas conversas, acadêmicas ou não, fazem falta no meu cotidiano, mas eu sei que a irmandade persiste. Eu te admiro demais, não só pelo amigo-irmão que você é, mas pela sua sinceridade, por sua capacidade de ser autêntico, por sua dedicação e por sua inteligência. Conte sempre comigo, meu irmão.

Aos meus amigos do grupo “Foro de São Paulo”. Marana, pessoa com quem tenho grande prazer de conversar, obrigado pela paciência e pelo apoio. Você é uma das pessoas que mais admiro pela inteligência e integridade. Isis, obrigado pela amizade, alegria, espontaneidade e pelos segredos partilhados. Vocês são muito especiais em minha vida.

Aos meus alunos das Faculdades Integradas de Ourinhos, notadamente duas salas que me marcaram muito: 4º A e 4º B, de 2016. Podem ter certeza que vocês, todos os dias, me inspiraram a ser alguém melhor e me trazer a convicção de que lecionar é a coisa que mais me deixa realizado. Vocês são alunos muito especiais e que guardarei para sempre em minha memória e em meu coração.

Por fim, Daniel Mariani, Kelita Pedroso, Rafael Pagani, Leticia Akemi, Paula Romão e Fernando Fatel, Gabriela Peixoto, Heitor Camacho, amigos que vivenciei e fortaleci já em 2017, mas que tenho certeza que serão para a vida toda. Muito obrigado por tudo e por

conseguirem produzir e reproduzir alegria e diversão em todos os meus dias. Nossas conversas diárias e encontros aos finais de semana com certeza trouxeram mais felicidade em minha vida. Rafael, Daniel e Kelita, a amizade de vocês fez meu ano de 2017 valer muito a pena.

Às Faculdades Integradas de Ourinhos, pela confiança em mim depositada, notadamente ao Adriano Aranão, pela oportunidade, e aos professores hermeneutas Elisangela Padilha, Luiz Fernando Kazmierczak, Daniela Batista, André Mello e Vinícius Rodrigues pela receptividade, amizade, cumplicidade que sempre demonstraram por mim, desde quando ingressei no corpo docente da instituição.

À Doutora Mercia Miranda Vasconcellos Cunha, pelo esforço em se fazer presente na banca de qualificação, por todo esclarecimento e incentivo dados tanto durante quanto após a avaliação. Sou muito grato por toda ajuda.

Cê quer saber? Então, vou te falar
Porque as pessoas sadias adoecem
 Bem alimentadas ou não
 Porque perecem?
Tudo está guardado na mente!
O que você quer nem sempre
Condiz com o que o outro sente
 Eu tô falando é de atenção
 Que dá colo ao coração
 e faz marmanjo chorar
 Se faltar
 Um simples sorriso
 Ou às vezes um olhar
E que se vem da pessoa errada
 Não conta
 A amizade é importante
Mas o amor escancara a tampa
 E o que te faz feliz
 Também provoca a dor
 [...]
E aliás, cá pra nós, até o mais desandado
Dá um tempo na função quando percebe que é amado
 E as pessoas se olham e não se falam
 Se esbarram na rua e se maltratam
Usam a desculpa de que nem cristo agradou
 [...]
As pessoas não são más
 Elas só estão perdidas
 Ainda há tempo

(Criolo – Ainda há tempo)

A aprovação do presente trabalho não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora, ou da Universidade Estadual do Norte do Paraná à ideologia que o fundamenta ou que nele é exposta.

CAMACHO, Matheus Gomes. **Persistência do paradigma punitivo e alternativas de superação**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2017.

RESUMO

A atual conjuntura aponta para a existência de um paradigma punitivo, em que a pena privativa de liberdade mostra-se como a principal comunicação das condutas desaprovadas. Entretanto, a escolha do que merece maior ou menor reprimenda não é feita conforme a gravidade ou as consequências do delito, mas sim em consonância com a ideologia de uma sociedade machista, classista e racista, com vistas a manutenção do status quo, excluindo e sufocando determinadas pessoas que não tem sua vida afirmada pelo sistema. As políticas de segurança pública baseada nesse paradigma têm-se mostrado insuficiente para controle da criminalidade e, em razão disso, é chegada a hora de buscar um novo olhar para este problema, que se dará sob a perspectiva do paradigma restaurativo. Nesse passo, surge como problema de pesquisa: quais os canais de comunicação do atual sistema penal? Como é possível alterá-lo, de modo a afirmar a vida de um maior número de pessoas excluídas do sistema? A hipótese de pesquisa aponta a aplicação da pena como o canal de comunicação entre Estado e sociedade e esta alteração dar-se-á por dentro de bases democráticas, em que seja, dentro do possível, haja alterações em prol da afirmação da vida de todos cidadãos envolvidos do diálogo democrático. Assim, o objetivo deste trabalho é apresentar a justiça restaurativa como uma utopia factível para transformação do atual sistema penal, dando voz e afirmando a vida dos indivíduos encobertos pelo sistema. Para tanto, adota-se o método crítico-dialético, consistente na revisão bibliográfica de obras de Criminologia, Direito Penal, Processual Penal, Filosofia e Sociologia, tendo como marco teórico Eugênio Raúl Zaffaroni, para a crítica da pena, Enrique Dussel, para a Ética da Libertação, e Leonardo Sica, para a justiça restaurativa. Como conclusão à presente pesquisa, tem-se que a justiça restaurativa, aliada a outras estratégias (como descriminalização, desmilitarização das polícias, conselhos de segurança pública redução de danos) é um mecanismo eficaz para alterar a forma como a justiça penal é vista hoje, apresentando um diálogo entre ofensor, ofendido e sociedade, como forma de atender às necessidades de todos os envolvidos, restaurando os laços rompidos pelo cometimento do delito.

Palavras-chave: Democracia. Justiça restaurativa. Teorias da pena.

CAMACHO, Matheus Gomes. **Persistence of punitive paradigm and overcoming alternatives**. Dissertation (Master Degree in Law) – Northern Parana State University, Jacarezinho, 2017.

ABSTRACT

The contemporary scenario shows a punitive paradigm, in which the prison sentence represents the major response for criminally reproachable conducts. The choice of what deserves a major or minor punishment does not always coincide with the severity (nor with the consequences) of the crime, but is more often in consonance with the ideology of a male, chauvinist, classist, and racist society, which leads to the maintenance of the status quo, with the exclusion of certain individuals, who are not supported by the system. The public security policies, based on this paradigm, has shown to be insufficient to control criminality. For this reason, it is time for a new vision of the social control, eventually based on the restorative paradigm. All this leads to our main research questions: What are the communication channels of the current penal system? How is it possible to change it, to reinclude a massive number of people traditionally excluded from the system? The dissertation presents – as a hypothesis – the conceptual reorientation of the penalties as a communication channel between the state and the society, under democratic, dialogic, nonexclusive basis. The goal of this study is to present the restorative justice as a feasible utopia to surpass the current penal system, giving the offenders (and victims) chances to be effectively heard, to be reincluded. The main theoretical framework for this discussion is a tentative application of Enrique Dussel's ethics of liberation in the light of the critical literature on criminal law (Zaffaroni, for instance), and recent developments on restorative justice (Leonardo Sica, for instance). It is argued that the restorative justice framework, combined with political strategies such as decriminalization, demilitarization, society engagement and damage reduction can be efficient mechanisms to change the traditional criminal justice paradigm, to be built in a more dialogic basis.

Key words: Democracy. Penalty Theories. Restorative Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 POR QUE E PARA QUEM PUNIR?	17
1.1 Objetivos declarados ou manifestos: teorias jusfilosóficas sobre os fins da pena.....	23
1.1.1 Teoria retributiva-----	24
1.1.2 Teorias preventivas -----	28
1.1.2.1 Teorias preventivas especiais -----	35
1.1.2.2 Teorias preventivas gerais da pena: justificação histórica e filosófica -----	42
1.2 Objetivos reais ou latentes da punição: abordagens sociopolíticas	44
1.2.1 A seletividade na aplicação da lei penal -----	46
1.2.2 A prisionização reprodutora -----	55
2 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA PENAL.....	60
2.1 Retração e expansionismo penal: as vicissitudes e contradições das políticas criminais contemporâneas	73
2.2 Fundamento político da jurisconstrução: a democracia como forma de afirmação dos direitos humanos e superação do paradigma punitivo.....	88
2.3 Responsabilidade na alteridade e participação ativa dos sujeitos no conflito: uma perspectiva dusseliana	93
2.4 Bases para transformação do sistema penal	118
2.4.1 Descriminalização-----	118
2.4.2 Desmilitarização das polícias militares e conselhos de segurança pública -----	123
2.4.3 Redução de danos -----	129
3 UM NOVO PARADIGMA? OS HORIZONTES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA .	133
3.1 A Justiça Restaurativa	139
3.1.1 Conceito e características -----	146
3.1.2 Mediação -----	158
3.1.2.1 Requisitos e fases da mediação -----	160
3.2 Modelos institucionais de justiça restaurativa implantados -----	163
3.2.1 Programa de conciliação vítima-ofensor (VORP), conferências familiares (FGC) e os círculos de sentença-----	164
3.2.2 Experiências e projetos implementados na América do Sul: possibilidades em países periféricos -----	166
3.2.3 Experiências e projetos aplicados no Brasil -----	168
3.2.3.1 Justiça restaurativa e a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95)-----	175
3.3 Críticas e obstáculos à implantação da justiça restaurativa-----	177
3.3.1 A vergonha reintegradora (reintegrative shaming) -----	177
3.3.2 Justiça restaurativa em caso de crimes sexuais -----	178
3.3.3 O princípio da legalidade: é possível a conciliação?-----	181
3.3.4 Reincidência -----	185
CONCLUSÃO	188
REFERÊNCIAS.....	193

INTRODUÇÃO

Desde a superação dos suplícios, como Michel Foucault apresentara em “Vigiar e Punir”, a pena privativa de liberdade tornou-se o principal meio de comunicação entre o Estado e a comunidade, dentro do Direito Penal, como forma de demonstrar quais atos humanos são juridicamente indesejadas e seu grau de reprovabilidade: criam-se tipos penais para dizer quais as condutas censuradas ou aumentam-se penas para dizer quais seriam as mais gravosas. Com intuito de justificar a ordem então posta, formularam-se teorias para tentar legitimar o atual sistema, dentre as quais destacam-se as teorias retributivas e as preventivas. Em linhas gerais, os defensores do retributivismo defendem a aplicação da pena em retribuição a um mal causado pelo crime, desvinculada de qualquer outro efeito social; ao passo que os prevencionistas buscam a proteção do corpo social, para que aquele e os demais sujeitos não voltem a incorrer no mesmo equívoco.

É inegável a evolução que as penas privativas de liberdade corresponderam, quando de sua adoção como principal resposta penal, evitando execuções em praça pública. Entretanto, elas vêm apresentando suas deficiências, com a seletividade que atua o sistema e o fator criminógeno da pena (em que os condenados dessocializam-se, transformando as prisões em escolas do crime). Além disso, evidencia-se que a seleção das condutas a serem criminalizadas não é realizada conforme a gravidade da conduta para o corpo social ou a relevância do bem jurídico lesado: sua escolha dos tipos e a definição das penas é feita de acordo com o grau de interferência da conduta nos interesses das classes dominantes, como forma de manutenção do *status quo*.

Aliados a isso, convive-se com uma democracia de baixa densidade, repleta de problemas estruturais que obstam a concretização dos direitos e garantias dos cidadãos das não-elites, reforça o estigma destes cidadãos de marginalizados e sub-humanos, postulando pela aplicação de um direito penal concentrado no castigo. Tem-se um direito penal em crise de legitimidade (assim como todo o sistema), que o torna um grande obstáculo para o avanço da democracia brasileira, em seu aspecto material, pois, na seara das políticas de segurança pública, a democracia e os direitos humanos são desafiados diuturnamente, com a reprodução e incitação de práticas violentas, mas que, paradoxalmente, encontra-se paralisado, quanto aos resultados que pretendia obter.

O paradigma retributivo tem apresentado suas inconsistências para lidar com a criminalidade da sociedade contemporânea e as políticas de recrudescimento do direito penal e das políticas de segurança pública têm se mostrado insuficientes para solução dos “quebra-cabeças” do sistema penal. Constata-se, então, que incremento nas penas ou atuação mais repressiva das polícias não são a solução: é chegada a hora buscar por um novo paradigma que inclua e possibilite a reprodução da vida de todos os seres vivos, notadamente daqueles silenciados pelo sistema e público-alvo do direito penal.

É hora de romper com os insidiosos argumentos que pregam a utilização massiva do direito penal e construir um novo modelo de solução de conflitos penais, baseado na alteridade e na democracia, onde haja maior participação de uma coletividade solidária e desejosa por mudança e por paz, construída por intermédio da capacidade de diálogo. O paradigma restaurativo surge, então, como forma de dismantelar a irracionalidade que retroalimenta a insegurança e o exagero punitivo.

A pesquisa justifica-se na necessidade de estudo de alternativas existentes para a superação do paradigma punitivo e que objetive a participação do cidadão na jurisconstrução, notadamente do direito penal. O tema é relevante em razão da situação atual do expansionismo penal ante a ineficácia dissuasória da pena privativa de liberdade e, principalmente por sua não ressocialização do indivíduo. É necessário buscar a democratização, também, do Direito Penal, rompendo com o ranço do autoritarismo, característico da conjuntura sob a qual fora concebido, e resistindo às tentações de governar pelo crime, e trazendo a celeuma a ser dirimida com auxílio dos atores sociais.

Nesse passo, surge o problema de pesquisa: quais os canais de comunicação do atual sistema penal? Como é possível alterá-lo, de modo a afirmar a vida de um maior número de pessoas excluídas do sistema? A hipótese de pesquisa aponta a aplicação da pena como o canal de comunicação entre Estado e sociedade e esta alteração dar-se-á por dentro de bases democráticas, em que seja, dentro do possível, haja alterações em prol da afirmação da vida de todos cidadãos envolvidos do diálogo democrático

Para lançar as bases desta sociedade solidária e responsável, ter-se-á como ponto de partida a filosofia proposta por Enrique Dussel, em “Ética da Libertação”. Como o sistema dusseliano enseja uma constante análise da ordem vigente, para desvelar o Outro excluído do processo e do sistema – muitas vezes objetificado – como forma de descortinar sua realidade. A escolha de Dussel se justifica na necessidade de transformação e superação do paradigma

vigente, em prol da construção democrática de um sistema factível em que seja possível a reprodução da vida de todos os cidadãos, encobertos pelo sistema e que são palco (ou atores) das trincheiras existentes nas periferias.

É com base nessa filosofia que o presente trabalho foi estruturado: o primeiro capítulo inicia-se com a apresentação do sistema penal posto e passa para uma análise crítica desta ordem que não permite a produção, reprodução e manutenção da vida humana. Como o sistema penal se comunica com a sociedade, principalmente, por intermédio da pena, torna-se imprescindível a análise das teorias jusfilosóficas que intentar legitimar a ordem vigente, para, em seguida, apresentar os motivos obscuros do sistema e, por fim, apresentar suas incoerências e inconsistências, que motivam a insuficiência do atual paradigma retributivo para lidar os quebra-cabeças.

Em seguida, o segundo capítulo traz uma crítica ao atual sistema e, em seguida, apresenta o aporte ético-crítico para analisar e buscar alternativas factíveis para o paradigma punitivo, com lastro na democracia, direitos humanos e na Ética da libertação, que servirão como norte não só para a crítica do sistema atual, que é seletivo e excludente, mas também para auxiliar na busca, dentro das alternativas existentes, de uma *utopia possível*. Por fim, o terceiro capítulo aponta a Justiça Restaurativa como baluarte para a construção de um novo paradigma para o sistema penal. Apesar de suas limitações, dentro do atual sistema, ela tem o intuito de tornar as pessoas menos punitivas e mais responsáveis, na medida em que possibilita a compreensão do fenômeno do crime como um todo – causas que o antecederam e as consequências posteriores.

A construção de um sistema penal baseado na Ética da Libertação, proposta por Enrique Dussel, contribui, então, para a criação um sistema onde o Outro fosse compreendido em sua alteridade – tanto a vítima como o autor do delito – e, assim, conhecendo as razões e consequências do delito, desvelando, a todo momento, a realidade de vida da outra parte. Só assim ter-se-á a afirmação do “princípio-Vida” defendido por Dussel – e que deve ser protegido pela política, através do “princípio-Democracia”, pois o aquele não se efetiva sem a mediação da razão político-discursiva, buscando transformações factíveis para afirmar a vida do Outro.

Deste modo, a aplicação efetiva do princípio consiste em sintetizar o conteúdo (com pretensão de verdade prática) em uma norma (ou máxima) que possa ser julgada como boa em sentido ético, concreto, construída democraticamente, com a participação social na dicção do direito e na solução os conflitos que surgirem – e descortinar, com isto, as reais vítimas do

sistema vigente. É preciso buscar uma nova ordem que proporcione vantagens reais e duráveis à sociedade. A solidariedade humana deve ser construída a partir da capacidade de encarar as demais pessoas humanas, como camaradas sofredores.

Ter-se-á como objetivo o estudo crítico das alternativas existentes de superação do atual paradigma punitivo, bem como no ideal de justiça penal eminentemente retributiva – sem se ater à necessidade dissuasória da pena, buscando por aqueles mecanismos que possibilitem a transformação deste sistema, tendo como fundamento a alteridade, respeito aos Direitos Humanos e dignidade da pessoa humana e a democracia, para que se possa olhar para o delito sob as lentes de uma criminologia pacificadora.

Com intuito de lançar novas bases ao sistema penal, estruturadas a partir da democracia e do sistema ético dusseliano, mostra-se imprescindível a análise das estratégias que devem ser desenvolvidas, junto com a justiça restaurativa, para auxiliar na caminhada pela transformação do atual sistema, almejando uma política de pacificação e que consiga dissuadir a prática de delitos e construir um Direito Penal eminentemente democrático, em que a sociedade, a vítima e o autor não sejam considerados meros espectadores ou instrumentos do *jus puniendi* estatal.

Deste modo, o trabalho que será desenvolvido coaduna-se perfeitamente com o objetivo deste programa de Mestrado – teorias da Justiça e exclusão social – ao passo que se busca uma nova forma de se ver a justiça penal, bem como mecanismos que menos estigmatizem aqueles que infringem as normas penais. Ademais, busca uma transformação do sistema, com novas práticas, consolidando a importância da função política do direito penal, como forma de auxiliar na concretização de um projeto democrático e humanização no exercício do *jus puniendi*, com respeito aos direitos humanos dos cidadãos.

Adotar-se-á o método crítico-dialético, partindo de uma revisão bibliográfica sobre o tema, com intuito de fornecer parâmetros teóricos para as questões aventadas. As referências passarão por seleção de obras de Direito Penal e Processual, Sociologia, Filosofia, Direito Constitucional e Criminologia, tendo como marco teórico Eugênio Raul Zaffaroni, para a crítica do sistema penal, Enrique Dussel, na base filosófica, e Leonardo Sica, para justiça restaurativa. Buscar-se-á, outrossim, a consulta a artigos científicos, base de dados e demais fontes eletrônicas disponíveis na Internet.

1 POR QUE E PARA QUEM PUNIR?

O vocábulo “pena” deriva do grego, “ponos”, que significa dor. Deste modo, sua gênese está intimamente ligada à imposição de um castigo ao desviante, para causar-lhe sofrimento. Esse castigo tem sua justificativa apresentada por inúmeras teorias que pretendem atribuir cientificidade aos fins da pena, como as teorias retributivas e preventivas e seus consectários.

Sigmund Freud (1974, p. 40) assevera que os primeiros sistemas penais humanos podem ser remetidos às transgressões dos totens¹ e dos tabus², ligados à violação de algo sagrado ou ao contato com algo impuro. A violação transformava o próprio transgressor em tabu, sendo imprescindível sua submissão a atos de expiação e purificação. Deste modo, a qualquer transgressão aos totens ou tabus emergia um sentimento de aversão ao mal provocado pelo infrator, que se materializava pela vingança exercida por sua comunidade, com intuito de purificar a sociedade, mas sem qualquer finalidade atrelada à prevenção de novas violações.

A pena surge como forma de retribuir o mal causado pelo crime com outro mal, acreditando ser esta a forma mais eficaz de restaurar a justiça e intimidar os cidadãos a não transgredirem a norma (BATISTA, 2007, p.112). Em sua origem, a pena tinha função eminentemente reparatória, pois pretendia expiar, frente à divindade, os crimes cometidos – além de restaurar a integridade coletiva diante dos deuses (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p.25), ou seja, a expulsão do clã, por exemplo, visava a garantir a ordem social, vez que a violação da norma colocava todos os integrantes daquela comunidade em perigo.

Durante o período da vingança privada, para parcela da doutrina, não havia nenhum mecanismo de controlar os excessos e arbitrariedades dos particulares. Era a prevalência da lei do mais forte, a ser executada pelo próprio ofendido. Todavia, este posicionamento não é unívoco, pois, como ressaltam Sérgio Salomão Shecaira e Alceu Correa Júnior (2002, p. 24), as formas mais primitivas de punição do homem primitivo revelam reações coletivas, não vinganças pessoais. Estas reações primitivas consubstanciavam-se na perda da paz, que gerava

¹ “O que é um totem? Via de regra é um animal (comível e inofensivo, ou perigoso e temido) e mais raramente um vegetal ou um fenômeno natural (como a chuva ou a água), que mantém relação peculiar com todo o clã. Em primeiro lugar, o totem é o antepassado comum do clã; ao mesmo tempo, é o seu espírito guardião e auxiliar, que lhe envia oráculos, e embora perigoso para os outros, reconhece e poupa os seus próprios filhos. Em compensação, os integrantes do clã estão na obrigação sagrada (sujeita a sanções automáticas) de não matar nem destruir seu totem e evitar comer sua carne”. (FREUD, 1974, p.2)

² “O significado de ‘tabu’, como vemos, diverge em dois sentidos contrários. Para nós significa, por um lado, ‘sagrado’, ‘consagrado’, e, por outro, ‘misterioso’, ‘perigoso’, ‘proibido’, ‘impuro’” (FREUD, 1974, p.38).

a expulsão do membro que ofendera pessoa pertencente ao mesmo clã; e, outrossim, a vingança de sangue, consistente na lesão praticada entre tribos rivais, quando o membro de uma tribo fosse ofendido pelo integrante de outra.

Até mesmo na Antiguidade Clássica, a noção de justiça na pólis grega encontra suas referências nos poemas épicos de Homero, que retratam um Estado teocrático que não distinguia direito e religião, sendo tarefa dos deuses elaborar as leis, restando aos juízes sua aplicação, para que a pena fosse expiada – o que demonstra forte ligação com o sagrado nesse momento histórico. Platão foi um dos defensores dessa origem divina da pena: em sua concepção, a sociedade deveria ser imunizada contra os delinquentes não passíveis de correção, com pena de morte ou ostracismo; ou aplicar a pena, como forma de ortopedia da alma. Além de cura e expiação, a pena serviria como exemplo aos demais, como forma de torná-los pessoas melhores, pela intimidação que ela causaria (MARQUES, 2008).

Frédéric Gros (2001) aponta uma possível solução para a celeuma doutrinária acima exposta, indicando que o direito penal grego clássico compreendia justiça de duas formas distintas: a justiça intrafamiliar (Themis) e a justiça interfamiliar (Diké). Neste modelo de justiça familiar, conceberam-se duas funções irreduzíveis para a pena: a expiação e a vingança. Além disso, caso houvesse a violação de algum interdito familiar (agressões, crimes patrimoniais dentro do seio da mesma entre parentes), decretava-se, como punição, a morte social. A segunda forma menos radical de punição era obrigar o criminoso a se sujeitar a rituais purificadores, muitas vezes com sacrifícios, para ser reinserido à comunidade, não o excluindo, assim, definitivamente.

Entretanto, a demanda por vingança também esteve presente no contexto primitivo. Prova disso é a presença do *talião*, nas leis mais antigas, como no Código de Hamurabi, no século XXIII a.C., e que ainda se faz presente no imaginário coletivo, que postula pelo direito penal como instrumento de solução dos conflitos sociais, principalmente pela aplicação da pena, numa tentativa de compensar com a dor sofrida pela vítima. Nesse contexto, a vingança ainda persiste, mas com *limites* para contenção de excessos – uma proporcionalidade rudimentar –, não sendo afastada pelos fundamentos científicos justificadores da pena, bem como pelas diversas finalidades atribuídas a esta, por maiores os esforços que se empreendam nesse sentido (MARQUES, 2008).

Aristóteles (2013, p. 226), a despeito de defender a tese do efeito intimidatório da pena privativa de liberdade, como forma de preparar ou estimular a virtude e introduzir hábitos,

defendia a proporcionalidade das penas, que deveria ter como balizas a perda suportada pelo ofendido, ou seja, deveria ser proporcional ao dano causado. Entretanto, a proporcionalidade aqui prevista distingue daquelas previstas nas leis taliônicas, pois esta ponderação seria realizada nas trocas sociais entre bens de jaez distinto entre si.

Na Idade Média, em decorrência do teocentrismo, todas as coisas emanavam de Deus – e com o *jus puniendi* não poderia ser diferente, ou seja, houve uma confusão entre crime e pecado e a pena objetivava a expiação para a salvação da alma do transgressor. Nesse momento, inclusive, surgiu a pena privativa de liberdade, ainda com caráter excepcional, para que se pudesse meditar sobre seus erros e, eventualmente, converter-se.

Quanto à vingança de sangue, como ela iniciava ciclos intermináveis de violências e guerras, já que era desvinculada de qualquer controle por autoridade externa, tornou-se imprescindível seu controle em um poder central, como forma de conter, paulatinamente, o particular de realizar justiça com as próprias mãos. Mas isso ocorreu de forma paulatina. Como se observa do direito romano, neste havia diferença entre crimes públicos e privados: aqueles, conspiração contra o Estado e o assassinato, eram julgados pelo Estado, na figura do magistrado; já os privados eram executados pelo próprio ofendido, devendo o Estado apenas regular seu exercício. Resquício ainda da vingança privada que foi solapada apenas três décadas antes de Cristo, com sua substituição pelo *jus puniendi* estatal – exercido em nome do povo e não mais do(s) deus(es) (MARQUES, 2008).

Santo Agostinho (1990, p. 502), em *Cidade de Deus contra os pagãos*, atesta que “a medida de que aí se fala não implica de nenhum modo a igualdade de duração entre o crime e o suplício, mas o legítimo rigor das represálias, em outros termos, é preciso que o mal da ação seja expiado pelo mal da pena”, ou seja, a pena seria uma ortopedia da alma, adotando o fim preventivo da pena.

De outra senda, Santo Tomás de Aquino entendia a pena como a justa retribuição para difundir o fim moral, conforme o sacro exemplo. Em *Suma Teológica: escritos políticos*, Santo Tomás de Aquino (1997, p. 59) afirma que por intermédio dessa propagação da moral com a aplicação da pena, os cidadãos começariam a evitar o mal e a praticar o bem. Em um momento inicial a obediência seria por medo da reprimenda, mas, posteriormente, incorporariam estes valores e o respeito às leis surgiria por vontade própria. Assim, com a justa retribuição, a pena aqui alcançaria fins preventivos gerais, impedindo que a coletividade cometesse crimes e não pecasse – ou cometesse crimes, já que havia a confusão entre crime e pecado.

Em ambos os filósofos medievais, ainda que objetivassem a expiação dos pecados – e não a retribuição, em um sentido jurídico – a pena estava intimamente ligada com a manutenção dos preceitos religiosos transgredidos.

Posteriormente, passou-se a uma fase de dessacralização da pena, notadamente com o início do século das luzes. Isso, como assevera Thierry Pech (2001), abriu via para rejeição do sofrimento pessoal do condenado, a força-motriz da sanção penal, pois no imaginário coletivo, não era a vítima quem registrava o maior sofrimento, mas a própria coletividade. Esta arrogância estatal içou o Estado ao posto de vítima constante dos delitos, o que se mantém até hoje. Não é por menos que a vítima ainda hoje é vista como mero meio de prova: o Código de Processo Penal brasileiro vigente insere o ofendido dentro do título VII, que se refere às provas processuais penais. Além disso, agora o Estado aparece apenas como repressivo, para garantir a segurança pública – a Igreja, por sua vez, seria responsável pela remissão e regeneração interior do culpado.

Sem embargo, a história da execução penal oscila conforme a fase do desenvolvimento econômico e social vigente – e a passagem para o capitalismo é o marco da transição e consolidação da privação da liberdade como a principal forma de punir. A respeito do tema, disserta Vera Malaguti Batista (2003, p. 43):

Rusche analisa a transformação da pena pecuniária a partir da Alta Idade Média, de pena privada em instrumento de dominação social fundado nas necessidades dos senhores feudais de incrementar suas funções disciplinares e dos interesses decorrentes da lucratividade da administração da justiça criminal. Quando, a partir do século XV, pioram as condições de vida dos setores populares, começam a surgir intensos conflitos sociais; a expulsão de mão-de-obra do campo ameaça os artesãos nas cidades, surgem as hordas de vagabundos, mendigos e delinquentes, nos limites urbanos. A mão-de-obra torna-se abundante, o capital perde seu papel secundário para transformar-se na força-motriz da economia. A transição para o capitalismo conduz a um direito penal orientado diretamente contra estes setores populares: a criação de um direito eficaz para combater os delitos contra a propriedade toma-se a preocupação central da burguesia urbana ascendente.

Nessa senda, a despeito do discurso de humanização das penas, levantado pelos iluministas, constata-se que as formas de execução e imposição da pena variam conforme os interesses das classes dominantes, dentro de determinado sistema econômico, notadamente pela necessidade de controle do excedente de mão de obra, como forma indispensável de controle de determinados setores sociais e a melhor forma de contê-los é por intermédio da

criminalização mais acentuada dos crimes contra o patrimônio, praticado por estas pessoas que se encontravam em situação marginalizada, sem trabalho e sem dinheiro para satisfazer suas necessidades básicas.

Destarte, como aponta Eric Robsbawn (2010, p. 97), “se a economia do mundo do século XIX foi formada principalmente sob a influência da revolução industrial britânica, sua política e ideologia foram formadas fundamentalmente pela Revolução Francesa”. Com isso, afere-se que durante o Iluminismo é que se formou o direito penal liberal, bem como a chamada escola clássica, interessados em fixar as balizas para exercício do direito penal - que antes era exercitado pelo soberano e a classe em ascensão tentou usurpar. Assim, os iluministas ansiavam um ordenamento penal com certeza e previsibilidade das regras do jogo, além de eficiência e “muitas vezes também um grande rigor que é geralmente esquecido”³ (QUIRÓS, 2012, p. 92).

A pena capital, que foi a principal forma de punição até o século XVIII, deu vez à pena privativa de liberdade – que antes era excepcional e utilizada no curso do processo – em razão de incapacidade daquela em reduzir a criminalidade. Esta alteração teve uma relação intrínseca com o regime econômico que começava a se desenvolver, notadamente por ser um mecanismo de controle social (SHECAIRA; CORREA JR., 2002, p.35). Todavia, se antes a punição estava atrelada à necessidade de purificação frente à divindade, agora ela é tida como um ato contra a figura do soberano.

Na primeira metade do século XIX, a pena privativa de liberdade centraliza-se como principal forma de punição penal, especialmente por ser possível haver gradação do período de reclusão correspondente – em tese – à gravidade do delito perpetrado. Todavia, aqui ainda não se cogitava a ressocialização; as penas privativas de liberdade deveriam infligir dor, como forma de retribuição ao mal causado. Até mesmo a utilização da mão de obra presidiária era mais um mecanismo de impor medo, tortura e terror à população, como um efeito dissuasivo-repressivo da pena (BATISTA, 2003, p. 46). Nesse contexto, o direito de punir desloca-se da vingança exercida pelo soberano e assume o discurso de defesa social: pune-se para proteger a sociedade, enquanto ente autônomo, e o Estado passa a ser sujeito passivo em todos os delitos.

Ainda no século XX, a condição de vida, dentro das prisões, manteve-se baixa. Todavia, o sistema celular iniciado no século XIX começa a dar lugar ao gradualismo da execução e a busca pela disciplina começa a ser almejada por intermédio de estímulos positivos,

³ Tradução livre do autor: “muchas veces también, un gran rigor que suele olvidarse”.

como redução da pena por bom comportamento. Com isso, aspectos pedagógicos e re-educativos da pena começam a ser valorizados no discurso oficial, embora, na prática, esses programas educativos se mostravam ineficazes ou inexistentes. A utilização do sistema penal, por sua vez, restava cada vez mais militarizado e verticalizado, atuando em desfavor das classes sociais mais marginalizadas, como forma de interiorizar a disciplina ansiada pelo sistema capitalista (BATISTA, 2003).

Com o avanço do *Welfare State*, o discurso progressista e filantrópico tenta se afastar do viés puramente repressivo e retributivo e passa então a justificar a punição como forma de ressocializar o indivíduo – que persiste até os tempos atuais – e se torna a principal justificativa da pena. Até o final da década de 1970, importantes informativos oficiais, como a *Task Force on Corrections* (1967), sob a *President's Commission on Law Enforcement and Administration of Justice* concluíram que a ressocialização dos delinquentes era um dos objetivos mais promissores para prevenir o cometimento de novos delitos (QUIRÓS, 2012, p. 232).

A prisão, dentro do discurso manifesto, deixa de ser castigo e passa a ser um emplastro. A ilusão ressocializadora mascara a realidade carcerária de um sistema de controle social e sanções normalizadoras. Como ressalta Diego Quirós (2012, p. 232):

Assim, pois, se entendia que as violências e falências do sistema deviam solucionar-se com uma firme adesão à ressocialização como objetivo primordial, e inclusive as críticas mais radicais reconheciam a legitimidade desta finalidade ao denunciar o sistema, unicamente, pelo distanciamento entre seus objetivos e práticas⁴.

Ante o exposto, foram inúmeras as razões pelas quais a pena foi justificada na história da humanidade, passando desde a vingança privada, em retribuição ao mal causado, até a ressocialização com vistas à prevenção de delitos. Entretanto, ainda que se tente justificar a punição sob esses prismas, críticos não faltam para apontar a insuficiência e ilegitimidade de tais discursos. Uma linha dos críticos liberais demonstrou que por trás da “noção de tratamento se escondiam a violência e a discriminação, além de um ilegítimo e perigoso avanço do Estado no controle das pessoas”⁵ (QUIRÓS, 2012, p. 238).

⁴ Tradução livre do autor: “Así, pues, se entendía que las violencias y falencias del sistema debían solucionarse con una firme adhesión a la resocialización como objetivo primordial, e incluso las críticas más radicales reconocían la legitimidad de esta finalidad al denunciar al sistema, únicamente, por el distanciamiento entre sus objetivos y sus prácticas”.

⁵ Tradução livre do autor: “noción de tratamiento se escondían la violencia y la discriminación, además de un ilegítimo y peligroso avance del Estado en el control de las personas”

Dessarte, o poder estatal busca sempre justificar as funções das suas instituições, notadamente do poder punitivo. Para tanto, ao longo da história, apresentou inúmeras funções manifestas, que são aquelas declaradas com intuito de fundamentar a necessidade da pena. Esta necessidade é, sobretudo, republicana: um poder que não expressa para que se exerce não pode se submeter a um juízo de racionalidade. Todavia, esta função manifesta nem sempre coincide com o que a agência realiza concretamente, ou seja, com a sua função real ou latente. Justamente por isso, essa disparidade deve ser alvo constante de críticas, para que cada vez mais possa se controlar racionalmente o poder, dentro das suas funções manifestas (ZAFFARONI, 2002).

Estas justificações reais e manifestas da pena, então, precisam ser debatidas e expostas, para que se evidencie a disparidade existente entre ambas, com intuito de trazer e manter a racionalidade no sistema penal, notadamente na aplicação das sanções. É imprescindível evidenciar a discrepância existente entre o discurso científico que justifica(ria) a pena privativa de liberdade e sua aplicação concreta, bem como as ideologias existentes por detrás dela – principalmente em países periféricos – e a quem este discurso assiste.

1.1 Objetivos declarados ou manifestos: teorias jusfilosóficas sobre os fins da pena

A pena, enquanto instituto inserido em uma sociedade democrática e republicana, deve apresentar os fundamentos pelos quais ela se justificaria. Para tanto, a sociedade traz teorias científicas para sustentar a punição, na forma como ela é aplicada. Tais fundamentos modificam-se, dependendo da ótica adotada – se pela moral, político-econômico, psicopedagógico ou ético-jurídico.

Como ensina Frédéric Gros (2001), no pensamento ocidental, apresentam-se quatro centros de sentido para a pena, dos quais emanam, igualmente, quatro sistemas de justificação, conforme acima referido: (I) moral ou sagrado, em que *punir é recordar a lei*, por uma espécie de liturgia de sacrifício e expiação do crime e do pecado, que estão amalgamados. A punição é uma ortopedia da alma do traidor; (II) político-econômico, para o qual *punir é defender a sociedade*, e a punição deve ser regulada pelos interesses da comunidade ameaçada, de modo a protegê-la daquele integrante transgressor, doente, déspota e até inimigo social; (III) psicopedagógico, defensor de que *punir é educar um indivíduo*, acreditando na pena como instrumento de recuperação e ressocialização do indivíduo educável; (IV) ético-jurídico, difusor

da ideia de que *punir é transformar sofrimento em infelicidade*, para buscar ultrapassar o lado ético da vingança e pensar em uma justiça relacional.

Os defensores do “punir para” projetam a pena para o futuro do sujeito – corrigir, normalizar, ressocializar – ou da coletividade, para que os cidadãos, enquanto criminosos potenciais, sejam dissuadidos e repensem no ato, passando maior segurança à coletividade de que a norma vigora. Já os defensores do “punir puro” pensam a pena enquanto medida de justiça, na medida em que deve ser ajustada à gravidade do ato cometido, como forma de retribuir o mal e o dano causado – ou então de repará-lo. A pena teria por objetivo a simples imputação da falta, não vendo no homem qualquer possibilidade de transformação (GROS, 2001).

Os três primeiros sentidos justificadores da pena estão ligados com as funções preventivas que lhe é atribuída; já o último, aponta a função retributiva da punição. Estes discursos apresentados como científicos e neutros, discurso manifesto ou declarado, será abordado a seguir com maior rigor.

1.1.1 Teoria retributiva

As teorias retributivas atribuem à pena uma finalidade de compensação: o mal da pena deve ser aplicado em retribuição ao mal causado pela conduta ilícita, em grau de duração e intensidade correspondentes. Esta noção de pena enquanto retribuição, como se demonstrou até então, está atrelada à necessidade de vingança de sangue contra o causador do dano e que, posteriormente, foi transferida para as mãos do Estado, neutro, com fito de evitar abusos e laicizar a pena. Apesar de ter sofrido um grande arrefecimento com a ascensão do Estado Social, desde a primeira metade do século XX, o grande descrédito em relação à eficácia preventiva da pena deu força e legitimou seu ressurgimento.

Esta corrente também é denominada por Roxin (1997) de teoria absoluta, porque para ela o fim da pena é desvinculado de qualquer efeito social – ao contrário da teoria relativa, que é vinculada, ou seja, refere-se à necessidade de surtir efeito social para prevenção de delitos. Seu grande mérito está em limitar o direito de punir, evitando, com isso, uma punição elevada, para um delito insignificante.

Argumentos jusfilosóficos surgiram para justificar a pena. Immanuel Kant (2003), em *A Metafísica dos Costumes*, traz a lume repostas para as seguintes questões: quem pune? Porque

punir? Quem se pune? Como se deve punir?, referindo-se aqui à pena imposta pelo Tribunal (*poena forensis*)

Para a primeira indagação, ele apresenta como resposta que a punição é um direito do soberano contra quem está sujeito ao seu poder, para infligir pena dolorosa em razão do cometimento de ato definido como crime. Quanto às motivações da punição, esta deveria estar atrelada à demonstração de validade e eficácia da norma. Para ele, a punição, expressa pela pena jurídica, não teria como fim provocar sentimento de culpa ou remorso – ainda que consiga, estes são deveras difíceis de se aferir e próprias daquilo que ele denomina de *pena natural*, na qual o erro pune a si mesmo e, por isso, não deve se preocupar o legislador. Assim, pune-se não por existir uma agressão passada, mas sim para que ninguém mais infrinja aquele imperativo categórico, a norma penal. A reprimenda, por consequente, deve recair sobre o indivíduo considerado previamente *punível*, e não pode o indivíduo ser tratado como meios para fins alheios. Por derradeiro, para se punir, deve-se ter como base o princípio da proporcionalidade (taliônico) aplicado pelo tribunal. A punição, para Kant, não é um direito (*jus puniendi*): é um dever e deve ser aplicada, para que não comprometa a coesão social e todo o povo, com isso, pereça (KANT, 2003)

Todavia, como bem ressalta Gros (2001, p. 41), o talião aqui não é mais “olho por olho”, tão somente. “A lei de talião não significa aqui: terás de entregar um ovo por cada ovo que roubaste – e talvez mesmo um pouco mais [...], mas: como roubaste um ovo, podes ser com toda a justiça condenado a ser privado de todos os seus bens”. E a punição aqui permanece enquanto um dever do homem, como forma de reconhecer naquele transgressor alguém responsável e livre – e que deve ser responsabilizado pelos seus atos.

Além disso, Kant (2003, p. 176) afirma que a proporcionalidade, em grau qualitativo e quantitativo, deve ser aplicada pelo tribunal, afastando qualquer entendimento particular sobre a justeza da pena. Dentro desse modelo taliônico, Kant admite a possibilidade de aplicação da pena de morte para assassinos e, inclusive, como considera o homicídio como um crime gravíssimo, defende que “se uma sociedade civil fosse dissolvida pelo assentimento de todos os seus membros [...] o último assassino restante na prisão teria de ser executado [...] [para que] a culpa sanguinária não se vinculasse ao povo [...]”.

A pena, em Kant, utilizada em seu viés preventivo, não respeitaria a dignidade humana, tendo em vista que não conceberia o homem enquanto um ser racional e responsável

por suas condutas, mas, sim, converteria o criminoso em um meio de prevenir mais delitos na sociedade.

Tatiana Viaggini Bicudo (2010) critica este posicionamento kantiano, pois a penalidade teria uma natureza eminentemente moral acreditando que a ordem social seria restabelecida apenas retribuindo o mal da pena pelo mal do crime. Ou seja, como se a dor do infrator fosse possível de apagar o crime e o mal cometido: a função da pena, então, esgota em si mesma, e é por isso que os adeptos dessa corrente não se preocupam com a realidade ou com as consequências da pena. Basta-lhes a valoração da pena, que é autorreferente. Claus Roxin (1992), por sua vez, entende que a ideia de proporcionalidade e retribuição ideal ao mal do crime é um mero ato de fé, prescindindo de qualquer elemento racional, político ou social.

Posteriormente à Kant, Francesco Carrara (1996, p. 49) também levantou a tese do fim eminentemente retributivo da pena, afirmando que ele seria uma forma de reconhecer o delinquente enquanto sujeito política e moralmente imputável e responsável por suas ações. O castigo deveria, deste modo, guardar relação de proporcionalidade exata com o impacto do delito na sociedade. A prevenção, justiça ou reparação dos danos pode acontecer, mas não está entre os fins da pena e nem poderia ser considerado na sua fixação: a punição serviria apenas para manutenção da ordem social externa que foi abalada e estaria em risco com a impunidade do criminoso.

Como ressalta Eliezer Gomes da Silva (2002, p. 150), Carrara possuía uma fundamentação liberal do direito penal, com lastro na convicção em uma justiça divina para a punição dos pecados cometidos pelo ser humano, que é diversa da justiça terrena, responsável pela punição dos pecados que fossem absolutamente ameaçadores para a convivência humana: isto é, “lei penal deveria estar moralmente justificada, mas nem toda a lei moral deveria ser penalmente tutelada”.

A teoria de Carrara e de Kant apontam no sentido da autorreferência da pena: ela é um fim em si mesma, embora pudesse, de forma oblíqua, ter a finalidade de restaurar a ordem social abalada pelo dano causado pelo delito. Ao lado deles, outro pensador da Escola Clássica surgiu em defesa da teoria absoluta: Hegel. Em *Princípios da Filosofia do Direito*, Georg Wilhelm Friedrich Hegel (1997) concebe a pena como sendo a negação da negação do Direito, encampando a tese retribucionista, pela qual ser punido implica em sofrer na sua vida: um punir puro. A sanção restauraria, dentro da dialeticidade processual, o ordenamento jurídico negado pelo crime perpetrado.

Hegel (1997) explica que o crime, enquanto violação do Direito, a despeito de possuir uma existência externa positiva (ação de praticar um ato criminoso), contém uma negação, que será manifestada pela negação da norma penal. Assim, a realidade do Direito necessita reconciliar-se consigo mesma, através da negação do crime, com a aplicação da sanção: por isso a pena é uma negação da negação, pois ela rejeita aquela conduta contrária ao ordenamento, suprimindo o ato lesivo – e por intermédio dela é possível reafirmar o Direito violado.

A respeito dessa concepção retributiva, Frédéric Gros (2001, p. 57, sic) tece considerações relevantes sobre as soluções apresentadas por Kant e por Hegel acerca do viés retributivo da pena:

Ofereceram-se duas soluções que já examinámos: primeiro, a reconciliação esquizofrénica, privilegiada por Kant. Trata-se de dizer que, quando, um indivíduo é punido, é o sujeito como indivíduo empírico que se torna objeto [sic] da punição. É o sujeito com a sua história e o seu corpo próprio que se é preso, fustigado, privado de liberdades ou condenado a trabalhos forçados [...] Reconciliação cínica por outro lado, desenvolvida por Hegel dos Princípios da Filosofia do Direito: ao punir, ao privar o ladrão dos seus bens, ao condenar à morte o homicida, apenas se aplica ao sujeito a lei que ele colocou como princípio da sua acção [sic] no momento do crime.

Ante o exposto, a teoria retributivista nada mais faz do que aplicar ao sujeito aquela norma que ele mesmo apresentou, isto é, com a proporcionalidade nos moldes por eles defendidos, a punição seria agir de forma correlata ao criminoso, não se distinguindo dele e igualmente negando o Direito. Ademais, a lei penal nada é mais do que a expressão dos interesses particulares dominantes em uma sociedade e a punição, mais do que reafirmar o Direito, é conservar estes interesses: a pena teria função de caucionar a injustiça (GROS, 2001).

Para Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (2001), um sistema carcerário alicerçado exclusivamente na teoria retribucionista é absurdo e desumano, pelo fato de o recluso ter de entregar seu corpo para o Estado sem receber nenhuma resposta efetiva ou ajuda: nada além do castigo, do mal da pena. Nessa mesma linha, Juarez Cirino dos Santos (2012, p. 423) afirma que “[...] retribuir, como método de expiar ou recompensar um mal (o crime) com outro mal (a pena), pode corresponder a uma crença – e nessa medida, constituir um ato de fé -, mas não é democrático, nem científico”.

1.1.2 Teorias preventivas

As teorias preventivas são teorias relativas⁶ que remontam à antiga ideia de crime enquanto violação do sagrado, totens e tabus, onde o violador deveria ser privado do convívio social, como forma de purificação da sociedade. A pena, então, adota um caráter social, para tratar o causador do dano, como forma de evitar a reiteração da conduta, além de recordar a lei penal (o novo totem) aos demais indivíduos.

Nessa senda, Gros (2001, p. 17, sic), assevera que “punir não se entende como um acto [sic] de defesa – paradigma de guerra – mas de purificação – paradigma do sagrado”. É possível, assim, traçar um paralelo, retomando o sistema judicial da Grécia, na Antiguidade Clássica, que era compreendido de duas formas: intrafamiliar e interfamiliar, que ensejavam castigos ligados à exclusão-abandono ou purificação-reintegração, respectivamente. Esta lógica ainda se encontra, de certa forma, presente nas teorias preventivas da pena, tendo em vista que os condenados são excluídos socialmente, conduzidos aos presídios onde cumprirão sua pena, local este destinado à ressocialização e reeducação do apenado. Ademais, a punição, além de emenda ao infrator, serve para recordar a vigência da lei aos demais.

Durante o Renascimento, a doutrina jurídico-penal tentou racionalizar os fundamentos da pena, afastando as paixões e a vingança privada, além do processo sem fundamento racional, tal qual ocorria com as ordálias. Maquiavel defendia a função preventiva da pena, ao advogar que os castigos deveriam ser formas de intimidação para a sociedade ser mais unida e segura. Assim, argumentava em favor da prevenção geral e, não por menos, afirmou que o príncipe não deveria temer a fama de cruel, se almeja por súditos unidos e obedientes, pois deveria tutelar a ordem social e a falta de castigos costuma prejudicar a coletividade como um todo, enquanto as execuções ofendem apenas um particular (MAQUIAVEL, 2004).

Hobbes (2003, p. 253) igualmente defendia a teoria preventiva da pena, afirmando que "de todas as paixões, a que menos faz os homens tender a violar as leis é o medo. Mais: excetuando algumas naturezas generosas, é a única coisa que leva os homens a respeitá-las". Assim, contrário à vinculação da pena com a vingança, o castigo deveria servir para intimidar a comunidade a não cometer o mesmo crime (prevenção geral), além de emendar o condenado

⁶ Conforme Claus Roxin (1992, p. 95), a teoria da prevenção “al contrario de la concepción de la pena retributiva, ‘absoluta’, es una teoría ‘relativa’, pues se refiere al fin de prevención de delitos (‘relativo’ viene del lat. *referre* = referirse a)”.

(prevenção especial). Para tanto, deveria ser limitada aos valores definidos em lei, para que não abrisse qualquer margem para a vendeta no processo penal. Para tanto, a pena deveria ser escolhida dentre aquelas que causassem uma impressão mais eficaz e fosse menos aflitiva ao condenado.

Com o advento do Iluminismo, surgiram outros pensadores que buscaram justificar o caráter preventivo da pena. Dentre eles, destaca-se Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria. Entendendo ele que a moral política seria a soma de todas as pequenas parcelas de liberdade de cada sujeito sacrificadas pelo bem geral, para formar a soberania da nação, e o Estado fora encarregado pelas leis do depósito das liberdades individuais, era imprescindível protegê-lo contra usurpações de cada particular e comprimir o espírito despótico de cada indivíduo – para isto, estabeleceram-se as penas contra os infratores das leis. Para ele, a finalidade da pena não pode ser atormentar um indivíduo, nem evitar que o crime seja cometido pela coletividade, mas impedir o culpado de reiterar os atos nocivos ao corpo social e de desviar os concidadãos para o mundo do crime. Para tanto, era veemente contra as penas cruéis e desproporcionais, pois isto endureceria o coração dos cidadãos e faria com que o culpado seria mais audacioso em se furtar de suas consequências; seria mais útil uma pena certa, célere e proporcional (BECCARIA, 2005).

Beccaria tenta justificar a pena exclusivamente pelo viés preventivo, justamente porque pela ótica retributiva seria deveras dificultoso estabelecer uma justa proporção entre o dano e delito praticados com a pena merecida. Tatiana Viaggini Bicudo (2010) aponta que, todavia, por mais que Beccaria justificasse a pena pelo viés preventivo, o retributivismo seria inerente ao próprio contrato originário que ele defendia, pois por meio dele é que, ao ceder parcela de sua liberdade, os cidadãos aceitam o mal da pena como um mal necessário em retribuição ao mal do crime causado, devidamente previsto em lei certa, anterior e precisa.

Antes do Iluminismo, os castigos encontravam-se despidos de justificativas filosóficas e racionais, pois a pena era vista como um direito do soberano escolhido por Deus, o que, por si só, legitimava a pena. Com o advento do século das luzes, os filósofos começaram a buscar justificativas racionais para a pena. Nesse contexto, surge a teoria utilitária de Jeremy Bentham, para a qual a pena possuía uma característica econômica pujante, para que possibilitasse segurança para o maior número possível de pessoas não-desviantes. A pena, para Bentham (1943, p. 136 ss.), possuía cinco fins específicos, dentro do Panóptico: exemplo, reforma, retirada do poder de fazer o mal, compensação à parte lesada e economia. Pelo exemplo, a punição teria função de amedrontar a sociedade, de modo a estimular os não-desviantes a obedecerem a

norma pena. A reforma seria modo de educar aquele indivíduo, inculcando nele hábitos e valores necessários para o convívio social – e isto seria obtido por intermédio da vigilância constante, do trabalho, instrução, temperança (contendo desejos espúrios, como o consumo de bebidas alcoólicas) e separação dos presos por classes, para que os mais viciosos não contaminem os demais. A retirada do poder de fazer o mal está atrelada à função incapacitante da pena, emendando a vontade do réu em fazer o mal, para que ele se torne uma pessoa melhor e não volte a delinquir. Por sua vez, a compensação à parte lesada requer que, sempre que for possível, seja instigada a restauração do prejuízo suportado pela vítima de um delito, pela devolução do bem subtraído ou pelo trabalho dentro da prisão e remetendo aquilo que for auferido para a vítima, como forma de reparação de danos. Por fim, a economia preleciona que entre duas formas de aplicar a pena, a mais econômica para o Estado deve prevalecer⁷ – e é aqui que ele também defende e justifica o modelo do Panóptico.

Portanto, observa-se o traço marcante da pena como instrumento de prevenção de novos delitos e reparação daqueles que acontecerem. Essa prevenção, para Bentham, seria guiada pelo princípio da proporcionalidade ideológica, isto é, por pensamentos utilitários dos cidadãos, que calculariam suas ações e perceberiam que o mal da pena suplantaria o prazer ou proveito obtido com o delito e, então, abster-se-iam de tal ato: o fim da pena era prevenir atos semelhantes – seja pelo mesmo autor, seja pela coletividade – e reparar o mal causado. Para tanto, assim como em Beccaria, Bentham defendia que as penas deveriam ser céleres, para que, com a resposta rápida, o efeito dissuasório fosse mais eficaz.

Todavia, Bentham (1943) também defendia que, como a pena estaria vinculada ao lucro obtido pelo agente, para que aquela possa retirar a felicidade obtida com o ato criminoso, ela pode se tornar insipiente, em determinados casos, quando fosse ineficaz para prevenir delitos ou dispendiosa demais, quando comparado ao mal causado. As penas deveriam, então, ser proporcionais, justamente para evitar-se a reincidência e prevenir crimes pelos demais cidadãos. Esta proporcionalidade, entretanto, não poderia ser obtida somente pela lei, em um critério unitário e fixo. Ante todas as particularidades que cada delito possui, as penas deveriam possuir um mínimo e um máximo, devendo o juiz determinar a quantia exata da pena, em certos casos. A pena excessiva, no viés eminentemente retributivo, era repudiada por Bentham, pois

⁷ Esta ideia de economia também encontra-se presente nos dias atuais, notadamente nos institutos despenalizadores, como forma de evitar a entrada de autores de crimes de menor potencial ofensivo no sistema penal (com a transação penal), o prosseguimento da ação (com a suspensão condicional do processo) ou com as medidas alternativas à prisão (tanto na fase de custódia preventiva, quanto já após a sentença, com possibilidade de conversão em restritiva de direitos, liberdade condicional ou suspensão condicional da pena).

penas duras criariam corações igualmente severos e, conseqüentemente, mais propensos ao crime.

Nessa senda, Bentham, a partir da afirmação de Beccaria de que os freios para o delito estariam na certeza da aplicação da pena, viu-se tentado a testá-la empiricamente. Para tanto, passa “a buscar uma noção de proporcionalidade geométrica (e não aritmética, que corresponderia à mera retribuição) entre os crimes e as penas”. (SILVA, 2002, p. 97)

Tatiana Viaggini Bicudo (2010), inclusive, aponta que Bentham desejava identificar os interesses sociais a serem tutelados pela norma penal, os quais teriam de atingir o objetivo de promover a máxima felicidade da sociedade, seja punindo ou recompensando os indivíduos. Assim, sua intenção era, a partir da racionalidade do homem, produzir o máximo de prazer terrestre ao maior número de cidadãos, condicionando-o às excitações advindas da dor e do prazer, como o cão de Pavlov.

A reforma do preso seria obtida por intermédio do seu encarceramento, onde receberia instrução, exercícios religiosos, dietas específicas e deveria permanecer isolado em celas escuras, para refletir sobre o que cometeu (BENTHAM, 1943). Além disso, seria imprescindível, como dito, a vigilância constante sobre o corpo do condenado no Panóptico, como forma de observar se vem cumprindo com suas obrigações e, outrossim, evitar motins.

O período clássico foi sucedido pela Escola Positivista, no fim do século XIX. O positivismo criminológico, como também era chamada, buscava afastar as indagações e discussões filosóficas por detrás da punição. Para tanto, realizava um paralelo entre o direito penal e a biologia (e mais tarde, com a sociologia), com intuito de utilizar um método naturalístico em suas investigações – prova disto é que, para esta escola, o objeto de estudo da criminologia deveria ser o criminoso em si e, posteriormente, as condições sociais em que se insere.

Inicialmente, o delito deixa de ser objeto de estudo e passa a ser encarado apenas como uma expressão da periculosidade do agente, oriundo da sua herança patológica ou determinismo social: o atavismo, termo cunhado por Cesare Lombroso, com a edição da obra *L'Uomo delinquente*, em 1876.

Lombroso (2010) iniciou uma série de estudos sobre as características dos condenados, para corroborar sua tese de que o delito era a expressão de uma patologia do seu autor, que não possuía livre-arbítrio. Em razão disto, a pena não seria ineficaz, se possuir como objetivo a

emenda do delinquente, pois, além de desprovido de remorso, ele obedeceria a leis "mudas", oriundas de uma herança genética.

Outro expoente da escola positivista é o sociólogo Enrico Ferri, outro cético quanto ao livre arbítrio do homem, classificando os criminosos em cinco categorias: loucos criminosos, criminosos natos, criminosos por hábitos contraídos, criminosos ocasionais e os criminosos por paixão⁸ (FERRI, 1905, p. 151). Cada um teria uma espécie de reação penal, conforme sua periculosidade: aos pouco perigosos (réus primários e crimes pouco graves), só se admite a “condenação condicional”, que é aquela definida em lei e aplicada conforme a menor gravidade objetiva do crime e, principalmente, a personalidade do agente; aos perigosos, aplicar-se-ia o “sequestro por tempo indeterminado”, até que reabilitado; e, por fim, aos muito perigosos, a sanção adequada seria o “sequestro por tempo absolutamente indeterminado”, como nos casos de prisão perpétua, impedindo seu regresso à convivência em sociedade, por entender impossível sua recuperação (FERRI, 2003, p. 316).

A ideia aqui era da prevenção geral, pois a pena confundia-se, em verdade, com a medida de segurança e seu tempo de duração era indeterminado: condicionava-se à regeneração do réu, não possuindo como vetor causal a proporcionalidade com o crime perpetrado, mas com a personalidade do agente. (FERRI, 2003, p. 313).

A responsabilidade moral, com Ferri, fora substituída por uma responsabilidade social, pois já que a pena não pode ser uma resposta ao ato ilícito praticado livremente pelo condenado, deve haver uma resposta social contra quem cometeu o delito, como forma de defesa social, segregando o delinquente e dissuadindo condutas similares. Mas a pena, em Ferri, não agiria de modo exclusivamente repressivo: como alerta Alessandro Baratta (2002, p. 39), ela teria um viés curativo e re-educativo. O grande problema é que, para que atingisse esta finalidade, a pena duraria o tempo que fosse necessária, ou seja, poderia restar perpétua, caso o delinquente nunca se *regenerasse*.

Completando a tríade dos pensadores de maior relevo no positivismo criminológico, Raffaele Garófalo defendia que o criminoso, em razão de sua anormalidade inata, seria um indivíduo desprovido de altruísmo, benevolência e piedade e, justamente por isso, praticaria crimes e voltaria a delinquir. A pena, então, propiciaria ao autor do delito uma possibilidade de

⁸ Tradução livre do autor. No texto em francês [pois certamente o original era em italiano]: “Et alors voici que tout cela foude des délinquants vient se classer em cinq catégories auxquelles j’ai applique dès 1880 les dénominations suivantes: criminels *fous* – criminels *nés* – criminels *habituels* ou par habitude acquise – criminels *d’occasion* – criminels *per passion*”.

adaptação à sociedade – caso ele seja curável – ao passo em que também disseminaria nos cidadãos não-desviantes a necessidade em obedecer a lei, pela ameaça da aplicação da pena (MARQUES, 2008).

Ao final do século XIX, surge Franz von Liszt, precursor da escola sociológica alemã e sistematizador da teoria da prevenção geral, que sem romper de vez com o Positivismo, tenta conciliá-lo com a Escola Clássica. Assim, faz-se presente o discurso do poder intimidativo das penas abstratamente previstas, pois “[a]o cidadão de intenções rectas, ella mostra, sob a forma mais expressiva, o valor que o Estado liga aos seus preceitos” ao passo que “aos homens dotados de sentimentos menos apurados ella põe em perspectiva, como consequência do acto injuridico, um mal, cuja representação deve servir de contrapeso ás tendências criminosas” (LIZST, 1899, p. 62, sic).

Deste modo, acredita que o aumento da criminalidade estaria atrelado ao tratamento benigno ou com as penas amenas impostas – pensamento este que se arrasta até os dias atuais, mesmo sem qualquer comprovação científica acerca do poder intimidatório da pena sobre a sociedade, principalmente quando aplicada após um longo e moroso processo. Nesse sentido, se as penas fossem aplicadas por um tempo muito reduzido não seriam hábeis para reeducar o condenado, muito menos prevenir que ele voltasse a delinquir. A prevenção somente seria alcançada com aprisionamento dos delinquentes, de modo a segregá-los e intimidá-los para que não reincidam na falta, sendo necessário, para isto, a ressocialização, além da atemorização dos não-desviantes (LIZST, 1889).

O grande diferencial de Liszt, que o distingue da Escola Positivista, reside no fato de que esta prima pela atuação preventcionista estatal em todas as fases de aplicação da pena, desde a incriminação das condutas até a execução penal. Já a visão da escola sociológica alemã, de Liszt, é focada na execução penal, principalmente na prevenção especial. As ideias de Liszt influenciaram fortemente não só a legislação da época – e também o pensamento da sociedade coeva –, mas também na teoria de Claus Roxin, como será estudado adiante.

Na contemporaneidade, Claus Roxin e Luigi Ferrajoli são dois grandes nomes defensores das teorias preventivas. Roxin (1997, p. 93 ss.), sustenta que, a despeito dos benefícios amealhados com o retributivismo – notadamente com sua possibilidade de causar grande impressão psicossocial nos cidadãos – ele já não se sustenta cientificamente e o Estado, enquanto instituição humana, não será capaz de concretizar a ideia metafísica de justiça e nem estará legitimado a fazê-lo – até porque a crença de que é possível suprimir o mal do crime com

o mal da pena olvida a necessidade de reparação do dano causado à vítima e a necessidade de ressocialização do agente.

O referido autor, apesar de apresentar também as grandes vantagens da teoria preventiva especial, como proteger tanto o indivíduo, ressocializando-o, quanto a sociedade, com a segregação do infrator, evitando medidas estéreis – como o retributivismo –, aponta que a prevenção especial apresenta um grande problema com relação à falta de limites para a pena, o que poderia conduzir a punições por prazo indeterminado, caso o indivíduo não apresentasse qualquer melhora em sua personalidade (conceito este deveras controverso na psicologia e que torna esta *melhora* muito subjetiva). Além disso, elas têm apresentado, em vários países, uma taxa baixa de ressocialização levando ao descrédito nessa teoria. Por fim, tece críticas à teoria da prevenção geral, principalmente por ser ela sem qualquer limitação de duração da pena, o que pode conduzir a uma ideia de que quanto mais elevada a pena, mais eficazes serão os impulsos reprimidos para não infringir a norma. (ROXIN, 1997, p. 81 ss.)

Nessa senda, Roxin (1997, p. 95 ss.) propõe a teoria preventiva unificadora, como intuito de superar as falhas das teorias preventivas anteriores. Tal teoria serviria como fundamento para um direito penal que proteja riscos intoleráveis aos bens jurídicos mais caros à sociedade, que possam comprometer a convivência pacífica e harmoniosa. Para ele, a pena só pode ser concebida para evitar crimes, nunca para retribuir a um mal causado e pretérito e, desse modo, é que projeta os horizontes de uma teoria que congregue as teorias preventivas especial e geral. Para evitar a indeterminação das penas, propõe o princípio da culpabilidade como meio de limitação da punição, não podendo a pena se estender além dos limites da reprovabilidade social da conduta do infrator.

Dessarte, a teoria preventiva unitária atua como forma de prevenção geral, evitando que cidadãos não-desviantes incidam em condutas delituosas, e também como forma de prevenção especial, ressocializando o infrator, para que ele não volte a delinquir.

Luigi Ferrajoli, por sua vez, argumenta que o direito penal serviria para evitar o retorno da vingança privada. Além disso, dada a separação entre Moral e Direito, a punição não poderia apresentar a ressocialização do condenado como fundamento, dado seu caráter axiológico. Isso porque a pena, quando aplicada com vistas à alteração coercitiva do sujeito adulto, "para fins de recuperação ou de reintegração social, não apenas atinge a dignidade do sujeito tratado, mas também um dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito, que [...] traduz-se no igual respeito das diversidades e na tolerância" (FERRAJOLI, 2010, p. 254). Para tanto,

lança um novo olhar para o utilitarismo, propondo um sistema fundado em duas balizas: máximo bem-estar aos cidadãos não-desviantes e mínimo mal-estar (necessário) aos desviantes.

Como a pena é um mal imposto ao condenado, não é possível que ela seja revestida de qualquer caráter filantrópico, mas deverá ter como vetores a promoção dos direitos fundamentais assegurados aos cidadãos. Ademais, o direito penal só estaria legitimado a interferir na esfera individual de cada cidadão quando houvesse uma lesão ou ameaça aos direitos fundamentais de outrem, ou seja, as normas penais proibitivas serviriam para tutela dos direitos fundamentais, prevenindo-os de violações arbitrárias. De outro giro, para o infrator, a função do direito penal estaria ligada à defesa de seus direitos individuais e fundamentais, de modo a prevenir penas arbitrárias e desmedidas (FERRAJOLI, 2010, p. 312).

Observa-se, pelo esboço histórico apresentado, que a prevenção em si mesma não possui uma finalidade unívoca. Nesse contexto é que as teorias preventivas, também chamadas teorias relativas, dividem-se em especiais e gerais. As preventivas especiais são as que recaem sobre o condenado, exclusivamente, para que ele não volte a delinquir. Elas se subdividem em positivas e negativas: as positivas buscam reeducar e socializar o transgressor, ao passo que as negativas segregam o agente, como forma de evitar que ele volte a delinquir durante seu processo de emenda. As preventivas gerais dirigem-se a toda sociedade, para impedir que novas condutas de mesmo jaez. Ela também se subdivide em positiva e negativa: a positiva serve para recordar a vigência da lei a todos os indivíduos, demonstrando que ela é eficaz, de modo a traduzir maior segurança jurídica e paz social com a punição pelo infrator daquela regra. Já a negativa tem função de atemorizar os indivíduos não-desviantes para não cometam a mesma infração do apenado, por medo de sofrerem a mesma sanção incriminadora. Todas elas serão trabalhadas com maior rigor a seguir.

1.1.2.1 Teorias preventivas especiais

As teorias preventivas especiais justificam a aplicação da pena na tentativa de impedir que o infrator volte a delinquir. Para tanto, a punição pode servir, em seu aspecto positivo, para emendar os delinquentes, (res) socializando-os; e, também, é instrumento de tornar inócuo quem infringiu a norma penal, evitando que retorne a fazê-lo, na faceta negativa da prevenção.

Esta concepção é inaugurada em Platão, para quem punir seria a restauração da harmonia da alma e de se fazer justiça: punir é educar, é pedagogia da alma. Assim, a pena seria

totalmente vinculada ao indivíduo, voltada a sua emenda – e a pena, inclusive, deve ser individualizada a partir da investigação dos motivos do ato ilícito e suas razões psicológicas. Na Idade Média, esta ideologia também esteve presente nas penas de mutilação e capital, que eram explicadas como um método para se prevenir a reincidência (GROS, 2001).

A prevenção especial negativa, atrelada à incapacitação do delinquente, busca, por intermédio do encarceramento, impedir sua reiteração naquele delito por tempo relativamente prolongado. Com isso, o apenado teria tempo para refletir naquilo que fez de errado, enquanto a sociedade ver-se-ia livre daquele déspota. Ela encontrou acolhida no ordenamento jurídico brasileiro, vez que o Código Penal apresenta, em seu artigo 59⁹, a necessidade de o magistrado, quando da fixação da pena-base, atentar ao *quantum* necessário para reprovação e *prevenção* do delito, possibilitando a aplicação de uma pena-base maior, com vistas a evitar que ele regresse logo à sociedade.

A vertente prevencionista positiva, por sua vez, renasceu nas correntes filantrópicas do século XIX, aliadas ao Cristianismo – conferindo à pena o poder de redenção, como uma ortopedia da alma – e ganhou força com a ascensão do Estado do Bem-Estar Social. Para ela, pena serviria para reeducar o indivíduo desviante, de modo a possibilitar sua reinserção social, ou seja, punir é educar um cidadão. Além disso, a ideia do trabalho enquanto algo purificador e ressocializador está atrelado à moral calvinista, onde o labor dignificaria o homem, ou seja, tornaria o sujeito infrator em uma pessoa *honesto*.

Como efeitos da punição, há não só a possibilidade de educar este cidadão para a convivência em comunidade, mas, também, uma forma de fazer com que ele vigie suas más condutas e puna a si mesmo. Assim, a pena não é justa por si: a sua justeza advém da correção da alma, pois o “sofrimento do cáustico ou da incisão não é tanto um mal em si como o que nos livra do mal do corpo (a doença) e nos faz encontrar o bem do corpo (a saúde). Da mesma maneira, a dor do castigo não é um mal em si, mas o que nos livra do mal da alma (a injustiça)” (GROS, 2001, p. 100). Deste modo, a pena não seria um mal, em sua essência, vez que ela curaria os indivíduos desviantes: a pena é o remédio para o crime.

⁹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Inúmeras teorias surgiram com intuito de justificar a pena, em seu viés preventivo. Obteve relevo o correccionalismo, encabeçado por Carlos David Röder (1876, p. 235 ss.), que postularam a pena como forma de corrigir o criminoso. A pena, enquanto dirigida ao humano real, surge para compensar a conduta arbitrária e imoral de alguém – mas, não deveria ter finalidade de castigar, mas de recuperar o delinquente, guiando-o a agir em conformidade com o direito e “governar-se a si mesmo”, trazendo benefícios para a sociedade. Por intermédio do tratamento correccional, não haveria criminosos incorrigíveis – mas tão somente não corrigidos – e, desse modo, deve-se investigar as raízes daquele ato delituoso para se descobrir as medidas necessárias para corrigi-lo (razão pela qual, inclusive, rechaça prisões perpétuas e pena capital). Assim, o direito penal não pode ser visto como algo compartimentado, mas, sim, em conjunto com todas as demais ciências, notadamente a psicologia e sociologia, de modo a se obter uma pena individualizada e apta a reabilitar o condenado.

Posteriormente, Marc Ancel (1979, p. 269 ss.) apresentou uma teoria denominada “Nova Defesa Social”, defendendo a necessidade de se buscar meios de se prevenir o delito, não concebendo o direito penal como único ou melhor antídoto para a delinquência. Rechaça-se o caráter retributivo da pena em detrimento de medidas racionais de tratamento do infrator, com intuito de socializá-lo. Para tanto, entende ser imprescindível, além de um direito penal mínimo e de atuação subsidiária, um processo penal que não investigue apenas autoria e materialidade do ato ilícito (exceto nos casos de organizações criminosas e crimes do colarinho branco, para os quais propõe a criminalização e escurrita investigação, mas sem o agravamento das penas), mas também perquirir elementos biológicos, psicológicos e sociais do delinquente, distanciando-se do objetivismo e tecnicismo penal. Por derradeiro, apontam a necessidade de amparo e reparação à vítima do crime, notadamente quando trabalhado as reações do fenômeno da vitimização.

Atualmente, tem-se também as teorias socializadoras, com sua defesa inicial por Jimenéz de Asúa (1943). Nessa vertente, a ressocialização do condenado seria um benefício a ser auferido não só por ele mesmo, mas também por toda sociedade. A despeito de reformar princípios correccionalistas, são teorias distintas: esta, como visto, busca reeducar o infrator, como forma de pedagogia, ou seja, foca mais no âmbito psíquico do agente e menos no contexto social em que ele está inserido. Já a socializadora compreende o delito enquanto uma carência no processo de socialização e a pena deveria ser instrumento de reinserir o infrator ao meio social, adaptando-o à comunidade, inclusive sendo auxiliados pelos agentes penitenciários.

Essa teoria não esteve imune a críticas, notadamente por intentar, por intermédio deste processo de tratamento e adequação do indivíduo à comunidade, romper com a ideia de uma sociedade pluralista e democrática, impondo padrões de conduta a serem seguidos e normalizando os cidadãos, além de infundir valores morais unívocos, desrespeitando a liberdade do indivíduo de determinar quais são suas ideologias e crenças. Além disso, olvida-se da existência de uma subcultura carcerária, que possui valores opostos, muitas vezes, àqueles desejados pela sociedade extramuros. Isto porque a socialização do infrator, mediante *relação de ajuda* com os integrantes do sistema penitenciário (médicos, psicólogos, agentes carcerários), deveria ser um meio de, espontaneamente, recuperar o delinquente que, necessariamente, deveria estar inserido em um ambiente compatível com a reintegração social e isento de medo (MARQUES, 2008), o que não é aferível na realidade carcerária, tornando a prisão em um ambiente de puro isolamento e segregação sociais. Além disso, o crime pode acontecer também por carência de recursos no seio da comunidade em que aquele indivíduo está inserido e a falta de políticas públicas para sanar estas necessidades poderá fazer que aquele indivíduo, e outros do mesmo meio social, incidam naquela mesma prática.

Frédéric Gros alerta para um inconveniente dessa teoria: quanto mais monstruoso for o crime para o juiz, mais o sujeito será declarado mal e mais pena ele merecerá, pois necessitará de mais tempo para poder ser reintegrado. Desse modo, não se pune segundo determinação legal, mas "segundo a natureza da vontade envolvida no crime; é o sistema das penas arbitrarias" (2001, p. 92), atrelada ao subjetivismo do juiz. Como já exposto, Roxin tenta encontrar limites para esta punição, de modo que a pena estaria limitada à culpabilidade do agente e na efetividade da prevenção especial.

A prevenção sofreu duras críticas, principalmente por Michel Foucault (2002, p. 143), afirmando que o *poder disciplinar*, desejado com as prisões (notadamente com o Panóptico de Bentham), tem função de adestrar multidões e corpos inúteis, fabricando indivíduos por intermédio da disciplina, que nada mais é do que uma técnica de poder que "toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício". Assim, a prisão teria função de transformar o indivíduo de déspota a um corpo doce e útil ao sistema.

Assim, constata-se que, apesar de propagar a pena como uma *pedagogia da alma*, ressocializando o condenado, a verdade é que ela é sobre incremento para os reincidentes, buscando mais sua incapacitação ou deixá-los inócuos, do que sua ressocialização. Isto é, ao reincidente não há preocupações efetivas, dentro da legislação criminal, para tentar alterar sua realidade extramuros; ele será visto apenas como alguém que causa perigo à sociedade e desafia

a ordem, sendo necessário o incremento da pena – mesmo a reincidência demonstrando, algumas vezes, que houve uma falha no Estado na efetivação de direitos fundamentais também do criminoso.

É justamente nesse sentido que Hassemer afirma, inclusive, que as políticas de recrudescimento da sentença penal nos casos de reincidência estão na contramão dos estudos realizados, pois estas cifras são menores nos condenados a pena privativa de liberdade inferior a um ou dois anos e obtiveram benefício de suspensão da pena, do que os que realmente tiveram de cumpri-la (HASSEMER; CONDE, 2001, p. 243). Isto porque, principalmente, a ressocialização deveria incentivar o convívio social do delinquente, para que ele aprenda a viver em sociedade – mas deixando-o recluso, afastado do convívio social e sem parâmetros de comportamento dentro do presídio, este indivíduo sairá totalmente despreparado para o agir comunitário. Nesse sentido, surgem os defensores da pena enquanto “terapia social emancipadora”, defendendo, inclusive, penas menores, para que os laços afetivos criados com a sua família e sociedade não restem comprometidos e seja garantida a função educacional da pena.

A despeito disso, teoria da prevenção especial positiva tem grande acolhida dentro do ordenamento jurídico brasileiro. A Lei de Execuções Penais, em seu artigo 10¹⁰, afirma a necessidade de assistência ao preso e ao internado, bem como ao egresso, como forma de prevenir o crime e orientar seu retorno ao meio social pela educação e profissionalização (artigo 17¹¹), trabalho como forma de educar o condenado (artigo 28¹²) e a possibilidade de remir a pena com o estudo (art. 126¹³). Além disso, institui o próprio estabelecimento prisional como *locus* destinado a dar assistência, educação, trabalho e lazer (artigo 83¹⁴) e institui o Conselho

¹⁰ Art. 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.

Parágrafo único. A assistência estende-se ao egresso.

¹¹ Art. 17. A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado.

¹² Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 1º Aplicam-se à organização e aos métodos de trabalho as precauções relativas à segurança e à higiene.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho

¹³ a rt. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. (Redação dada pela Lei nº 12.433, de 2011).

¹⁴ Art. 83. O estabelecimento penal, conforme a sua natureza, deverá contar em suas dependências com áreas e serviços destinados a dar assistência, educação, trabalho, recreação e prática esportiva.

§ 1º Haverá instalação destinada a estágio de estudantes universitários. (Renumerado pela Lei nº 9.046, de 1995)

Nacional de Política Criminal e Penitenciária com atribuição para propor diretrizes da política criminal para prevenção de delitos (artigo 64, I¹⁵).

Todavia, nota-se uma grande preocupação do legislador penal acerca da reincidência, sendo aferível, no Código Penal, a possibilidade de incremento na pena do condenado (artigo 61, I¹⁶), inclusive alçando-a como circunstância agravante preponderante (artigo 67¹⁷) e tornando-a causa de interrupção da prescrição (artigo 117, VI¹⁸), ou antecedentes criminais (artigo 59¹⁹), além da consideração daquela para fixar regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso (artigo 33, §2²⁰), não-conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de

§ 2o Os estabelecimentos penais destinados a mulheres serão dotados de berçário, onde as condenadas possam cuidar de seus filhos, inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade. (Redação dada pela Lei nº 11.942, de 2009)

§ 3o Os estabelecimentos de que trata o § 2o deste artigo deverão possuir, exclusivamente, agentes do sexo feminino na segurança de suas dependências internas. (Incluído pela Lei nº 12.121, de 2009).

§ 4o Serão instaladas salas de aulas destinadas a cursos do ensino básico e profissionalizante. (Incluído pela Lei nº 12.245, de 2010)

§ 5o Haverá instalação destinada à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.313, de 2010).

¹⁵ Art. 64. Ao Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, no exercício de suas atividades, em âmbito federal ou estadual, incumbe:

I - propor diretrizes da política criminal quanto à prevenção do delito, administração da Justiça Criminal e execução das penas e das medidas de segurança;

[...]

¹⁶ Art. 61 - São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a reincidência; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁷ Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

¹⁸ Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

VI - pela reincidência. (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)

¹⁹ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:

²⁰ Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

[...]

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto;

c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto.

§ 3º - A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código.(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

direitos (artigo 44, II e §3º²¹), não-fixação da suspensão da pena (artigo 77, I²²), não-concessão de livramento condicional (artigo 83²³) e, outrossim, ser hipótese de revogação da reabilitação criminal (artigo 95²⁴), bem como aumentar em um terço o prazo prescricional (artigo 110²⁵), nos casos nos casos de ocorrência de prescrição após o trânsito em julgado.

²¹ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

[...]

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)

²² Art. 77 - A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²³ Art. 83 - O juiz poderá conceder livramento condicional ao condenado a pena privativa de liberdade igual ou superior a 2 (dois) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - cumprida mais de um terço da pena se o condenado não for reincidente em crime doloso e tiver bons antecedentes; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - cumprida mais da metade se o condenado for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - comprovado comportamento satisfatório durante a execução da pena, bom desempenho no trabalho que lhe foi atribuído e aptidão para prover à própria subsistência mediante trabalho honesto; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - tenha reparado, salvo efetiva impossibilidade de fazê-lo, o dano causado pela infração; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

V - cumpridos mais de dois terços da pena, nos casos de condenação por crime hediondo, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, tráfico de pessoas e terrorismo, se o apenado não for reincidente específico em crimes dessa natureza. (Incluído pela Lei nº 13.344, de 2016)

²⁴ Art. 95 - A reabilitação será revogada, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, se o reabilitado for condenado, como reincidente, por decisão definitiva, a pena que não seja de multa. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

²⁵ Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

1.1.2.2 Teorias preventivas gerais da pena: justificação histórica e filosófica

As teorias preventivas gerais ganharam mais relevo com Paul Johann Anselm von Feuerbach, com a “teoria da coação psicológica”, recuperando a importância da função meramente simbólica da punição. Advogam que a função da pena está atrelada à influência que ela exerce sobre toda a coletividade, seja pelas ameaças de sanção, no plano abstrato, seja pela execução da pena contra determinado infrator. Assim, esta teoria também pode se manifestar por duas óticas: na negativa, consiste no efeito intimidatório da pena, desestimulando os cidadãos não-desviantes de praticarem o ato ilícito; a positiva, a pena surgiria para trazer segurança jurídica à sociedade sobre a vigência da norma, que fora transgredida pelo infrator, apontando a sanção para quem a descumpre.

Esta necessidade de pacificação social está intimamente ligada com a teoria de Niklas Luhmann (1983), em *Sociologia do Direito*, pela necessidade de construir um Direito que efetivamente traga segurança jurídica aos cidadãos, inseridos em uma sociedade cada vez mais complexa e contingente. Assim, a “complexidade do mundo” reside na dimensão temporal, ligada à totalidade dos acontecimentos possíveis. O Direito, então, deve reduzir esta complexidade, sendo preenchido e regulamentado com conteúdos minimamente predeterminados, de modo a limitar as possibilidades do que pode acontecer. No mundo contingente, ainda há a probabilidade de que tais possibilidades sejam experimentadas pelos outros indivíduos e, com isso, poder-se-ia absorver as expectativas alheias como se fossem de todos os demais, ampliando os horizontes de acontecimentos possíveis. Neste ponto é que sua teoria encontra um ponto de contato com a prevenção geral: a partir do momento que se verifica que determinada conduta, que frustra a expectativa que se cria sobre uma norma, é sancionada, os demais membros ficariam acautelados, pois absorveriam aquela expectativa e saberiam que, caso transgredissem a norma penal, a mesma sanção lhes seria aplicada. Por outro lado, aplicada a pena contra o transgressor, reforçariam as expectativas de que aquela norma é válida e eficaz, pacificando a sociedade e estabilizando as expectativas – tendo segurança jurídica não só o que se pode esperar dos outros, mas saber também o que esperam de si.

Em relação à função preventiva geral positiva, a doutrina diverge sobre a existência ou não de outras missões da pena, além da confirmação da vigência da norma: de um lado tem-se a teoria fundamentadora de Günther Jakobs; e de outro, a limitadora, de Claus Roxin. Oswaldo Henrique Duek Marques (2008, p.142) explica:

A fundamentadora – por fundamentar a intervenção penal, como o próprio nome indica – encontra grande partidário em Günter Jakobs, para quem a pena não tem o poder de reparar o dano causado pelo crime, sobretudo porque muitas infrações completam-se antes que se produza um dano externo. Os delitos ocorrem quando há contradição entre a conduta e a norma prevista abstratamente, sem necessidade de produzir-se dano externo. Além disso, em outros casos, a pena não pode evitar a lesão a bens jurídicos, pois ela tem aplicação após tal lesão. Por isso, a função da pena não é a de evitar lesões a bens jurídicos.

Deste modo, a pena não serve para qualquer outro fim que não o reconhecimento da norma infringida, não sendo possível obter, pela prevenção geral, nenhum outro benefício, porque a punição é aplicada quando o bem jurídico já foi transgredido: a pena é inócua para recompor este dano gerado. Assim, com o reconhecimento da norma infringida e a necessidade de demonstração de sua vigência, a punição serviria também para orientar a conduta dos demais cidadãos, para que não transgridam a lei, sob ameaça de sanção. Jakobs (1995), inclusive, aceita esta função preventiva geral, como forma de estabilização das expectativas normativas, imprescindíveis para possibilitar os contratos sociais, confirmando o direito e os valores nele inseridos.

A limitadora, por sua vez, vem para reduzir a intervenção estatal, na seara penal, de modo a respeitar as garantias e direitos individuais, restringida pelos princípios da secularidade, intervenção mínima, fragmentariedade, proporcionalidade, culpabilidade etc., e o *jus puniendi* não pode ir além destes princípios, sob pena de tornar-se arbitrário e de impor, coativamente, determinados padrões éticos (SHECAIRA; CORREA JR., 2002)

Claus Roxin (1997, p. 91-92), afirma que a acepção positiva da prevenção geral se triparte em: (i) efeito de aprendizagem, motivado pelo exercício da confiança no direito pela atividade da justiça penal; (ii) o efeito de confiança que surge quando se verifica o direito penal sendo aplicado; e (iii) a pacificação que se produz no consciente coletivo, pela aplicação da sanção em desfavor do infrator da norma. Luigi Ferrajoli (2010, p. 310) vai além e afirma, outrossim, que a pena seria um instrumento de prevenção de reações informais ao delito, como linchamentos, que são aplicadas sem qualquer garantia mínima ao cidadão e de forma arbitrária, tutelando também pelos direitos fundamentais do acusado.

Em sua acepção negativa, de cunho nitidamente utilitarista, a função de prevenção geral da pena, acredita em um indivíduo frio, que possui uma personalidade calculista, para aferir a *rentabilidade* de cada impulso criminoso – e os benefícios que pode angariar – contra

o *prejuízo* da pena aplicada, quando, em verdade, nem sempre o sujeito está em condições de realizar um cálculo custo-benefício do crime. Além disso, como bem assinala Hassemer e Muñoz Conde (2001, p. 307), a teoria da prevenção geral parte do pressuposto de que os destinatários das normas penais conhecem seus mandamentos e proibições, e a cominação penal e a possível execução da pena, caso comentam um delito e que isso é, portanto, os fatores que desencadeariam o efeito preventivo geral.

Ademais, a prevenção geral é de verificação empírica muito dificultosa, o que a tornaria mais uma forma de especulação teórica. Pesquisas realizadas na Alemanha não trouxeram resultados conclusivos para corroborar se o direito penal é eficiente para prevenir delitos, por intermédio da ameaça da pena ou pela reabilitação do condenado (BICUDO, 2010, p. 165).

O grande problema das teorias preventivas está atrelado à falta de limitação das penas: em sua faceta negativa, principalmente, há sempre o perigo de converter-se em terror estatal, pois estimula a ideia de que penas mais rígidas são mais eficazes em conter o delito. Além disso, não se poderia iniciar a aplicação da pena somente com base em intimidação geral (ROXIN, 1997), sem se pensar na ressocialização daquele indivíduo ou, ainda, nos efeitos criminógenos que oriundos de uma pena por tempo prolongado. Ademais, utilizar-se de um indivíduo para intimidar a coletividade fere de morte sua dignidade humana.

1.2 Objetivos reais ou latentes da punição: abordagens sociopolíticas

Como se pôde observar, o direito penal fundamenta publicamente sua legitimidade, o discurso manifesto, nas funções da pena – ressocialização, prevenção e retribuição. Todavia, uma abordagem sociopolítica da pena evidencia que aquilo que é apresentado, sob um manto de cientificidade, nem sempre é verificável na realidade.

Zaffaroni (2003, p. 54) aponta que, em verdade, por detrás desses discursos declarados escondem-se os interesses das próprias agências que anseiam pelos mais diversos motivos: maior autonomia, no caso dos policiais; maior infraestrutura, como o judiciário; por ordem interna e prevenção de fuga, como o sistema penitenciário; fins eminentemente eleitoreiros, para os políticos; e, principalmente, uma maior adequação aos interesses corporativos, como os meios de comunicação de massa e classes detentoras de poder.

Esses postulados apresentados como científicos, para justificar de forma racional o direito penal, arrimam-se, em verdade, em desejos míticos de vingança e castigo (MARQUES, 2008, p. 13). Isto é, muito embora tenha ocorrido a transferência do poder de punir para o Estado, a vingança ainda se faz presente nos fundamentos reais da pena – mas agora ela é aceita e possui teorias *justificadoras*. Essas são as funções latentes da pena privativa de liberdade, que podem ser organizada em três níveis: (I) psicossocial, como forma de cobertura ideológica; (II) econômico-social, com a prisão – criminógena e que, quase sempre, não ressocializa – atuando como controle coadjuvante da mão de obra excedente, além da utilização da pena como proteção à propriedade privada; e, por derradeiro, (III) político, como forma de manutenção do status quo e controle das classes dominadas e opositores políticos (BATISTA, 2007 p. 112).

Há um abismo entre aquilo que é apresentado e legitimado e a real operabilidade deste programa pelas instituições. O código penal uma gradação de dor, que serão estabelecidas de acordo com a violação de valores e interesses da sociedade – ou melhor, de uma parcela da população, que detém o poder para tanto. A dor, assim, é usada como linguagem, como forma de comunicação (CHRISTIE, 2016). Porém, a ordem vigente está estruturada para não operar na legalidade processual e agir de forma seletiva contra setores determinados da população (BATISTA, 2003, p. 54)

A comunicação de que ato é proibido realiza-se por intermédio da pena e isso ainda sofre forte influência dos interesses burgueses, apresentados no século XVIII. Acreditava-se que como a liberdade é um valor que todos possuem, a ameaça à sua restrição ameaçaria a todos por igual modo. A pena, baseada na extração do tempo do condenado, seria um instrumento de quantificação exata do castigo de cada delito a cada autor. Esse era o discurso manifesto. Mas, por uma abordagem sociopolítica, constata-se que existia uma outra fundamentação que legitimava o cárcere – e mais contundente: a privação da liberdade por um período determinado tem por escopo disciplinar e corrigir pessoas, para produzir corpos dóceis e úteis ao sistema (QUIRÓS, 2012, p. 147-148).

O direito penal se apresenta como instrumento para tutela de bens jurídicos necessários para todo o corpo social, porém a gradação não é feita de acordo com os interesses da sociedade como um todo: patrimônio, por vezes, é mais protegido que outros bens jurídicos. Para Hassemer e Muñoz Conde (2007, p. 98), o direito penal é a comunicação do que é proibido sob ameaça de sanção ou disciplinamento, mas não tem se apresentado mais como forma de proteção do cidadão contra o arbítrio estatal, garantindo a liberdade dos cidadãos. Em verdade, o direito penal apenas informa os bens jurídicos mais importantes, de acordo com as proibições

e gradações das penas – mas nem sempre essas gradações são proporcionais e correspondem aos anseios da coletividade.

Em decorrência disso é que, na prática, o discurso de proteção de bens jurídicos, pela cominação das penas, não é observado. Como assevera Nilo Batista, “numa sociedade dividida em classes, o direito penal estará protegendo relações sociais” (2007, p.116). Ou seja, é incauto o pensamento de que o direito penal fora concebido apenas para tutelar bens jurídicos de todos – e que as penas possuem um *quantum* prefixado de acordo com a gravidade deste delito. A verdade é que a prisão não falhou em seus objetivos, pois apesar de não ter efetivado com “absoluto sucesso histórico, porque a gestão diferencial da criminalidade garante as desigualdades sociais em poder e riqueza das sociedades fundadas na relação capital/trabalho assalariado” (CIRINO DOS SANTOS, 2005, p.5)

Dentro de uma ordem capitalista, ele surge para mais do que proteger bens jurídicos: vem para manutenção do status quo e satisfação dos interesses das classes dominantes, sendo mais um instrumento de controle das massas e dissidentes ideológicos.

1.2.1 A seletividade na aplicação da lei penal

Inicialmente, alerta-se para o fato de que, ainda que se tente demonstrar, de forma não exaustiva, algumas das raízes dos problemas sociais a respeito da segregação e estigmatização de determinados segmentos sociais, não se pode olvidar que não é razoável estabelecer uma divisão simplista e maniqueísta entre grupo dos bons e grupo dos maus - portanto, as classes mais vulneráveis, por serem exploradas e marginalizadas não são boas em si, tendo em vista que em seu próprio seio pode haver exploração e violência.

Todavia, é bem verdade que discursos xenófobos e etnicistas, disseminados com auxílio da mídia, foram extremamente eficazes para mobilizar sentimentos de exclusão e aversão, culpando determinados segmentos sociais pelas mazelas que acometem toda a comunidade. Prova disso, como bem lembra Leandro Gornicki Nunes, é a Alemanha Nazista que, lançando mão de discursos pseudocientíficos desenvolvidos para referendar suas ideologias e estigmatizando os judeus - como forma de materialização dos medos – começaram a apontá-los como os culpados por todas as mazelas que assolavam a Alemanha, após a Primeira Guerra Mundial (2011, p. 102). Ideologia, massas e mídia compõem uma poderosa tríade "na qual germina, cresce e se fortalece a imagem forjada dos delinquentes-inimigos e encarcerados-

inimigos, na qual é declarada a guerra contra eles, num pacto perverso com o poder punitivo” (SÁ, 2012, p. 322). No mesmo sentido, Jock Young (2002, p. 182) relata que a mídia desempenha um papel fulcral na demonização dos criminosos: perseguem os infratores antes da polícia, que é constantemente acusada de lidar de forma indolente ou incorreta com o fato.

Por isso, é imprescindível manter constantemente uma postura crítica frente ao que se assiste, ouve ou lê, para que o campo da manipulação e dominação seja cada vez mais restrito, pois, como alerta Paulo Freire (1996, p. 132-133) “a ideologia tem um poder de persuasão indiscutível. O discurso ideológico nos ameaça a anestésiar a mente, de confundir a curiosidade, de distorcer a percepção dos fatos, das coisas, dos acontecimentos”.

A imprensa, dominada pela ideologia hegemônica, conduz a opinião pública a pensar e agir de modo a manter os interesses dos poderosos. Isso se dá pela adoção do discurso ideológico e privado dos detentores do poder, o qual se apresenta com uma pseudorroupagem social, em razão dos interesses das classes não-hegemônicas serem manipulados e estarem alijados da visão social, política e cultural dominantes (CHAUI, 2006).

Tal asserção corrobora-se com o levantamento do Ministério da Justiça, publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional, no Relatório Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) em 2014, onde se afere que pessoas negras perfazem 67% da população carcerária nacional, mesmo sua proporção na sociedade sendo de apenas 51%, o que denota o caráter etnicista da aplicação da lei penal. Ainda, 80% dos aprisionados são analfabetos ou possuem, no máximo, ensino fundamental completo, acentuando seu caráter seletivo. Outro dado importante é que o número de indivíduos que foram encarcerados por receptação, furto ou tráfico de entorpecentes (delitos cometidos sem violência e com maior incidência nas classes mais baixas) atinge 41% do total dos presos, o que marca o caráter segregatório e voltado contra a parcela mais vulnerável da população (BRASIL, 2014).

Assim, o sistema penitenciário está superlotado, mas com a população considerada descartável ao sistema econômico e político. No plano econômico, era mão de obra excedente e que não estava devidamente domesticada para o sistema. No político, constata-se a precariedade de políticas públicas para alterar o cenário das prisões, palco de constantes motins, rebeliões e massacres – fato este conseqüência da ausência de interesse por parte dos políticos, já que os condenados, com sentença transitada em julgado, ficam impedidos de votar. Como alerta Bauman (1999, p. 116-120), “se não fosse pelo fato de que os prisioneiros ainda comem e

defecam, as celas poderiam ser tidas como caixões”, pois o cárcere fora planejado “como fábrica de exclusão e de pessoas habituadas à sua condição de excluídas”.

É inegável o fato de que uma parcela da população pertencente às classes socialmente mais vulneráveis comete crimes, notadamente com maior incidência naqueles de jaez patrimonial – mas a prática de condutas delitivas não é exclusiva deste setor. Entretanto, a falta de políticas públicas para efetivar as garantias asseguradas com fito de conferir-lhes dignidade, faz com que aumentem as probabilidades destes indivíduos de se inserirem no meio criminoso. Esta lacuna em medidas para assegurar seus direitos acentua que estes indivíduos “têm se tornado inúteis não apenas no plano econômico, mas também nos planos político e cívico” (BOLDT, 2013, p. 32), pois numa sociedade de consumo, pessoas que não têm poder aquisitivo são descartáveis e, por conseqüência, excluídas do sistema.

Hodiernamente, com a supervalorização do consumo pelo sistema capitalista, ter condições financeiras para adquirir bens é requisito essencial para ser cidadão - e o sistema só protegerá os indivíduos considerados cidadãos. Todavia, no Brasil apenas uma parcela da população possui elevado poder aquisitivo e é exatamente ela que propagará sua ideologia e a disseminará por todo o ordenamento, especialmente o penal.

Outrossim, como assevera Loïc Wacquant, existe “o estigma de ser pobre no seio de uma sociedade rica, na qual a participação ativa na esfera do consumo tornou-se condição *sine qua non* da dignidade social” (2001, p. 33). Dessarte, notadamente por intermédio do roubo e do tráfico estas pessoas veem na criminalidade forma imediata de ascensão social. Nesse cenário, amedrontada diante do risco de perder seus privilégios, as elites políticas alimentam a hostilidade e desconfiança, criam um vácuo de laços políticos com os estratos inferiores o que convergem em um caráter policial repressivo, que se torna central e belicoso (WACQUANT, 2001, p. 34).

Com isto, fica evidente que, ao lado do direito penal aparente, que apresenta as proibições aos cidadãos e deve(ria) limitar o arbítrio estatal, trazendo garantias aos indivíduos, tem-se o direito penal subterrâneo, que estabelecerá o que e quem é bom para o sistema. Ele atuará, notadamente, por intermédio das agências policiais, de forma seletiva, contra condutas praticadas prioritariamente pelas classes subalternas e dissidentes ideológicos. Para estes setores, a ressocialização, garantias penais e processual-penais compõem uma ideologia que não se coaduna com a realidade (CASTRO, 2005, p.128).

Nessa senda, é sabido que, com intuito de se prevenir condutas desviantes e ilícitas, conta-se com um conjunto de instrumentos e sanções sociais que visa a submeter os indivíduos aos parâmetros e normas comunitários. Isto acontece por intermédio de dois sistemas articulados entre si: o controle social informal e o controle social formal, ambos com vista a impor aos cidadãos modelos e normas, conformando-os aos juízos éticos estabelecidos pela sociedade. De um lado, tem-se uma forma de contenção informal de crimes, que passa pela instância da sociedade civil: família, escola, profissão, vizinhança, mídia etc. Outra instância é a do controle social formal, identificada com a atuação do aparelho político do Estado. São controles realizados por intermédio da Polícia, da Justiça, do Exército, do Ministério Público, da Administração Penitenciária e de todos os conseqüentários de tais agências, como controle legal e penal (SHECAIRA, 2012, p. 53).

Sem embargo, apesar de todas estas agências de controle de delito incidirem sobre o poder punitivo, nem todas o exercem realmente. Em verdade, o exercício deste poder fica na mão dos policiais, aqui compreendido em sentido amplo, de modo a abarcar serviços de inteligência, aduaneira, tributária etc. Não que as demais agências não possam influir – e influem –, mas, na prática, não exercerão o poder punitivo de forma direta: juízes não saem nas ruas para aguilhoar infratores, mas os policiais sim – e são eles quem seleciona os candidatos a serem condenados e os juízes têm reduzida influência sobre isso (ZAFFARONI, 2013, p. 267).

E, infelizmente, na América Latina a polícia, principalmente a militar, ainda conta com resquícios de preconceito e atua contra um estereótipo determinado, o negro da periferia. Marilena Chauí (2006, p. 107) relata ainda que havia uma inscrição gravada na Escola de Polícia de São Paulo no seguinte sentido: “negro parado é suspeito; correndo, é culpado”, demonstrando o estigma que esta população enfrenta cotidianamente. Tem-se assim um sistema que tutela mais a propriedade privada e que se volta contra os mais vulneráveis.

Há quem objete tal argumentação apontando os casos de políticos que foram condenados ou presos, notadamente como ocorreu na Ação Penal 470, o “Mensalão”²⁶, ou na recente operação “Lava-Jato”²⁷. Todavia, estes casos são exceção do sistema, pois, como atesta

²⁶ Esta Ação Penal, sucintamente, apurava o esquema delatado pelo deputado Roberto Jefferson, que consistia na compra de votos de parlamentares, com dinheiro de origem ilícita (como verbas desviadas da Câmara dos Deputados e do Banco do Brasil, bem como repasse de recursos públicos, por intermédio do fundo Visanet, e empréstimos fraudulentos dos Bancos Rural e BMG, ambos realizados às empresas de Marcos Valério e ao Partido dos Trabalhadores para abastecer o referido esquema), para pagamento de trinta mil reais mensais aos deputados, para que aprovassem projetos de interesse do Executivo.

²⁷ Operação deflagrada em 17 de março de 2014, com intuito de investigar esquema bilionário de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e corrupção, envolvendo a empresa Petrobrás e outras empreiteiras.

Zaffaroni, envolvem políticos que caíram sob o poder punitivo por ter havido conflito de interesses e aquele que divergiu e perdeu, teve sua cobertura retirada (2013, p. 268).

Essa tática serve, tão somente, para projetar a imagem de um sistema penal igualitário, que atinge a todos que o infringem – mas basta lançar um olhar para o sistema carcerário brasileiro e ver quem realmente o habita. Além disso, não é demais frisar que os delitos comumente praticados pelas elites, ainda que investigados, possuem uma pena baixa, quando comparados com a danosidade social que causam. Qual a linguagem, então, repassada pela pena desproporcionalmente fixada? E as benesses facultadas a quem comete esses delitos, como a suspensão da pretensão punitiva em casos de parcelamento do débito tributário ou extinção da punibilidade, quando do pagamento, quando não há a mesma possibilidade a quem furta e restitui posteriormente o bem? E a não-propositura de ação penal contra crimes contra a ordem tributária, quando o valor dos tributos não ultrapassar a cifra de vinte mil reais²⁸, sob alegação de bagatela e intervenção subsidiária do direito penal, mas, em contrapartida, há denúncia contra quem subtrai uma bicicleta de duzentos reais? Que crimes do colarinho branco são menos graves quando comparados à criminalidade de rua. Mas a verdade é que há um sistema preparado para punir pobres.

Eliezer Gomes da Silva (2002, p. 233) aponta que a seminal contribuição de Edwin Sutherland está ligada à evidenciação da seletividade penal já nos processos de criminalização das condutas, a inculcar certa naturalidade na criminalização de certas condutas, como os crimes de rua e uma “suposta ‘inadequação’ do sistema de justiça criminal para lidar com uma ampla esfera de licitude, no âmbito do que denominou de ‘crimes do colarinho branco’, em prol de mecanismos de ‘regulação’ administrativa”. Deste modo, Sutherland cobra princípios éticos ao capitalismo, dada a evidente mistificação ideológica nos processos de criminalização, como forma de instituir, de fato, um Estado Democrático de Direito.

O problema, da atuação policial seletiva, agrava-se com a falta de conhecimento pelos políticos, que não sabem como lidar com a situação. É evidente que a polícia é imprescindível, dentro de um sistema democrático, e seu desarrimo pode gerar graves consequências políticas e sociais. Todavia, como pressagiu Zaffaroni, “o modelo do século XIX faz tempo que deixou de ser funcional para nossas democracias, porque é incapaz de fazer frente às novas formas de

²⁸ Conforme Portaria nº 75/2012 (art. 1º, II) e Portaria nº 130/2012 (art. 2º), ambas do Ministério da Fazenda e decisão do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 126.191/PR, sob relatoria do Ministro Dias Toffoli, julgado em 03 de março de 2015.

tráficos, e mesmo ao delito convencional, e porque possibilita *golpes de Estado*” (2013, p. 270, grifou-se). Prossegue o referido autor:

Ademais, o modelo vigente autoriza um uso de violência que, em alguns momentos, atinge o limite do massacre: as execuções sem processo disfarçadas de enfrentamentos são uma realidade policial, as detenções sem outro objetivo senão fazer estatística somente reafirmam a imagem negativa, o afã por mostrar eficácia leva à tortura e à fabricação de fatos, que podem ir desde a acusação de um inocente vulnerável, até uma emboscada onde várias pessoas são executadas. Tudo depende do grau de deterioração institucional que se tenha alcançado. (ZAFFARONI, 2013, p. 271)

A sociedade, influenciada pelos meios de comunicação²⁹, clama por esse rigor na atuação policial, aclamando casos de execução sumária ou linchamentos, em desrespeito a todas as garantias constitucionalmente asseguradas e conquistadas a duras lutas.

A suposta igualdade na operação do sistema penal, garantidor de uma ordem justa, é rechaçada na análise do seu desempenho real, pois, como se denota de análise da população carcerária, ele atua de forma seletiva e desigual, criminalizando com maior intensidade as condutas mais comuns das classes mais desfavorecidas e concedendo benesses legais àquelas cometidas pelas classes mais altas. A respeito do tema, disserta Nilo Batista (2007, p.26):

O sistema penal é também apresentado como justo, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade, quando de fato seu desempenho é repressivo, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana, quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela.

²⁹ A espetacularização das notícias consiste em selecionar os dramas humanos, pondo-os em destaque, tirando partido da emoção oferecida pela notícia, mediante a utilização de fotos ou gestos, expressões faciais, ritmo e timbre de voz, com montagem e manipulação de imagens mais elucidativas, para comover os cidadãos e, assim, despertar a necessidade de adquirir aquela informação (CANAVILHAS, 2013, p. 05). Deste modo, observando como o público se informa e como deve ser selecionada a notícia para que seja prontamente consumida, tem-se que este público é corresponsável pelo processo de espetacularização do mundo que as mídias propõem e aceitamos, passivamente, a ocupar o lugar de espectador-voyeur das mazelas sociais. É bem verdade que as mídias informam deformando, mas, para se evitar em fazer do jornalista um bode expiatório que, como as notícias estão sujeitas às leis do mercado e sofrem grande influência do fator econômico, não são eles os únicos responsáveis pelo sensacionalismo (HERNANDES, 2006, p. 253). Ademais, além do próprio público, o processo informativo sobre influências externas, sejam elas sociais, econômicas, religiosas ou, especialmente, políticas, que podem influenciar no procedimento de produção noticiosa, notadamente na formação da opinião pública.

Dessarte, constata-se a seletividade com que opera todo o sistema penal que, sob o manto da igualdade e objetividade na escolha dos tipos penais, dissimula sua intenção em selecionar não condutas a serem criminalizadas, mas pessoas que sofrerão, em maior ou menor intensidade, a reprimenda penal. Há, então, uma violência estrutural, ante as condições extremamente adversas de vida a que essa população carente é exposta, com carência de efetivação de seu direito à saúde, educação, alimentação e acesso ao trabalho, enfim, do mínimo existencial para que se possa viver com dignidade.

Ademais, esta seletividade não é somente na seleção de setores a serem criminalizados, mas também na escolha dos “peões do jogo”, isto é, o sistema penal não apenas viola os direitos humanos das suas vítimas mais vulneráveis, como também atinge os próprios policiais, submetidos a salários, treinamento e armamentos precários. A situação agrava-se ainda mais em razão do sistema militarizado a que são submetidos, pois, conforme atesta Zaffaroni, (2013, p. 271) “na prática, não é mais do que um verticalismo autoritário e arbitrário” e prossegue afirmando que estes agentes “sem uma etapa intermediária, passam a ter em mãos uma arma de fogo letal. Nessas condições, são colocados em situações de risco, sendo ameaçados pela violência social e pela arbitrariedade de seus superiores”. Com isso, os policiais são, por vezes, pessoas oriundas de classes mais baixas para que assim o confronto, então, quase sempre se dê entre setores mais marginalizados do sistema.

Um grande erro da América Latina é ter copiado o modelo carcerário dos Estados Unidos, mas não termos adotado o seu modelo de polícia comunitária – mas o paradigma borbônico de ocupação territorial militarizada. Como aponta Vera Malaguti Batista (2012, p. 67), o mais grave, ainda é que os norte-americanos não utilizam as Forças Armadas em solo nacional, como polícia, mas pressionam para que isso seja realizado em solo latino-americano.

Posteriormente, classificando essas massas em “boas” e “más”, ou em “cidadãos de bem” e “inimigos”, é que os policiais agem fora da legalidade, dentro do direito penal subterrâneo. Conforme aponta Maria Tereza Maldonado (2012, p. 23), a violência policial no Brasil contabilizou mais de mil execuções extrajudiciais, contabilizadas nos autos de resistência. Só as polícias do Rio de Janeiro e de São Paulo mataram mais de onze mil pessoas, entre 2003 e 2010. A Anistia Internacional, por sua vez, informa que no ano de 2012 “56.000 pessoas foram assassinadas no Brasil. Destas, 30.000 são jovens entre 15 a 29 anos e, desse total, 77% são negros. A maioria dos homicídios é praticado por armas de fogo, e menos de 8% dos casos chegam a ser julgados” (2015, *s.p.*). E a impunidade, aliada à formação inadequada

dos policiais e exclusão social de determinados setores, foram apontadas como as principais causas da violência policial.

Mas estes dados quase não são veiculados nos veículos de comunicação em massa mais populares: eis a negação do dano. Esta é uma técnica da própria comunicação que, segundo Zaffaroni (2013), serve para não assustar a população mostrando como o sistema penal realmente opera; apenas há a apresentação dos atos que o bode expiatório comete e que intimidam a sociedade. E os moradores dos bairros distantes da periferia, resistem em acreditar nas execuções sumárias existentes; preferem enxergá-las como um enfrentamento da criminalidade urbana. Além disso, o bode expiatório não é visto como um cidadão, mas como algo maligno, não pertencente à totalidade: é a materialização do mal e deve ser eliminado para o bem da coletividade.

Adota-se, infelizmente, a lógica do direito penal máximo, apregoando que é necessária a certeza que “nenhum culpado fique impune, à custa da incerteza de que também algum inocente possa ser punido”. Abandona-se o ideal do direito penal mínimo que busca, ao contrário, que nenhum inocente seja punido à custa da incerteza de que, eventualmente, algum culpado possa ficar impune (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

É nesse contexto que as políticas de tolerância zero são aplicadas, mesmo sendo elas contrárias a todos os princípios básicos de um Estado Democrático de Direito. Como demonstra Hassemer e Muñoz Conde (2001), ainda que tais políticas, em um primeiro momento, aparentem reduzir as cifras de criminalidade, a longo prazo, em nada ou pouco reduziram as taxas – somente aumentaram os gastos com segurança e com o Judiciário e, conseqüentemente, com o sistema carcerário agora superlotado. Ademais, com maior contingente de agentes policiais, aumentou também o número de violência e arbitrariedade praticada por estes, motivadas pelas reações desmedidas contra um setor específico da população: os pobres (e sua consecutória criminalização). Emanam-se dessa ideologia maximalista, também, a política criminal, muito disseminada nos Estados Unidos da América, “three strikes and you are out”, cominando prisão perpétua para os cidadãos que cometam três delitos, como regra, acentuando a discriminação social existente no país. O resultado dessas políticas pode culminar em um sistema puramente retributivo, renunciando a solucionar as causas de delinquência e auxílio aos infratores, além de aplicarem pena superior a dois anos de prisão, que a torna contraproducente para fins re-educativos, dado o impacto que a vida intramuros causa na personalidade do indivíduo.

No Brasil, os reflexos mais conhecidos da implementação deste tipo de política são: a Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos; a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que dispõe sobre a organização criminosa; e a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, estabelecendo o Regime Disciplinar Diferenciado. Outro exemplo menos popular é a Lei n. 9.614, de 5 de março de 1998, denominada Lei do Abate, que alterou o artigo 303 da Lei nº 7.565/86, dispondo que esgotados os meios coercitivos legalmente previstos, a aeronave será classificada como hostil, normalmente suspeita de tráfico de drogas, ficando sujeita à medida de destruição, após autorização do Presidente da República ou autoridade por ele delegada.

É nesse sentido que Zaffaroni (2013, p. 247-259) introduz uma questão crucial: “Com o quê os massacres são cometidos? [...] a resposta, à luz da experiência histórica, é redonda: com o poder punitivo [...] o agente dos massacres é o mesmo que supostamente está encarregado da prevenção dos homicídios”. O *jus puniendi* apresenta-se como algo racional, objetivo e científico, mas esta faceta encerra-se na irracionalidade das prisões. Como é um instrumento canalizador da vingança, possui enorme eficácia política e amparo de parcela da população que acredita em um direito penal máximo como grande baluarte para solução dos problemas sociais.

Dessarte, a atuação do direito penal para solução dos conflitos, que deveria ser exceção, passa ser a regra. Positivam-se tipos penais, então, que criminalizam de forma mais intensa a população mais vulnerável além da pouca investigação acerca dos autos de resistência, que quase sempre escondem execuções sumárias da periferia.

É possível inferir que se vive, no Brasil, em um estado de exceção, tal qual apresentado por Giorgio Agambem (2007, p. 12-13), que é aquele que se apresenta “como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” instaurando, por intermédio deste, “uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político”. Katie Arguello (2005, p.22) ainda corrobora tal asserção, afirmando que é essa vida nua e despojada de todo direito está exposta à morte, mas não-sacrificável. Vida esta que se encontra em constante relação com o poder que a banuiu e a persegue, que não é “fora-da-lei”, mas foi abandonada pelo direito. Prova disso se dá com os estudos publicados pelo Atlas da Violência de 2017, os pesquisadores envolvidos neste levantamento de dados afirmaram que, apenas em três semanas, são assassinadas no Brasil mais pessoas do que o total de mortos em todos os ataques terroristas no mundo nos cinco primeiros meses de 2017, que envolveram 498 atentados, resultando em 3.314 vítimas fatais. Entretanto, essas mortes tem um alvo: a

população negra, pois a cada 100 homicídios, 71 deles acometem a população negra, estimando-se, inclusive, que “o cidadão negro possui chances 23,5% maiores de sofrer assassinato em relação a cidadãos de outras raças/cores, já descontado o efeito da idade, sexo, escolaridade, estado civil e bairro de residência” (CERQUEIRA et. al., 2017, p. 04-05; 30).

Essa eliminação dá-se com o afastamento e segregação destas pessoas nas prisões, onde os pobres emprestam seus corpos para um espetáculo do horror (BATISTA, 2003, p. 43). A reclusão dos infratores se fundamenta(ria) no propósito de ressocialização e conformação dos indivíduos às regras sociais, de modo a torná-los pessoas melhores e prevenir o cometimento de novos delitos. Entretanto, tais pessoas são submetidas, muitas vezes, a um sistema carcerário falido e que não lhe assegura o mínimo de condições para que possam se tornar indivíduos melhores. Ante a falta de amparo estatal, em vez de conformidade com os valores da sociedade burguesa, a prisão se tornou o locus ideal para disseminação da criminalidade organizada e ascensão na carreira criminoso.

1.2.2 A prisionização reprodutora

O sucesso das penas privativas de liberdade desde o século XIX tornou-as como a principal forma de punir. Isto porque, como já explicado, ela serviria como forma de comunicar ao agente acerca da conduta ilícita praticada, aplicando-se-lhe uma pena por intermédio de um quimérico cálculo talional.

O sistema panótico, idealizado por Jeremy Bentham, apresentando uma nova tecnologia do poder de punir por intermédio da vigilância hierárquica, exame e disciplina, com intuito de normalizar os indivíduos (sanção normalizadora), ganhou grande relevo. A respeito do tema, disserta Katie Arguello:

Os mecanismos que possibilitaram o sucesso do aparelho disciplinar, segundo Foucault, são a vigilância hierárquica, a sanção normalizadora e o exame. Sinteticamente, a vigilância hierárquica é um dispositivo disciplinar exercido pelo jogo permanente de “olhares calculados” ao qual nada escapa, produzindo efeitos de um poder múltiplo, automático e anônimo. A sanção normalizadora é uma ordem portadora de uma referência artificial de penalidade permanente (sistema de recompensa/punição) que se difunde por todos os aspectos e instantes da instituição disciplinar para comparar, diferenciar, hierarquizar, homogeneizar, excluir, enfim, normalizar o comportamento dos indivíduos (2005, p. 15)

Dessarte, constata-se que esta nova forma de punir começou a se disseminar, notadamente pela instauração de uma microfísica do poder dentro do cárcere, onde os detentos eram vigiados constantemente, como forma de se conformarem às normas sociais impostas, tornando-se corpos dóceis e úteis para o sistema.

Relatórios da época demonstravam que a privação da liberdade não era a punição mais eficaz para reinserção das classes subalternas, mas sim a sua submissão incondicional a uma autoridade que os orientasse a conter seus desejos nos limites das suas condições econômicas. Para tanto, os limites das despesas com esses encarcerados devem ser no sentido de fornecer seu padrão de vida abaixo das classes trabalhadoras, como forma de atemorizá-las e incutir a necessidade de seguir as normas estabelecidas. Desse modo, há uma recíproca dependência da prisão nas sociedades capitalistas, que objetivam reformar o apenado, transformando-o em um trabalhador, adaptado à disciplina e hierarquização. Para agravar ainda mais a situação, nos países subdesenvolvidos, ter sua força de trabalho explorada na prisão é considerado um privilégio para muitos apenados, ante o grande contingente de desempregados livres; todavia, a privatização dos presídios, para explorar esta mão de obra barata reinstaura a escravidão dentro dos sistemas penitenciários hodiernos (ARGUELLO, 2005).

A falácia da prisão como ambiente ressocializador, onde se propaga e incute valores ansiados e compartilhados pela comunidade está corroída – não por menos que o cárcere é visto como “escola do crime”. A concepção de um estabelecimento prisional com hierarquia e subordinação, dos prisioneiros aos agentes carcerários, mostra-se como uma ideia distópica, ante força e o controle exercido pelas organizações criminosas.

Como aponta Katie Arguello (2005, p. 16), a prisão provoca e agrava a delinquência que ela busca prevenir: ela não reabilita pessoas, mas prisionaliza os internos, ou seja, faz com que estes absorvam e adotem hábitos típicos do ambiente penitenciário, acentuando a criminalidade que deveria combater (eficácia inversa) e repetindo as mesmas reformas (isomorfismo reformista), em cada constatação de sua falência. Esta situação se agrava ainda mais com o estigma que estas minorias sociais sofrem, que se torna uma profecia que se autorrealiza, pois os jovens acabam assumindo os papéis a eles imputados, notadamente pela mídia, reafirmando aquele estereótipo preconceituoso a eles imputado (ZAFFARONI, 2013).

Os condenados são encaminhados a um sistema carcerário onde as rebeliões estão se tornando uma constante, com índice de forte violência no interior dos estabelecimentos, com mortes e suicídios sem esclarecimentos, guerra entre facções, superlotação, corrupção de

agentes públicos, além de denúncias de práticas de tortura, maus-tratos e abusos sexuais. De acordo com a Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário, os presídios não possuem sequer estruturas básicas para lidar com estes indivíduos, pois relatórios apontam a falta de saneamento básico, tendo que urinarem em garrafas PET de dois litros; defecarem na frente de todos os demais detentos e quem mais estiver passando pelo corredor, pois, as paredes de alguns lugares foram derrubadas, por causa do superlotação, e a privada fica no meio da cela (“banheiros vitrine”); e não têm água para lavarem as mãos ou acionar a descarga (em alguns locais, só se pode dar descarga uma vez ao dia) (BRASIL, 2009, p. 192-196). Em suma: tem-se um sistema que espera humanizar um cidadão privando-o de sua humanidade e sem que haja preparo para a vida extramuros.

As penas privativas de liberdade dessocializam o indivíduo, na medida em que o asila socialmente, pois com o isolamento é impossível reeducá-la para o convívio em liberdade com a privação da liberdade, onde ele ficará sujeito à aculturação do ambiente prisional, a prisionização, onde se adotam novos hábitos, linguagem, amizades e formas de auto-organização (HASSEMER; CONDE, 2001).

O processo de prisionização é composto por duas: em um primeiro momento, há a desaculturação do sujeito, com o distanciamento dos valores compartilhados pela sociedade e, posteriormente, passará a uma aculturação, em que adquirirá os valores e comportamentos da subcultura carcerária – ocorrendo aqui a prisionização – como forma de que ele sobreviva dentro da lógica prisional existente com os demais detentos e com os servidores da instituição (SOUZA, 2016, p. 33-34). Ou seja, o sistema penal produz o criminoso: primeiro quando determina as condutas delituosas e, posteriormente, com a reclusão e internalização dos rótulos socialmente construídos em torno da figura do criminoso, do (ex)presidiário (KARAM, 2004, p.98).

Francisco Tolentino Neto (2012, p. 56) aponta que a organização criminosa mais conhecida no Estado de São Paulo, o Primeiro Comando da Capital (doravante, PCC), surgiu dentro dos presídios paulistas. Apesar de apontarem seu surgimento em 1993, sua notoriedade se deu em 2002, quando articularam uma das maiores rebeliões, além de atentados a fóruns e funcionários do sistema penal, demonstrando sua forte influência dentro e fora dos presídios.

Os detentos acabam formando uma nova sociedade ali dentro, com hierarquia própria, e que associa o preso recém-chegado a um determinado estereótipo, de acordo com o delito

perpetrado e características pessoais. Em decorrência disso, o preso assimila este papel que lhe apresentam, para que não provoque reações agressivas contra si. Estes estereótipos fazem com que ele se adapte àquela nova realidade e que internalize as características a ele atribuídas, principalmente se estas lhe conferem algum prestígio na vida intramuros (ZAFFARONI, 2013).

As prisões também não se mostraram aptas a inibir o cometimento de mais delitos (função preventiva). Apesar de a opinião pública clamar por rigor na aplicação da lei penal, achando-a branda demais, o número de encarceramento apresenta uma curva ascendente, fazendo do Brasil o país com a quarta maior população carcerária (BRASIL, 2015a, p. 10). Como assevera Zaffaroni (2013, p. 280), é falsa a explicação de que esse aumento da população carcerária existe pelo fato de haver uma criminalidade alta, pois, caso assim fosse, a prisão deveria ter provocado a redução dos índices de criminalidade, sendo que nada disso aconteceu – problema este também mencionado no relatório de pesquisa apresentado em 2015 pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, doravante IPEA.

A prisão, na prática, não reabilita pessoas. No mesmo relatório do IPEA, aponta-se a taxa de reincidência em 70% em nosso sistema carcerário. Assim, como afirma Bauman (1999, p. 118), o cárcere apenas prisioniza os detentos, ou seja, faz com que eles absorvam e adotem hábitos e costumes do ambiente penitenciário exclusivamente, já que têm pouco ou nenhum contato com o mundo exterior. Com isso, a prisionização tem efeito diametralmente oposto à reabilitação, que auxilia, como acima referido, no estabelecimento de carreiras criminais e surgimento de organizações criminosas.

Some-se a isto as condições precárias a que estes encarcerados estão submetidos, que fazem com que, além de efeito criminógeno, haja um massacre por conta-gotas, como diria Zaffaroni, - muitas vezes envolvendo pessoas que nem sequer cometeram algum delito, tendo em vista que 38% encontra-se preso preventivamente (BRASIL, 2015a, p. 10), e alguns submetidos a esta realidade serão absolvidos posteriormente.

Como se não bastasse, a prisão tal como é implantada, não estimula senso de responsabilidade, pois o preso sofre uma regressão à infância, onde tem horários controlados e é supervisionado constantemente. Assim, se a prisão é muito prolongada, o preso perde a dinâmica cultural externa e, quando retorna, não reconhece mais a lógica extramuros. Deste modo, a reincidência não demonstra inclinação ao delito, mas sim uma personalidade instável e influenciável que responde a todas as condições aqui expostas que marcam o apenado de forma indelével (ZAFFARONI, 2013).

Sem embargo, a população, embaída por um discurso midiático, clama por rigor penal, incremento nas penas privativas de liberdade e, cada vez mais, a utilização do direito penal como instrumento primordial para a contenção de delitos – quando deveria ter uma atuação subsidiária e fragmentária. O resultado disto é a concentração de mais pessoas nos cárceres, incrementando ainda mais o efeito criminógeno que a pena privativa de liberdade possui e uma hipertrofia do direito penal que conduzirá à sua corrosão simbólica.

2 AFIRMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA NA PERSPECTIVA PENAL

Os direitos humanos são, classicamente, compreendidos enquanto direitos pertencentes a todos os indivíduos, indistintamente, pelo simples fato de serem pessoas humanas. Por este traço característico, tais direitos deveriam ser defendidos e universalizados. Sua função seria a tutela dos direitos essenciais para que os cidadãos possam viver de forma livre e digna. Deste modo, uma visão apriorística sobre os direitos humanos entende que eles servem para a proteção e promoção dos direitos de todos os indivíduos, de igual modo e sem qualquer distinção, como se emanassem da natureza do homem, por si só.

Entretanto, Hannah Arendt (1989, p. 325), em *Origens do totalitarismo*, aponta uma possível fragilidade do argumento jusnaturalista em razão da realidade vivida pelos povos judeus que, mesmo ante as inúmeras exortações de direitos existentes, nenhuma delas foi tutelada – de nada adiantava *ser humano* se não existisse um Estado ou instituição garantindo a promoção e tutela destes direitos.

Com isso, observa-se que tais direitos não seriam um dado, oriundo da natureza humana, mas um constructo, originados das lutas travadas pelos indivíduos para a consagração e tutela. Por tais razões, Norberto Bobbio afirma que os direitos humanos são direitos históricos, “nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” (2004, p. 09) e enquanto direitos históricos, eles estão suscetíveis a mutações e ampliações, tanto de seu rol quanto de sujeitos a serem salvaguardados. Ainda que se afirme que o homem abstrato é detentor ontológico de tais direitos, nenhum desses direitos foi desenvolvido apenas no plano teórico: eles são produtos de reivindicações dos cidadãos.

Em razão disso, os direitos considerados essenciais para promover a dignidade da pessoa humana foram alçados ao nível de direitos humanos, possibilitando mecanismos para sua tutela internacional. Nesse sentido, Carlos Weis (2012, p. 26), a despeito de encampar a corrente jusnaturalista, afirma que “a contemporaneidade dos direitos humanos é marcada justamente por sua positivação internacional [...]”, ao passo que os ditos direitos fundamentais seriam entendidos como “os direitos humanos reconhecidos como tal pelas autoridades às quais se atribui o poder político de editar normas, tanto no interior dos Estados quanto no plano internacional; são os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis, nos tratados internacionais” (COMPARATO, 2015, p. 71).

Entretanto, esta visão universalista e igualitária da promoção e tutela dos direitos humanos foram – e ainda são – objetos de embates doutrinários, principalmente quando se busca a essência deste “humano” consagrado nas cartas e tratados internacionais, pois, como afirmara Hans-George Gadamer (1997, p. 403) “[...] a compreensão só alcança sua verdadeira possibilidade quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias [...]”.

Nesse passo, como alerta Costas Douzinas (2009, p. 104-111), a Declaração Universal dos Direitos do Homem apontava para um novo rumo na tutela dos cidadãos, notadamente para sua emancipação e abandono progressivo dos preconceitos e opressões, ou seja, objetivavam a sujeição do poder à razão (da lei). Assim, defende o referido autor a falácia de uma *natureza humana abstrata e universal*, distribuída de forma igualitária, tendo em vista a dependência que qualquer sujeito, principalmente nos primeiros anos de vida, tem de seus pais e familiares para que consiga se desenvolver – e nem sempre todos possuem as mesmas condições. Além disso, ao analisar o homem concreto que era tutelado nessas convenções, acerca da cor, gênero, sexo, classe social, idade, verifica-se que a sintaxe da igualdade entre os sujeitos sai de cena, pois ela tutelava o homem branco e burguês, o “protótipo de humanidade” e quaisquer diferenças biológicas, psicológicas ou sociais eram, no plano concreto, sinal de inferioridade: eram um não-ser. Consequentemente, as mulheres eram excluídas, por serem possuidoras de sentimentos fugazes que a impediam de serem racionais; os negros eram escravos, vistos como mercadoria e não como sujeitos de direitos; e os socialmente excluídos não tinham seus direitos básicos efetivados. Como forma de tentar justificar essas distinções no plano concreto, “[t]eóricos dos direitos argumentam que tais declarações são normativas ou aspiracionais e não declarações de fato. Elas deveriam ser lidas como ‘todos os homens deveriam ser iguais em direitos e dignidade’”. Prova disso é a própria Constituição de 1824 que, embora reproduzisse alguns termos da Declaração Universal de Direitos Humanos, com uma visão liberal, manteve a escravidão.

Prossegue Douzinas afirmando que essa afirmação não é de todo correta, pois os direitos humanos deveriam ser declarações de fato, como forma de constatar sua obviedade e legitimar os legisladores. A mera exortação, desse modo, apresenta apenas o hiato existente entre a realidade e a declaração de direitos e que “são uma mentira do presente que pode ser parcialmente verificada no futuro” (2009, p. 110), pois há sujeitos que, por mais que não estejam ou estivessem tutelados pela lei de um Estado, estão sujeitos a ela.

Ao longo de nossa própria trajetória político-social, constata-se um falso universalismo, já que boa parte da população esteve alijada de seus direitos e da participação

na vida democrática, seja em razão do sexo, da escravidão ou decorrente do voto censitário. Enquanto pessoas sem poder de voto, também eram invisíveis no campo político: eram indivíduos subintegrados. Antonio Carlos Wolkmer aponta inclusive que a legislação promulgada até o século XX, notadamente o Código Civil de 1916, refletia muito o caráter daquela sociedade, impregnada por uma “[...] mentalidade patriarcal, individualista e machista de uma sociedade agrária preconceituosa, presa aos interesses dos grandes fazendeiros de café, dos proprietários de terra e de uma gananciosa burguesia mercantil” (2003, p. 85). Prova disso é a falta de tutela dos índios e escravos na legislação e na Constituição de 1824 – a situação no negro era ainda pior, pois as referências a eles constavam apenas do Código Criminal, mas, como ressalta Wolkmer (2003, p. 83), não poderiam ser a eles aplicadas penas de trabalhos forçados ou de morte, pois, como eram vistos como coisas, o seu proprietário não poderia ver-se despojado de seus bens.

Este recorte de cidadania e outorga de direitos humanos alijou os povos explorados da participação na construção do direito nacional e, como consequência, são esses povos que habitam os guetos e zonas periféricas, em sua maioria. A falta de mecanismos que assegurem a efetiva participação na tomada de decisões para garantir seus direitos torna-os principal alvo da justiça penal e da violência policial.

Corroborar-se tal afirmação com o levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ, apontando o Brasil com o terceiro maior índice de encarceramento mundial, contando com 715.592 indivíduos no sistema penal – sendo 567.655 reclusos em penitenciárias e 147.937 em prisão domiciliar – e um déficit de 210.436 vagas, sem considerar os 373.991 mandados de prisão aguardando cumprimento (2014, p. 04). Além disso, qualquer possibilidade de incentivo a estudo ou trabalho a estes indivíduos acaba sendo muito reduzida, pois apenas 11% dos presos estão envolvidos em atividades educacionais³⁰ e uma média de 16% em atividade laboral³¹ (BRASIL, 2014, p. 122-127).

A situação agrava-se mais quando se analisa a violência policial: o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (2015, p. 06) aponta que a cada três horas uma pessoa é morta pela polícia brasileira, totalizando 3.009 vítimas em 2014 – e um aumento de 37,2% na letalidade em

³⁰ A pesquisa não levou em conta o Estado de São Paulo, por falta de fornecimento de dados. Ademais, convém ressaltar que em apenas seis estados (Acre, Alagoas, Amapá, Goiás, Maranhão e Piauí) há mais vagas para estudo do que de presos interessados. Nos demais, há muito mais apenados estudando do que o número ideal de vagas (BRASIL, 2014, p. 122). Sem embargo, os Estados de Alagoas, Amapá e Piauí, a despeito de contarem com poucos interessados em atividades estudantis, possuem índices consideráveis de presos envolvidos em atividades laborais (Alagoas possui o maior índice de presos em atividade laborativa do Brasil; Amapá, o terceiro; e Piauí, o oitavo).

³¹ A pesquisa não incluiu dados do Estado de São Paulo, por não possuir as informações necessárias.

comparação ao ano de 2003 –, quantidade 46,6% superior à registrada de latrocínios em 2014. Ademais, entre 1997 e 2002, somente o Estado do Rio de Janeiro elaborou 12.560 autos de resistência, todos concentrados nas favelas cariocas (CANO, 1998), onde 46% dos cadáveres apresentavam quatro ou mais impactos de bala, 61% tinham ao menos um disparo na cabeça; 65% foram atingidos por ao menos um disparo pelas costas; um terço possuíam lesões que indicavam terem sido golpeadas antes de serem executadas e dos 301 casos analisados, constataram-se 40 disparos a queima-roupa – sinal evidente de execução – e desses mesmos 301 casos, 295 foram arquivados e os outros 6 denunciados foram absolvidos posteriormente, a pedido do Ministério Público. Para agravar ainda mais a situação, a Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, entre 1995 e 1998, concedeu “premiações por bravura”, que geravam um incremento de 50 a 150% na remuneração do agente envolvido em ocorrências policiais que resultassem em morte dos suspeitos – e isso agravou os indicadores de uso excessivo da força policial (CANO, 2003, p. 05-09).

Até mesmo setores aliados à esquerda política têm tentado justificar esses massacres ocorridos nos guetos. Tarso Genro, ministro da Justiça durante o segundo governo Lula (2007-2010), defendeu “enfrentamentos duros” com a ocupação das favelas, mesmo este programa, denominado Pronasci (Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania), também chamado de “PAC da Segurança”, tendo causado morte de 19 pessoas, só em sua primeira fase (FOLHA, 2007, *s.p.*). Roberto Leher (2008, p. 28) aponta que “[o] conceito desenvolvido pelo novo Programa tem como pressuposto que as favelas e áreas em que habitam os pobres são territórios hostis que devem ser ‘retomados’ militarmente, mesmo que à custa de inevitáveis ‘excessos’ (eufemismo para execuções)”.

Constata-se uma negativa constante dos direitos humanos dessas comunidades carentes e despojadas de dignidade, que além de excluídas socialmente, são também excluídas espacialmente, isto é, são isolados e segregados em zonas periféricas e afastadas do centro, reduzindo as possibilidades de conhecimento do Outro em sua alteridade, o que facilita a visão dessa população enquanto inimigos, animais, simples mão de obra ou coisificados e não compreendendo a realidade em que está inserido e as inúmeras dificuldades que enfrentam em decorrência do preconceito e pela não-efetivação de seus direitos fundamentais. Por tais motivos, Bauman (2003, p. 109-111) afirma que “gueto” é a “impossibilidade de comunidade” e prossegue afirmando que há correlação entre a “guetificação” e a criminalização da pobreza, ocorrendo, portanto, uma relação paralela e complementar entre guetos e penitenciárias, pois ambos são formas de “prender os indesejáveis ao chão”.

Complementando essa visão de Bauman, mister se faz trazer os apontamentos de Aury Lopes Júnior (2006, p. 12) acerca da exclusão espacial das comunidades, que comprime a visão do Outro:

É uma situação em que cada coisa se acha em seu justo lugar e em nenhum outro. O oposto da pureza (o imundo, sujo) e da ordem são as coisas fora do seu devido lugar. Em geral, não são as características intrínsecas das coisas que as transformam em "sujas", senão o estar fora do lugar, da ordem. Exemplifica o autor como um par sapatos, magnificamente lustrados e brilhantes, que se tornam sujos quando colocados na mesa das refeições. Ou ainda, uma omelete, uma obra de arte culinária, que dá água na boca quando no prato do jantar, torna-se uma mancha nojenta quando derramada sobre o travesseiro. O exemplo é interessante e bastante ilustrativo, principalmente num país como o nosso, em que vira notícia no Jornal Nacional o fato de um grupo de favelados terem "descido do morro" e "invadido" um *shopping center* no Rio de Janeiro. Ou seja, enquanto estiverem em seu devido lugar, as coisas estão em ordem, mas, ao descerem o morro e invadirem o espaço da burguesia, está posta a (nojenta) omelete no travesseiro. Está feita a desordem, a quebra da organização do ambiente.

É indubitável que esta política de exclusão é incompatível com os direitos e garantias fundamentais preconizados na Constituição da República Federativa do Brasil, mas é inegável que vem ganhando força, impelido pelo discurso de insegurança social pregado pelos veículos de comunicação social hodiernos, impelido de uma premissa lombrosiana de que esta população deve ser afastada do convívio social, seja segregando-a em guetos, seja em presídios. Não é por menos que nos Mutirões Carcerários, orquestrados pelo Conselho Nacional de Justiça, de 2008 a 2013 concederam mais de 80 mil benefícios e 45 mil, ao menos, foram libertados, pois já haviam cumprido sua pena integralmente – mas estavam encarcerados, esquecidos pela sociedade e pela justiça (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a, *s.p*). Ou seja, ao todo, mais de 125 mil pessoas estavam presas sem que merecessem mais estar ali. E pior: em condições humanas degradantes, privados, muitas vezes, de sua humanidade.

Esta privação da humanidade, para Philip Zimbardo (2012), é uma das piores coisas que podem ser feitas a qualquer indivíduo, pois conduz a um processo psicológico de desumanização, acreditando que estes não-humanos são pessoas desprovidas de sentimentos, pensamentos e valores que os demais membros sociais, facilitando ações abusivas e (auto)destrutivas. E isto ocorre principalmente dentro das prisões, onde as emoções são inibidas ou distorcidas e essa indiferença com que são tratados gera uma falta de identidade pessoal que

pode induzir a um comportamento antissocial e facilitando a internalização dos estereótipos socialmente construídos em torno da ideia do “criminoso” e do “ex-presidiário”.

A despeito do estudo de Zimbardo ter sido realizado nos Estados Unidos da América, em um contexto econômico-social distinto do brasileiro, tais estudos podem ser aplicados a esta realidade, notadamente para compreendermos que a falta de efetivação e tutela dos direitos humanos destas populações periféricas impede sua emancipação e (re)inserção social. A falta de condições dignas nos presídios brasileiros, além de ser uma realidade latente, foi também declarada no voto no Ministro Luis Roberto Barroso, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 580.252/MS, onde afirmou o não-cumprimento do dever do Estado brasileiro em “garantir condições dignas de encarceramento encontra-se diretamente relacionado a uma deficiência crônica de políticas públicas prisionais adequadas, que atinge boa parte da população carcerária e cuja superação é complexa e custosa”, pois a condição atual dos presídios fere inúmeros direitos humanos e fundamentais dos encarcerados, como a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III CRFB), proibição da tortura e tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III, CRFB), vedação das sanções cruéis (artigo 5º, XLVIII, “e”, CRFB), inviolabilidade da integridade física e moral (artigo 5º, LVII, CRFB) dos condenados, além de saúde, alimentação e acesso à justiça e, em razão disso, o preso submetido à superlotação e situação degradante tem direito à indenização do Estado por danos morais (BRASIL, 2017).

O maior exemplo de violação de direitos humanos dos detentos, no Brasil, é o fato ocorrido na casa de detenção José Mário Alves, conhecida como presídio Urso Branco, em Rondônia, que ensejou sua condenação perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos (2005). Esse possuía uma capacidade para 460 internos, mas já tendo alcançado até 1.200 detentos. Entre os anos de 2001 a 2007 mais de 100 pessoas foram mortas. Ademais, foram noticiados homicídios sistemáticos de reclusos, sem qualquer intervenção das autoridades; esquartejamentos; pedaços de corpos lançados contra as autoridades; torturas; superpopulação carcerária; estrutura local com baixa ventilação; escasso acesso à água por parte dos detentos; raros banhos de sol. Além disso, em 09 de julho de 2007, após um motim, os presos desarmados, despídos e dominados, foram levados para uma quadra de esportes onde foram alvejados por munição letal e antimotim, conforme consta do relatório do Instituto de Defesa dos Direitos Humanos – IDDH – e da Clínica de Direitos Humanos da UNIVILLE (2016, p. 05-06).

Recentemente, duas grandes rebeliões ocorridas em Manaus e em Roraima marcaram por serem o segundo e o terceiro maior massacre da história brasileira. Entre a explosão de uma

e outra, outra rebelião ocorreu na Penitenciária Padrão Romero Nóbrega, em Patos, na Paraíba, que deixou dois mortos em quatro de janeiro de 2017 (GLOBO, 2017a, *s.p.*).

No dia dois de janeiro de 2017, em Manaus, a rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim deixou 67 mortos – a maioria deles, após a rebelião. O complexo conta com três unidades e todas estavam superlotadas: o setor destinado aos presos masculinos em regime fechado, onde ocorreu a rebelião, tinha capacidade para 454 vagas, mas ali estavam detidos 1.224 (quase o triplo); no regime semiaberto, a capacidade era para 138 detentos, mas abrigava 602 (mais de quatro vezes mais); além de um déficit de 24 vagas no centro de detenção provisória feminino (GLOBO, 2017b, *s.p.*).

Em Roraima, em seis de janeiro de 2017, na penitenciária agrícola de Monte Cristo foram 31 o número de mortos oficialmente declarados. O presídio tinha capacidade para 750 detentos, mas abrigava 1.475, sendo 64% deles presos provisórios (GLOBO, 2017c, *s.p.*). Na ocasião, ao menos 30 dos mortos foram decapitados, alguns enquanto vivos e outros tiveram o coração arrancado (GLOBO, 2017d, *s.p.*).

A constante violação dos direitos humanos e fundamentais dos detentos em todo território nacional ensejou, inclusive, a ADPF 347/DF, proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) que declarou, por medida liminar, em 09 de setembro de 2015, o “estado de coisas inconstitucional”³² que se encontram os presídios brasileiros, ante a presença dos três pressupostos necessários: “situação de violação generalizada de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação; a superação das transgressões exigir a atuação [...] de uma pluralidade de autoridades” (BRASIL, 2015b, p. 11).

Na inicial ainda se afirma que a União dispõe de recursos oriundos do Fundo Penitenciário – FUNPEN, mas estaria contingenciando-os – mesmo ante grave estado de violação sistêmica de direitos humanos existente nos cárceres. Some-se a isto a banalização da prisão provisória, por parte do Judiciário, tendo em vista que 41% dos presos esperam julgamento, o que demonstraria a construção de uma “cultura do encarceramento” (BRASIL, 2015b, p. 10).

³² Esta tese foi importada do entendimento adotado pela Corte Constitucional da Colômbia, no julgamento de: Sentencia nº SU-559, de 6 de novembro de 1997; Sentencia T-068, de 5 de março de 1998; Sentencia SU – 250, de 26 de maio de 1998; Sentencia T-590, de 20 de outubro de 1998; Sentencia T – 525, de 23 de julho de 1999; **Sentencia T-153, de 28 de abril de 1998**; Sentencia T – 025, de 22 de janeiro de 2004. Destaque maior para a Sentencia de Tutela (T) 153, de 28 de abril de 1998 que versa sobre o estado de coisas inconstitucional dos presídios colombianos.

Esta cultura é uma das maiores responsáveis pelo déficit de vagas em nossos sistema prisional. Em 2014, a população prisional perfazia 711.463 presos – aí incluídos os 174.397 em prisão domiciliar – para preencher as 357.219 vagas existentes. Ou seja, tem-se um déficit de 206.307 vagas, excluindo-se os presos em domicílio (e também não computados os 373.991 mandados de prisão não cumpridos) (BRASIL, 2015b, p. 04). Caso fossem também excluídos aqueles 41% presos em situação provisória, que corresponde a 220.197 detentos, haveria sobra de 13.890 vagas no sistema prisional. Não se olvida que há casos em que a prisão provisória possa, de fato, ser imprescindível, mas sua aplicação deve ser excepcional – e não da forma indiscriminada como é aplicada.

A situação ainda é mais terrível em relação às minorias dentro do sistema carcerário: mulheres, travestis e transexuais, dada sua invisibilidade social, sofrem mais ainda com a realidade carcerária. Nas penitenciárias femininas não estão estruturadas adequadamente, sendo patente falta de creches e berçário para os filhos das detentas, além da ausência de auxílio às parturientes e gestantes, sem acompanhamento médico e pré-natal, e ainda realizavam trabalho de partos algemadas em macas – o que, inclusive, motivou a produção do Decreto nº 8.858, de 26 de setembro de 2016, proibindo expressamente, em seu artigo 3º “emprego de algemas em mulheres presas em qualquer unidade do sistema penitenciário nacional durante o trabalho de parto, no trajeto da parturiente entre a unidade prisional e a unidade hospitalar e após o parto, durante o período em que se encontrar hospitalizada”. As políticas carcerárias, porque voltadas notadamente para os homens, por serem maioria no sistema penitenciário, invisibiliza as mulheres privadas de liberdade, a ponto de faltar produtos de higiene, como absorventes íntimos, obrigando-as a utilizar pão seco em seu lugar.

As travestis e transexuais também são esquecidas pelo sistema. Além da patente falta de políticas de saúde específicas para essas minorias, elas, porque presas junto aos demais detentos, sem qualquer separação adequada, são submetidas a violência sexual constante, culminando na contração de diversas doenças sexuais. Além disso, há relatos de tortura praticados contra essa população, como o ocorrido com a travesti Verônica Bolina, que foi espancada e teve o rosto desfigurado após um surto psicótico que teve dentro do centro de detenção provisória em Pinheiros, em que aguardava julgamento (TOMAZ; ACAYABA, 2015, s.p.).

Como consequência dessa barbárie, o cárcere brasileiro não ressocializa, como regra; ao contrário, auxiliam na escalada, para a escola do crime. Prova disso é a taxa de reincidência

“torno de 70% e alcança, na maioria, presos provisórios que passaram, ante o contato com outros mais perigosos, a integrar alguma das facções criminosas” (BRASIL, 2015b, p. 08)

Com isso, o Supremo Tribunal Federal defendeu a tomada de medidas urgentes para impedir esta violação constante de direitos humanos, por parte do Poder Público, que vem deixando de promover políticas públicas adequadas e suficientes para assegurar a dignidade humana dos detentos, mas por intermédio de ordens flexíveis, que dessem margem para a adequação e criação do Legislativo e Executivo, como se fosse um coordenador institucional, produzindo o denominado “efeito desbloqueador”. Inclusive defendeu que políticas deste jaez são consideradas “ponto cego legislativo” (*legislative blindspot*), por serem obliteradas dos debates políticos, justamente por medo da repercussão negativa no seio de seu eleitorado (BRASIL, 2015b, p. 15).

Infelizmente, os direitos humanos não são vistos, pela opinião pública, como uma conquista histórica, fruto de incansáveis lutas sociais, mas, sim como uma benesse estatal que visa à proteção dos criminosos em detrimento do sacrifício dos “cidadãos de bem”. A imagem do sofrimento da vítima, identificada como alguém humano e semelhante do telespectador, reveste-se de relevante importância para enraizar esse argumento no inconsciente coletivo, estabelecendo, ainda, uma crença de que assegurar direitos humanos ao réu, desumanizado, “ou do condenado se traduziria numa ofensa à vítima, à qual se deve solidariedade”, ao passo que “o delinquente não pode realizar nenhuma reclamação moral frente aos outros, posto que é concebido como um inimigo que perdeu qualquer direito e proteção” (ALMEIDA, 2013, p. 275). Desse modo, o receio de como o público vai recepcionar medidas que humanizem o sistema penal e carcerário acaba impedindo o amplo debate e implementação de políticas públicas deste jaez. E isto está muito ligado com o paradigma retributivo que se vive e que determina como se deve reagir diante da infringência da norma penal, onde a sociedade (ou o Estado) é vítima constante dos delitos e as respostas aos delitos adotam um padrão de recrudescimento, como preconizado nas políticas de “Lei e ordem”. Em razão disso é que se faz atual a afirmação de Howard Zehr (2008, p. 90) aponta:

O motivo de tantos de nossos fracassos é a lente através da qual enxergamos o crime e a justiça, pois essa lente é uma construção da realidade bastante específica, ela é um paradigma. Mas este não é o único paradigma possível [...] nosso paradigma retributivo é relativamente recente e que outros paradigmas são possíveis. Eles sugerem também alguns materiais construtivos para criar uma visão alternativa.

Assim, é imprescindível buscar outras lentes para analisar o sistema penal como um todo. Se os Códigos Penal e Processual Penal brasileiros foram elaborados na década de 1940, sob influência do Código de Rocco, da Itália fascista, é preciso construir um novo olhar para o problema, partindo não mais de ideias oriundas de regimes totalitários, mas sob uma perspectiva democrática e republicana.

Observa-se é que, ainda que o Brasil tenha passado por um período de redemocratização “negociada”, ante as inúmeras concessões e pressões realizadas por parte dos detentores do poder político para que obtivessem a transição de regime), não houve a implementação de fato de um Estado Democrático de Direitos. José de Souza Martins (2015, p. 130-131) afirma inclusive que “[n]ossa modernidade não é moderna, é apenas caricatura do moderno”, isto porque “[n]ão se levou em conta que a desordem do Estado ditatorial viabilizara o revigoramento e a difusão da cultura do poder, da vendeta, do arbítrio, do menosprezo pela pessoa e pelo corpo do outro, agora colocados nas mãos até de membros das forças policiais”.

Tais fatores, aliados a uma cultura punitivista, não reconhecem o Outro em sua alteridade e não atribuem humanidade, de fato, a todos os humanos. O subcidadão seria um não-cidadão, um não-sujeito, um não-ser, um hiato entre existir e ser cidadão, titular de direitos e garantias fundamentais. Assim é preciso buscar meios de empoderar esta população, para que efetive sua cidadania dentro de um círculo democrático.

Nessa senda, Ignácio Cano (1998) afirma que a população carente e marginalizada é coisificada e, muitas vezes, sua visibilidade está atrelada ao voto – e, passadas as eleições, essa população é traída e esquecida pelo Executivo e Legislativo, justamente por não se ter mecanismos democráticos hábeis para se defender ou opor resistência às afrontas aos seus direitos fundamentais, romanticamente consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil. Pior ainda é a situação do condenado penal, desprovido dos direitos políticos e invisível aos olhos dos governantes e parlamentares.

É preciso, assim, democratizar os meios de participação social e, mais especificamente para este trabalho, é preciso democratizar as formas de punição e dicção do direito penal, pois o sistema penal deve estar vinculado com a representatividade de suas normas dentro de determinado contexto social e somente por intermédio de uma participação democrática ativa é que será possível a salvaguarda dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Uma democracia material e de alta densidade empodera os cidadãos, que se tornam mais conscientes de seus direitos e das maneiras de tutelá-los. Com isso, os índices de qualidade

de vida terão uma melhora, notadamente aqueles aliados ao Índice de Desenvolvimento Humano – IDH, e, principalmente, o Índice de Desenvolvimento Humano ajustado à Desigualdade – IDHAD. E esta melhora reflete também no direito penal.

Silva (2012, p. 316) aponta que é possível considerar “intensa a correlação entre desenvolvimento humano e criminalidade violenta, a agregação do componente desigualdade ao IDH (compondo o IDHAD) torna ainda mais prevalente a correlação entre desigualdade e criminalidade violenta”. Para tanto, o referido autor leva em consideração a comparação realizada entre as estatísticas de IDH, IDHAD e as taxas de homicídio³³, demonstrando que os países de IDH elevado tem menores índices de criminalidade violenta³⁴, ao passo que os países com IDH baixo ostentam altíssimo taxar de homicídio.

Entretanto, Silva (2012, p. 318-320) aponta que há países de IDH baixo, mas com diminutos índices de homicídio, como o Egito e China com, respectivamente, 1,2 e 1,1 morte para cada 100 mil habitantes. A explicação para isso está no fato de que não é a desigualdade, a privação material, por si só, nem a falta de oportunidade que fazem surgir a criminalidade; eventual abismo entre as oportunidades individuais, menor adesão aos valores de uma sociedade consumista, menor individualismo e competitividade e maior influência dos instrumentos informais de controle do delito, bem como a inclusão social e a democracia, podem interferir na criminalidade violenta, pois “o comportamento antissocial emana de uma contradição existente entre os objetivos socialmente construídos [notadamente a realização do “Sonho Americano” e da meritocracia] e disponibilidade de meios para atingi-los, cumulado com a fomento a um individualismo dos sujeitos”.

Corroborando tal asserção a pesquisa apresentada por Daniel Cerqueira e Rodrigo Leandro de Moura (2015, p. 13), ao apresentarem interessante correlação entre oportunidade de emprego e criminalidade violenta. Afirmam que, entre os jovens, o desemprego teria forte efeito nas taxas de homicídio: na faixa etária dos 25 a 29 anos, o aumento de 1% na taxa de desemprego está associado a 3,8% de aumento na taxa de homicídios da população em geral; já para a faixa

³³ A justificativa para utilização do homicídio para considerar a criminalidade violenta está no fato de este crime ostentar as menores taxas de cifra negra.

³⁴ Ainda que se possa alegar que, a despeito de os Estados Unidos, Chile, Coreia do Sul e Argentina apresentarem alto IDH, perdem posições quando levados em consideração as taxas de desigualdade - e mesmo assim possuem baixas taxas de criminalidade violenta. Entretanto, isso não faz com que eles sejam exceções à regra: a despeito das baixas taxas, esses países são os que, dentro dos países de IDH elevado, possuem os maiores índices de homicídios. Ou seja, apesar de se distanciarem da maioria dos países, dentro do grupo em que estão inseridos, eles seriam os mais violentos e, concomitantemente, os mais desiguais (SILVA, 2012a).

dos jovens de 18 a 24 anos, o aumento de 1% do desemprego para eles eleva a taxa de homicídios local em 2,1%.

Entretanto, tais correlações não pode ser interpretada de forma ortodoxa, pois deve-se considerar que há muitos outros fatores que interferem na criminalidade cruenta – até porque, transportada essa noção para a realidade brasileira, os estados com maiores índices de IDH nem sempre ostentam as menores taxas de homicídio. Razão para isso ocorrer no Brasil reside, em primeiro lugar, pelo fato de que os crescentes investimentos em segurança pública – notadamente por esses estados com elevado IDH – não tem conduzido, necessariamente, à redução da violência. Além disso, há alta letalidade e violência na atuação policial, que contribui para o agravamento do problema, pois “a simples redução dos níveis de letalidade das ações da polícia brasileira (tida como das mais violentas do mundo) já provocaria um significativo decréscimo nos índices de homicídio em geral” (SILVA, 2012b, p. 323-324).

Há, com isso, a insistência no paradigma repressivo, que, infelizmente, não caminha na melhora da redução da violência: no melhor dos cenários, a redução é diminuta ou os índices são mantidos. É nesse contexto que Marcos Rolim (2006) afirma a existência, no campo das políticas públicas, da “Síndrome da Rainha Vermelha”³⁵, demonstrando que, ainda que haja grandes investimentos em políticas públicas de segurança, a mudança é *zero*. Tem-se, com isso, o fomento, inclusive defendido pela sociedade civil, de um modelo policial autoritário em uma realidade apenas formalmente democrática.

Oportuna a reflexão de Silva (2012, p. 329-330), ao relacionar o IDH às reduzidas taxas de encarceramento, apontando como possível resposta a de que tal índice foi alcançado por terem tais países “resistido à tentação de ‘governar pelo crime’ (para usar a expressão de Jonathan Simon), de ‘punir os pobres’ (como prefere Wacquant ou de Giorgi), de utilizar um ‘sistema penal máximo’ para compensar uma ‘cidadania mínima’ (para lembrar Andrade)”. E conclui o raciocínio afirmando que “[a]final, taxas de encarceramento e criminalidade violenta quase nunca estão em relação proporcional direta, pois maior ou menor rigor punitivo pode ser fruto de ‘sensibilidades políticas’[...] não diretamente ligadas à criminalidade real [...]”. Deste

³⁵ O termo foi cunhado como analogia ao que ocorre na obra “Alice no País das Maravilhas”, notadamente no “episódio do encontro de Alice com a Rainha Vermelha em um cenário bucólico que evoca a imagem de um imenso tabuleiro de xadrez a céu aberto. Essa passagem deu origem ao que Richard Dawkins (em *O relojoeiro cego*), a expressão “efeito Rainha Vermelha”, cunhado pelo biólogo americano Leigh van Valen para designar o princípio de “mudança zero” na taxa de êxito alcançado independentemente do progresso evolutivo, por exemplo quando o predador e a presa evoluem na mesma proporção e ritmo de tal forma que os melhoramentos alcançados por um e por outro se “anulam” (ROLIN, 2006, p.37). Transportada a ideia para as políticas públicas, ainda que haja alta intensidade no investimento de políticas públicas (ou ainda que Alice corra o mais rápido que puder), não se consegue avançar.

modo, o que se apresenta à realidade brasileira é um sistema penal ilegítimo, porque criminógeno, e que intenta, como forma de afirmar sua soberania, aumentar suas taxas de encarceramento, num ciclo sem fim, dada a prisionização existente nos cárceres (vide capítulo 1.2.2).

Analisando-se, ainda, as taxas de homicídio antes e depois da redemocratização do país, constata-se um grande aumento nos índices – o que demonstra uma relação mais dinâmica entre violência e democracia do que ingenuamente se possa imaginar, notadamente em relação a certa “bipolaridade axiológica e normativa” no tocante às “democracias restauradas, e seu potencial conflitivo (e esperada harmonização) que surge no intervalo entre o resgate da liberdade subtraída e a necessária legitimação da lei e da ordem, imprescindível em qualquer democracia” (SILVA, 2012b, p. 338).

A resposta para a não-redução das taxas de violência após a ditadura estaria no fato de o Brasil ostentar elevados índices de democracia formal, mas que, de forma antitética, possuem baixa densidade material, notadamente relacionada à cultura política e participação política (THE ECONOMIST UNIT, 2016, p. 08), o que demonstra um longo caminho a seguir em prol de uma democracia efetiva, de alta densidade, notadamente em razão do lento processo de redemocratização negociada, aliado a uma ditadura militar que defenestrou e deslegitimou o cenário político. Acerca do tema:

Tais indicadores políticos, quando cruzados com dados criminológicos, suscitam interessantes considerações: uma elevada e persistente taxa de criminalidade violenta (ainda que eventualmente estabilizada ou decrescente) é verificada num país (no caso, o Brasil) com bons atributos formais, mas com fracos atributos materiais de uma democracia, em termos de legitimidade, confiança, adesão convicta aos valores democráticos e participação política. E esse cenário de compromissos não verdadeiramente cumpridos de cidadania, democracia, igualdade, solidariedade, justiça parece ter efeito mais devastados sobre a legitimidade das instituições políticas (e, via de consequência, propiciando um quadro de “anomia institucional”, catalisador, até certo ponto, da criminalidade violenta) do que em estados onde a própria fragilidade dos atributos formais da democracia já não alimentam, seriamente, expectativa de práticas institucionais verdadeiramente democráticas. (SILVA, 2012b, p. 342-343)

Deste modo, a realidade democrática brasileira possui um caminho longo pela frente até que sua consolidação possa trazer retornos positivos para a contenção da criminalidade e encarceramento. É justamente por isso que se torna imprescindível a reconstrução e desconstrução dos “valores democráticos pela ética do cotidiano, pela mídia, pelo medo, pelo

terror, por elementos discursivos e axiológicos alimentados pelos próprios cidadãos (e seu eventual suporte às esferas de mando político e midiático) têm-se mostrado com força não menos desprezível para a configuração dos sistemas penais” (SILVA, 2012b, p. 344).

Somente com uma democracia sedimentada, por intermédio da participação ativa dos cidadãos e novas consciência e forma de olhar para a criminalidade é que será possível resistir aos sediciosos estímulos do paradigma retributivo e a construção de uma práxis penal libertadora.

2.1 Retração e expansionismo penal: as vicissitudes e contradições das políticas criminais contemporâneas

O medo é o mais funesto dos demônios que amedrontam a sociedade e conseqüentemente o mais explorado pela mídia e pelos discursos demagógicos, com viés eleitoral, altamente lucrativo. Como bem define Zygmunt Bauman (2010), o medo é um sentimento conhecido por toda criatura viva e advém da insegurança do presente e da incerteza do futuro, de não saber onde está a ameaça e como detê-la. Diante deste sentimento de impotência de controlar os problemas circundantes, nascem a insegurança e incerteza.

Estes fatores, inclusive, levaram Jesus-María Silva Sanchez (2011, p. 33) a denominar a sociedade hodierna como “a sociedade da ‘insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo)”. O medo e o mal sempre caminham juntos, pois eles são dois nomes da mesma experiência: “um deles se referindo ao que se vê e ouve, o outro ao que se sente. Um apontando para o ‘lá fora’, para o mundo, o outro para o ‘aqui dentro’, para você mesmo. O que tememos é o mal; o que é o mal, nós tememos” (BAUMAN, 2008, p. 74).

O pânico moral quase sempre é ilusório, mas é bem verdade que não é alucinado, ou seja, ele deforma a realidade, mas raras vezes inventa tudo. Como ressalta Eugênio Raul Zaffaroni (2013, p. 242), isso “obedece ao fato de ser mais simples alterar a percepção de um objeto real do que promover a de um inexistente. A existência de um objeto portador de algo de perigo ou dano facilita a tarefa de manipulá-lo até fazer crer que é necessário aniquilá-lo para sobreviver”. Exemplo disso é a insistente confusão entre operações militares de pacificação e massacre da população da periferia, intervenções dos exércitos em função policial, a longa tradição de militares a cargo das cúpulas policiais etc.

Como bem lembra Marilena Chauí (2006, p. 104), o medo não se restringe a apenas determinados segmentos sociais: ele é sentido por todos, indistintamente. A classe detentora do poder receia perder seus privilégios; a classe mais alta, teme perder seus bens e propriedades; a classe média receia a pobreza, a proletarização; a classe trabalhadora receia o desemprego, a morte cotidiana, a violência policial, a miséria absoluta.

Deste modo, infere-se uma diferença dos medos a depender da classe social a que se pertence. A classe dominante tem medos que dizem respeito, principalmente, aos seus interesses econômicos, políticos e sociais - em contrapartida, as classes mais baixas temem sua desumanização, ou seja, têm medo da perda de algo que é pressuposto pelos direitos fundamentais que deveriam estar concretizados pelo Estado por políticas públicas básicas. Estes medos geram no seio de cada classe uma espécie de rancor reprimido que necessita se materializar sobre um alvo tangível, para que se propague sua exclusão do meio.

Ademais, este medo da eliminação e desumanização das camadas mais pobres advém, inclusive, da propagação de classificação dos pobres em honestos e desonestos, como se este equivalesse a uma ilegalidade que justificasse sua eliminação. Honestidade, para o sistema capitalista, atrela-se com aquelas pessoas que se conformam com a ordem imposta, dispostos a realizar serviços braçais, renegados pelas elites, a troco de salários vis. E, afinal, como alerta Max Horkheimer (1986, p.58), em *Ocaso*, “têm os homens de ‘nível mais elevado’ fundamentos para condenar aqueles que estão na luta real?”.

Esta política criminal baseada no medo contra o outro desconhecido foi amplamente utilizada no campo político, principalmente pelos setores liberais e agora neoliberais. O alvo tangível deles era o negro, o pobre, o favelado, onde há um apelo massivo pela aplicação do sistema penal, que muitas vezes beira o linchamento. O discurso político, por sua vez, tende a articular-se sobre o medo e insegurança sociais, fustigando políticas criminais maximalistas, as quais se encontram em um cenário equivocado, sobrecarregado de velhas receitas ineficazes para os mesmos problemas - campo fértil para o expansionismo penal (LOZADA, 2016, *s.p*). Aliado a isto, tem-se a corrosão simbólica das garantias penais, que é visto como um protecionismo excessivo que inviabiliza a atuação do sistema penal.

Nessa atmosfera de medos e inseguranças, verifica-se a ampla difusão do pensamento expansionista do direito penal que vem se difundindo principalmente a partir de meados de 1980. Como sustenta Günther Jakobs, a expansão do direito penal consubstancia-se em uma atividade legislativa massiva, em matéria penal, tipificando condutas que “vistos desde a

perspectiva dos bens jurídicos clássicos, constituem hipóteses de ‘criminalização no estado prévio’ a lesões de bens jurídicos, cujos marcos penais, ademais, estabelecem sanções desproporcionalmente altas” – o que produz dois fenômenos principais: o direito penal simbólico e o ressurgir do punitivismo, duas linhagens do direito penal do inimigo (2012, p. 76-77).

Como alerta Juarez Cirino dos Santos (2012), esse não-Direito, que tenta justificar a desigualdade formal entre cidadãos e inimigos, contradiz o princípio democrático, levantado no seio das revoluções burguesas. Ademais, a aplicação deste direito penal do inimigo na América Latina consolidou o modelo autoritário de controle social vigente, que inviabiliza as promessas constitucionais de democracia real. A pena só serve para afastar este não-cidadão do convívio social.

É de se verificar que inúmeras leis e tipos penais não subsistiriam diante de uma análise conjugada com os princípios do ordenamento penal, notadamente aqueles norteadores pela intervenção mínima e subsidiária do direito penal. Ausência de observância da razoabilidade e proporcionalidade nas penas cominadas - tanto em concreto, como em abstrato - tem traço marcante em nosso sistema para a formação de uma sensação ilusória e perigosa de segurança. Ilusória porque "muitas vezes a persecução penal não é a mais adequada para determinada conduta ilícita; perigosa, pois a proliferação penal é campo fértil para abusos, autoritarismos e limitação de garantias" (KNOPFHOLZ, 2011, p. 17).

Na sociedade globalizada, passa-se a tutelar todos os riscos, com intuito de pacificação social. Neste modelo de direito penal do risco, a punição se projeta para momento futuro, a incriminar condutas que causem risco ao planeta ou às instituições sociais, e a pena perde seu laço estreito com o dano causado pelo sujeito individual e passa a se vincular com ações perigosas, segundo projeções calculadas com base em possibilidades vindouras.

Propaga-se uma antecipação da tutela penal para evitar qualquer tipo de risco de lesão aos bens jurídicos tutelados pelo direito penal, ocorrendo, por vezes, como forma de conter a insegurança social pós-moderna, a incriminação de atos preparatórios para os delitos e tendo preferência, na tipificação dos delitos, na elaboração de tipos penais de perigo preponderantemente abstratos, ocorrendo, assim, a consumação do delito pela simples criação de perigo ao bem jurídico tutelado, sem produzir dano efetivo, sem a necessidade de comprovação da situação de risco em que o bem jurídico foi colocado (BITENCOURT, 2010). Com isso, verifica-se que, com intuito de proteger a sociedade dos riscos sociais dos

“criminosos”, as tipificações de crimes de perigo abstrato preterem às de dano, afastando-se dos ideais garantistas e dos mandamentos constitucionais. Com isso, Silva (2010, p. 5057-5058) os cidadãos tornam-se mais vulneráveis às ações repressivas, ao passo que os ditos “inimigos” se tornam “vez mais implacáveis, cruéis e desumanizados na exata proporção em que têm como certo que serão tratados pelo Estado como meros inimigos, não como sujeitos de direitos (sequer como adversários)”.

Além disso, tem-se a figura do direito penal simbólico, que não só identifica um determinado fato como contrário ao ordenamento jurídico, mas, sobretudo, atrela-se a específico tipo de autor, que é visto como "outro", não compreendido em sua alteridade. A respeito, ensina Jakobs (2012, p. 88):

[...] a existência da norma penal - deixando de lado as estratégias técnicas - persegue a construção de uma determinada imagem da identidade social, mediante a definição dos autores como "outros", não integrados nessa identidade, mediante a exclusão do "outro". E, parece claro, por outro lado, que para isso também são necessários os traços vigorosos de um punitivismo exacerbado, em escala, especialmente quando a conduta em questão já está apenada. Portanto, o Direito Penal simbólico e o punitivismo mantêm uma relação fraternal. [...] e o que surge de sua união: o Direito Penal do inimigo

Consequentemente, verifica-se que outra faceta do expansionismo penal consiste, também, na panaceia punitiva, oriunda da superinflação da legislação penal - reforçando ainda mais o direito penal simbólico. Em análise feita acerca da eficácia da Lei de Crimes Hediondos, observou-se que, com base em dados dos Estados do Rio Grande do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, não se observou a redução da criminalidade, mas, sim, a manutenção dos índices ou, até pior, seu acréscimo – e só serviram para agravar a superlotação do sistema penitenciário (VALOIS, 2016). Ou seja, a lei só veio acalantar os medos e ânimos alterados da população, com a falsa sensação de maior segurança e proteção que o recrudescimento penal pode passar – mas restou inócua.

A metáfora apresentada por Eugênio Raúl Zaffaroni (1999, p. 18), em “Em busca das penas perdidas” é oportuna: na pré-história, o homem desenhava na parede das cavernas determinado animal, acreditando que uma força mística procederia à morte do animal. As políticas penais até hoje apresentadas não diferem disto: criam-se tipos penais, aumentam-se as penas e rigores em sua aplicação, na esperança de reduzir a criminalidade – que se mantém

inalterada ou até mesmo agravada – esperando que uma forma divina intervenha e, por intermédio do direito penal, solucione os problemas sociais que são, antes de tudo, contextuais.

A hipertrofia da legislação penal, fruto de políticas impensadas, com intuito puro e simples de ampliar o eleitorado, usurpa-se do direito penal, a pretexto de controle da criminalidade e proteger todos os bens jurídicos sociais, independentemente de sua relevância social, e utiliza-o como única forma possível de trazer o bem-estar e justiça sociais. Isso conduz a um niilismo penal, que perdeu de vista sua atuação subsidiária e é utilizado como instrumento de pretensa pacificação dos medos sociais, todavia, como alerta Agambem (2007, p. 91), quando “a exceção se torna a regra, a máquina não pode mais funcionar”.

Ademais, o excesso de leis penais abre margem para maior atuação policial na esfera individual de cada cidadão, para reprimir todas as condutas que são criminalizadas, de forma crescente – mas a polícia, infelizmente, não tem contingente suficiente para lidar com todos os problemas e, com isto, apenas parcela dos delitos cometidos serão investigados e reprimidos (por vezes, a critério do policial), ficando a outra parcela sem investigação ou sem solução, aumentando ainda mais as cifras negras. O direito penal passa a estar à deriva da sorte e da arbitrariedade policial: agora é, outrossim, seletivo e aleatório.

Essa hiperinflação, além de causar hipertrofia e corrosão do sistema criminal, conduz ao fenômeno denominado de “administrativização do direito penal”, que se caracteriza pela introdução, como objeto de tutela do ordenamento penal, de outros tantos que poderiam ser protegidos pelos demais ramos do Direito e transfere ao direito penal um fardo que ele não pode sustentar por muito tempo - se é que ainda o faz! Fardo esse que poderia ser compartilhado com o direito administrativo sancionador.

Aliado a isto, nos países capitalistas, notadamente o Brasil, há tratamento ideológico que é repassado desde a infância, quando se aprende a ver com normalidade a segregação dos pobres em comunidades, favelas ou guetos, repulsando com ojeriza seus moradores. O discurso midiático trabalha pela atuação do direito penal como *prima ratio*, que implicará em um aumento incisivo do medo e do mal. Nessa engenharia social, como explica Leandro Gornicki Nunes (2011, p. 103), a vida que não é dócil e útil aos propósitos do modelo econômico neoliberal é proscrita por meio da fome ou do fuzil.

O acúmulo de males nos guetos faz com que seus moradores se sintam desanimados e percebam que eles e sua família têm poucas oportunidades para se desvencilhar da situação de exclusão que vivem no presente, somado ao fato da dificuldade que encontram em se inserirem

no mercado de trabalho, notadamente em trabalhos não braçais, “resultado da mácula que afeta os habitantes das áreas urbanas decadentes, à medida em que seus bairros são identificados como instáveis solos de cultivo de ‘problemas sociais’”(WACQUANT, 2001, p. 32).

Este discurso extenuante abre margem para políticas de direito penal máximo, de aplicação severa de penas e supressão de direitos e garantias processuais penais. Todavia, este sistema não pode ser controlado racionalmente, notadamente pela “ausência do limite mais importante ao arbítrio punitivo, que é ademais a principal garantia de certeza: a rígida predeterminação acerca do processo de qualificação do delito” (FERRAJOLI, 2010, p. 103).

Aliado a tudo isso, verifica-se, como forma de garantia da ordem pública, a banalização da decretação de prisões preventivas, baseada na periculosidade abstrata do delito, o que é vedado por nossos tribunais superiores – mas os tribunais de justiça e juízes locais insistem em vedar seus olhos para esta orientação. A pretexto de punir, ainda, relativiza-se nulidades absolutas, desrespeitando normas de ordem pública, como forma de conter e satisfazer o clamor social.

Em relação à pena privativa de liberdade, no século XX ganhou destaque a teoria do *Law and Economics* no direito penal, com base em uma teoria econômica dos delitos e das penas. Retomando o caminho iniciado com Beccaria e Bentham, incorporou-se à teoria destes elementos da economia (neo)liberal contemporânea, como Frederick Hayek e Milton Friedman. Como ressalta Quirós (2012, p. 275), “esta corrente se propõe analisar a conduta delitiva e o castigo com as ferramentas da Economia, como o faria com qualquer outra conduta humana. Também pretendeu observar [...] custos e benefícios do sistema de justiça penal”³⁶. Assim, almeja-se uma sanção que permita maximizar os benefícios, com minimização de seus custos. Além disso, as teorias economicistas pressupõem um *homo economicus*, em que realiza o cálculo entre o benefício que poderá auferir com o crime e as desvantagens advindas da aplicação da lei penal – e por isso é que a pena deveria ser aplicada em montante suficiente para dissuadir qualquer cidadão da infração à norma. Assim, para os economicistas, penas austeras intimidariam os indivíduos a não infringirem a norma penal.

Entretanto, Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde (2001) advertem que o impulso para o crime não é contido pela ameaça da pena, como defendem os economicistas, pois são vários os motivos que podem influenciar na prática ou não de determinado delito, como

³⁶ Tradução livre do autor: “esta corriente propuso analizar la conducta delictiva y el castigo con las herramientas de la Economía, como lo haría con cualquier otra conducta humana. También pretendió observar [...] costos y beneficios del sistema de justicia penal”

sua personalidade, oportunidades para cometê-lo, possibilidade de ser descoberto e, somente em última instância, a gravidade da pena atribuída ao delito.

Por outro lado, com a ascensão do Estado do Bem-Estar Social, ganhara relevo o discurso preventivo, já justificado desde o século das luzes, que buscava trazer fundamentos diversos para a pena privativa de liberdade, como forma de fazer do apenado uma pessoa melhor, além de proteger a sociedade, afirmando a autoridade da lei e transmitindo segurança jurídica a uma sociedade cada vez mais complexa e contingente. O ideal ressocializador da pena manteve-se firme até a primeira metade do século XX, quando se constatou que às condições desumanas que aquelas pessoas estavam submetidas, arrefecendo muito a confiança na eficácia preventiva especial da pena.

Esse sentimento de descrédito nas finalidades re-educativas da pena é traduzido na expressão *Nothing Works*, nada funciona, que foi utilizada, pela primeira vez por Robert Martinson, ao divulgar o resultado de sua pesquisa realizada com 231 indivíduos que participavam de programas de reabilitação entre 1945 e 1967, apontando que, salvo raras exceções, a reabilitação não surtia efeito significativo nas taxas de reincidência. A partir de então a expressão começou a ser utilizada para apontar o fracasso dos programas preventivos e fortalecimento dos ideais retributivos da pena que pugnavam por penas mais severas – e, já que nada funciona, até discursos favoráveis à pena capital ganharam vulto (TIVERON, 2014, p.101)

Deste modo, outros países igualmente não verificaram a redução na taxa de criminalidade ou de reincidência, evidenciando a insuficiência das teorias preventivas em ressocializar o condenado, bem como em apontar para sociedade um padrão de conduta a ser seguido. A teoria preventiva trouxe inúmeras esperanças de solução para o problema da criminalidade, mas não teria passado de uma frustrada esperança.

Em um primeiro momento, atribuíram-se as falhas à má-implementação dos programas ressocializadores. Todavia, o descontentamento com os resultados da aplicação exclusiva da pena com fins preventivos abriu margem para ressurgimento das teorias retribucionista e fortalecimento das abolicionistas. Estes pretenderam demonstrar que a teoria preventiva fundada na patologia do indivíduo era descabida e não existiam alternativas para um castigo eficaz: a prisão seria uma instituição anacrônica e deveria ser substituída por outros meios mais efetivos de controle social do delito (QUIRÓS, 2012).

Os retribucionistas, por sua vez, começaram a defender a necessidade de redescoberta da sabedoria da teoria absoluta e dar-lhe nova roupagem. Capitaneados por Andrew von Hirsch,

a abordagem neorretribucionista entende que a melhor forma de reagir, ante a criminalidade, seria por intermédio da pena merecida – *just deserts* – determinada de acordo com a culpabilidade do agente e gravidade da ofensa. Barbara Hudson (2003, p. 40) assevera que, além disso, sua fixação deveria seguir certas diretrizes (*guidelines*), em que, conforme mais grave fosse o delito, maior seria o *quantum* da pena – o que foi difundido como as sentenças tarifadas (*tariff sentencing*): para cada crime há um preço a pagar.

Não há mais nenhuma finalidade de ressocialização ou de cunho intimidatório: deve-se fundamentar a punição na reprovação do fato cometido e aplicá-la de forma proporcional. A proporcionalidade aqui deve ser entendida por dois aspectos, conjuntamente: a proporcionalidade cardinal, que se refere à magnitude da pena, que deve ser fixada proporcionalmente à gravidade do delito cometido; e a proporcionalidade ordinal, ligada a um *ranking* de gravidade ofensas diversas, ou seja, é uma hierarquização dos delitos mais graves axiologicamente determinados pela sociedade (ASHWORTH, 2007) e, caso o crime não seja tão grave, pela proporcionalidade ordinal poderão ser adotadas penas mais curtas ou não privativas de liberdade. Esta prática é rechaçada por Hudson, pois, a despeito de trazer proporcionalidade na punição, não se sabe quais vetores para se determinar quais crimes são mais ou menos perigosos ou como se determinar atingir uma sentença proporcional (HUDSON, 2003, p. 46).

Entretanto, num primeiro momento, teóricos como von Hirsch, buscando a proporcionalidade do *just deserts*, apontavam que não deveriam prolatar sentenças com penas maiores que cinco anos, exceto em alguns casos de assassinato. Mas, ainda assim, a aludida teoria não possui nenhum princípio que possa afirmar se estas sentenças são realmente proporcionais (HUDSON, 2003, p. 46)

Os neorretribucionistas, por sua vez, levantam teses contundentes contra a teoria preventiva: a primeira é a falta de limitação e risco de serem aplicadas penas desproporcionais à gravidade do delito; a segunda afirma que se pode incorrer no equívoco de não se pune alguém “enquanto responsável, mas é decretado responsável com o fim de poder puni-lo [...]” (GROS, 2001, p. 69). Estes defensores, entre os anos de 1970 e 1980, começaram a justificar até que o “tratamento duro” dado aos criminosos seria para compensar as vantagens obtidas pelo crime e restauraria o equilíbrio social alado pelo crime (HUDSON, 2003, p. 47), dando margem, inclusive, para defesa da política nos moldes do *three strikes law*.

Ademais, os retribucionista, apegando-se ao “punir puro” acabam por renunciar a um dos objetos de estudo da Criminologia: a necessidade de se perquirir os efeitos e consequências das penas, para valorá-las do ponto de vista preventivo. A retribuição, então, acaba se tornando um conceito puramente normativo, sem qualquer verificação empírica (HASSEMER; CONDE, 2001).

Por derradeiro, constata-se o retorno das teorias retributivas, antes abandonadas com a ascensão do *Welfare State*, que vêm ganhando cada vez mais adeptos e amplo apoio dos meios de comunicação em massa, que induzem a opinião pública a desejar a punição dos malfeitores em retribuição ao mal pretérito causado, sem saber das suas reais consequências.

Nesse contexto, a corrente retribucionista vem ganhando grande destaque, notadamente pelos neorretribucionistas, com o apelo da opinião pública, conduzida pelo discurso midiático. No Brasil, a concentração dos meios de comunicação em pequenos grupos privados dificulta a disseminação de informações e a democratização da formação da opinião, dificultando o acesso da população aos prejuízos inerentes a estas políticas de mão dura. A informação deve estar à disposição de todos, não apenas de quem pode pagar por ela.

Esta afirmação é corroborada pela pesquisa realizada pelo Datafolha, no ano de 2016, encomendada pela ONG Fórum Brasileiro de Segurança Pública, e revela que metade da população das grandes cidades (57%) concorda com a expressão “bandido bom, é bandido morto” (além de 6% afirmarem que não concordam e não discordam, 3% não souberam responder e apenas 34% discordaram da expressão). Além do dado ser alarmante, por si só, constata-se um salto em relação à pesquisa realizada em 2015, em que 50% dos entrevistados concordavam com a expressão, 45% discordavam da afirmação, 3% não discordavam nem concordavam e 2% não sabiam opinar. Mas em verdade, combater a violência com mais violência, o medo com mais medo, o ódio com mais ódio não gera mais segurança, não promove nem a justiça, nem tampouco é capaz de universalizar ou, quando menos, fazer respeitar a dignidade e os Direitos Humanos.

Este cenário de exclusão e aplicação seletiva do direito penal sempre foi alvo de crítica de setores militantes da esquerda³⁷, notadamente pela falência do sistema carcerário e sua

³⁷ Cabe aqui ressaltar que não se pode reduzir nem a esquerda, nem a direita a um discurso uníssono, ante a pluralidade de pensamentos e ideias que cada uma abarca. Nesse sentido: “não existe uma única esquerda, mas muitas esquerdas, assim como, de resto, muitas direitas. Naturalmente, sustentar que existem muitas esquerdas significa reafirmar a tese tradicional segundo a qual deve existir um critério tradicional para distinguir a esquerda da direita” (BOBBIO, 1995, p. 46).

ineficácia no cumprimento dos fins das penas. Perceberam, assim, que “se as massas são injustamente difamadas do alto como tais, é também a própria indústria cultural que as transforma nas massas que ela depois despreza, e impede de atingir a emancipação” (ADORNO, 1987, p. 295).

Numa perspectiva agnóstica da pena, defendida por parcela da esquerda, esta é concebida como mero ato de poder. Nesse sentido, Nilo Batista já afirmara que todo condenado é, antes de tudo, um preso político; e Zaffaroni (2002, p. 51) atesta que, em um conceito negativo ou agnóstico da pena, aponta que ela se mantém reduzida a mero ato de poder, tendo apenas uma explicação política. As teorias agnósticas da pena defendem, então, que o direito penal – e a pena, por consectário – acabam trazendo mais malefícios à sociedade do que benefícios, além de a pena não possuir nenhuma justificativa comprovada e justificável dentro de um Estado Democrático de Direito. Afirmam, ainda, que se a pena fosse eficaz em dissuadir práticas delituosas, as taxas de criminalidade não seriam crescentes, bem como teriam obtido índices mais satisfatórios de ressocialização. Ademais, há uma taxa elevada de crimes que nem sequer chegam a conhecimento do Estado, ou que não obtêm nenhum resultado satisfatório de sua investigação – as cifras negras ou cifras ocultas – afirmando que o que, de fato, impede o cometimento de delitos não é a ameaça da pena, mas a instância de controle informal de delitos e uma “cultura jurídica passiva”, expressão cunhada por Boaventura de Sousa Santos (1996, p. 694), que foge da judicialização dos problemas, ante a visão negativa que possuem acerca dos instrumentos de justiça. Deste modo, para uma maior eficácia do controle da criminalidade, propõe, no mais das vezes, reforço e estimula daquelas agências informais, por serem mais eficazes e menos prejudiciais aos indivíduos.

Acerca do tema, Luigi Ferrajoli (2010, p. 231) anuncia que os abolicionistas “não reconhecem justificção alguma ao direito penal e almejam a sua eliminação, quer porque contestam o seu fundamento ético-político na raiz, quer porque consideram as suas vantagens inferiores aos custos da trílice constrição que o mesmo produz”, ou seja, a corrente abolicionista defende que o direito penal, enquanto ato de poder, vem favorecer as classes dominantes e em desfavor de uma minoria estigmatizada e excluída. Outrossim, os possíveis benefícios que ele traria seriam inferiores quando comparados à limitação da liberdade e a forma de punição do condenado, bem como ao processo a que ele é submetido e todo o gasto público por trás disso, com vistas a, em verdade, manutenção do *status quo* e controle das massas – o que afastaria, então, qualquer justificativa legítima à punição, julgamentos e as proibições penais, deslegitimando as formas de constrição ou coerção.

Todavia, com sua ascensão, da esquerda, às esferas de poder, esteeda por setores sociais ávidos por mudanças, notou a rentabilidade do discurso do medo e também começou a utilizá-lo a favor de seus interesses. Iniciou uma intromissão do direito penal em diversas esferas que, antes, não lhe competia, notadamente para a proteção de direitos difusos e coletivos, como meio ambiente, organização do trabalho, tutela de minorias. O direito penal, antes utilizado como instrumento de poder, começou a ser utilizado no seu sentido reverso: como mecanismo de contrapoder. Antes utilizados para a criminalização de minorias (negros, pobres, comunidade LGBTT), agora ele será utilizado como instrumento de tutela dos direitos desses grupos vulneráveis, como se o direito penal tivesse a capacidade e finalidade de satisfazer essa demanda por respeito que estes grupos necessitam.

Como bem ressalta Salo de Carvalho (2015, p. 181-182), é “na iminência e consolidação do Estado social que se potencializa e se redimensiona a ideia liberal de segurança e nascem as contemporâneas noções de prevenção”; e é justamente na era Vargas que este plano jurídico-penal, de cunho expansionista, é posto em prática: sem se abandonar todo o arcabouço existente quanto aos delitos individuais, mas inserindo finalidades pedagógicas e preventivas às penas, além de, como já afirmado, tutelar lesões aos direitos sociais, antes deixados fora do direito penal.

O direito penal, assim como acontece com a direita punitiva, também será reduzido a mero simbolismo com setores da esquerda, mas agora para sanar a insegurança insatisfeita destes setores que, até então, estavam alijados das decisões. A própria Constituição de 1988 aderiu a este projeto expansionista, no que tange aos direitos sociais, com minimizações de garantias processuais nos casos de discriminação racial, além da tutela penal do consumidor, ordem econômica e financeira, entre outros; e recepcionou políticas de direito penal máximo, notadamente pelo movimento “Lei e Ordem”, quanto a lei dos crimes hediondos e equiparados (CARVALHO, 2015, p.187).

Inicialmente, esta política ainda estava vinculada a duas tradições principais: uma ligada a Jeremy Bentham, que defendiam a pena como forma de reduzir a criminalidade (e existiam aplicadores defendendo penas leves e outros, penas rigorosas); e outra linhagem ligada a Kant, que advogavam que as sanções seriam a justa resposta para refletir o quão repreensível é aquela conduta. Ainda que diferentes, elas possuíam a promoção de algum objetivo substantivo, como menos crime ou mais justiça – mas hoje, as políticas perderam de vista suas linhagens e estão despreocupadas com justiça ou proporcionalidade (ASHWORTH, 2000, p. 412).

Nas políticas “law and order” há dois elementos bem aparentes: o primeiro é a apelação às políticas rigorosas – os criminosos devem ser tratados com severidade exemplar, como ocorreu na Califórnia, com a lei “Three strikes and you are out”, onde os dois primeiros “strikes” não precisam ser realmente violentas (um roubo simples já valeria), mas o terceiro se contentaria com qualquer ofensa comum contra a propriedade para cominar prisão perpétua. O segundo elemento é o apelo explícito ao discurso do medo (ASHWORTH, 2000, p. 409-410), que instiga a população, por discursos demagógicos, a comprarem estas políticas como a resposta ideal para o combate ao crime - e estimular este sentimento é a maneira mais eficaz, infelizmente, de conseguir apoio do eleitorado (e, em alguns países, haveria até perda de capital advindo de apoio de empresários do ramo da segurança e seus lobistas)

Nesse cenário caótico, a população começa a desacreditar na justiça penal, pois creem que a aplicação e execução das penas são brandas demais e consolida-se a imagem pejorativa de que os direitos humanos deveriam existir apenas para “humanos direitos”. Em contrapartida, a mídia, ao veicular o discurso demagógico punitivo, fortalece a sua credibilidade perante a opinião pública e engendra a aceitação social da retórica maximalista, estimula a restrição de garantias fundamentais e a legitimação do processo penal antigarantista (BOLDT, 2013, p. 159).

Pelo exposto, verifica-se que, ante o discurso repressivo fomentado pela mídia, surge expansionismo penal, trazendo um direito penal simbólico, ao lado da deterioração de direitos e garantias fundamentais dos indivíduos. Permite-se, assim, que o Estado seja chamado para solução de toda e qualquer lide penal e que desconsidere todas as garantias asseguradas ao réu, permitindo que afaste a condição de ser humano de cada cidadão.

Entretanto, ao permitir “ao Estado, que chamamos para nos proteger, que ele desconsidere nossa condição fundamental de cidadãos - condição esta da qual depende a legitimidade deste mesmo Estado que formamos - quem nos protegerá do Estado?” (BOLDT, 2013, p. 153). Nesse passo, a crítica ao punitivismo exacerbado se faz necessária, para que não se cometam os mesmos erros e para que políticas penais austeras sejam superadas e tenham suas chagas expostas, pois, como alerta Norberto Bobbio (1995, p. 48),

as duas etiquetas se tornaram meras ficções e, na realidade, diante da complexidade e da novidade dos problemas que os movimentos políticos devem enfrentar, os “destros” e os “esquerdos” dizem, no fim das contas, as mesmas coisas, formulam para uso e consumo de seus eleitores, mais ou menos programas e propõem-se os mesmos fins imediatos [...] nos opostos

alinhamentos sustentam-se muitas vezes as mesmas ideias, ou melhor, que a esquerda em dificuldade sustenta, para se renovar, ideias de direita e acaba por eliminar o contraste tradicional.

Por isso, a autocrítica na utilização imoderada do direito penal por ambos os polos é imprescindível. A utilização massiva do direito penal se mostra apenas como um instrumento de controle das massas, como a esquerda demonstrou – mas que agora se utiliza deste mesmo discurso punitivo. Caso isso não aconteça, divergências entre direita e esquerda existirão apenas no plano abstrato, esvaecendo-se quaisquer diferenças substanciais em seus programas. Como bem alerta Massimo Pavarini (2012, p. 468):

De fato, o fenômeno da inflação da penalidade - tanto em abstrato quanto em concreto - é também um sinal da crise da democracia representativa e emergência avassaladora de uma democracia de opinião. Na democracia de opinião, é ressaltada a percepção emocional de sujeito, reduzida às suas emoções mais básicas: medo e ressentimento. E o novo discurso político tende cada vez mais para articular essas emoções, das quais individualmente o sistema de produção simbólica de sentido, através do processo de imputação de responsabilidade³⁸.

Deste modo, é preciso não ser seduzido pelo “canto das sereias” que emana deste discurso populista altamente rentável. É preciso que se descortine as vicissitudes do atual sistema e se tenha algo tangível para a solução de nossos problemas que são, antes de tudo, contextuais.

Ambos os polos acabam tendo resistência em enxergar o Outro: comunidade, para cada um deles, significa “mesmice”, ausência do outro diferente de si, que cada vez mais será visto como alguém distinto e não compreendido em sua alteridade, desumanizado e coisificado. Como bem salienta Katie Arguello (2005, p. 02), hoje “é no altar da ideologia da segurança pública que se tornam facilmente sacrificáveis a democracia e os direitos humanos”. Nesse mesmo sentido, Silva (2010, p. 5057) afirma que “[a] história tem demonstrado que as brechas autoritárias concedidas ao aparato estatal, ‘legitimadas’ pelo clamor público em situações de

³⁸ Tradução livre do autor: “In effetti, il fenomeno dell’ inflazione della penalità – sia in abstrato che in concreto – è anche segno crisi della democrazia rappresentativa e dell’emergere prepotente di una democrazia d’opinione. Nella democrazia d’opinione ad essere esaltata è la percezione emozionale del soggetto ridotto alle sue emozioni più elementari: paura e rancore. E il nuovo discorso politico tende sempre più a articolarsi su queste emozioni, di cui singolarmente il sistema di produzione simblca di senso attraverso il processo d’imputazione di responsabilità”.

emergência, medo ou insegurança, tendem a se expandir para outros setores das atividades estatais”.

A utilização do direito penal como *prima ratio* pode ser um indicador de altos níveis de autoritarismos de uma sociedade (BOLDT, 2013, p. 37), o que é extremamente perigoso para países latino-americanos, que possuem uma democracia frágil e, muitas vezes, ainda possuem uma polícia militarizada, sociedade conservadora que convive com os fantasmas de uma ditadura ainda recente.

Verifica-se, então, que o Estado, notadamente o Brasil, funciona com a exclusão de algumas pessoas, no que diz respeito à ausência de direitos protegidos, ao passo em que esses mesmos cidadãos estão vinculados às suas prescrições impositivas. Para esta categoria de sujeitos, Marcelo Neves (2006, p. 248-250) denominou-os de *subintegrados*: são os indivíduos que não gozam das benesses e garantias legais, mas sofrem com as normas que impõe deveres e sanções. Eles não chegam a ser totalmente excluídos: sua existência é reconhecida somente quanto aos ônus legais (principalmente quanto ao sistema penal), mas são invisíveis no tocante à falta de condições para exercício de seus direitos, são subcidadãos. Há também indivíduos sobreintegrados, que seriam todos aqueles que, inversamente, são titulares de direitos e prerrogativas, mas não se sujeitam ao poder penal estatal.

Prova disso são as inúmeras benesses que circundam os crimes comumente praticados pelas classes mais abastadas, como crimes contra a ordem tributária, em que, havendo parcelamento do débito, a representação fiscal para fins penais só será encaminhada ao Ministério Público se a pessoa, física ou jurídica, for excluída do parcelamento, bem como, caso haja pagamento integral do débito, haverá extinção da punibilidade³⁹; a larga utilização da

³⁹ Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1o e 2o da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. (Redação dada pela Lei nº 12.350, de 2010)

§ 1o Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

[...]

§ 4o Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. (Incluído pela Lei nº 12.382, de 2011).

colaboração premiada, inclusive concedendo perdão judicial a alguns envolvidos⁴⁰; os crimes de concussão e corrupção passiva e ativa, que tutelam a Administração Pública, com pena mínima de dois anos, sendo a mesma para furto de semovente domesticável de produção, que tutela o patrimônio particular. Óbvio que não se pretende aqui defender o incremento das penas, mas evidenciar a discrepância existente: naqueles crimes de grande danosidade social, mas que podem ser (ou são) cometidos por aqueles que tem algum poder (como alguns parlamentares), a pena mínima é a mesma daqueles que delitos com baixa danosidade social (que afetam mais um indivíduo), ou seja, superestimam-se as infrações de maior visibilidade, porém de menor periculosidade social, que atingem majoritariamente as classes mais baixas e, de outra banda, subestimam-se as infrações de menor visibilidade, mas mais danosas à sociedade (KAZMIERCZAK, 2010), comprovando que os tipos penais não são sempre selecionados conforme a gravidade da impacto social, mas sim como forma de controle de determinados grupos sociais.

É salutar ceder espaço, dentro de um Estado Democrático de Direito, para que se questione a eficácia e os fins reais de instituições que se mostram injustas, prejudiciais e opressoras. Não deve existir espaço para dogmas e, quando se depara com discursos para mascarar fins espúrios, é momento de pensar em outras formas de justiça criminal, outras formas de punição, pois a ausência de debate, ademais, apenas servirá para ludibriar a população dentro de um contexto social violento.

É preciso saber conciliar o direito de punir com o sistema democrático vigente, em outras palavras, é preciso aprender a punir em democracia. Como alerta Thierry Pech (2001, p. 170), é imprescindível que se puna sem penar, sem humilhar e, principalmente, que se puna o menos possível, sem ferir o pluralismo racional existente nas sociedades democráticas coevas.

Zygmunt Bauman (1999, p. 115) afirma que é justamente por não conhecermos o Outro que há a tendência de expandir o significado do crime, antes deveras restrito, para atos que são apenas indesejados dentro de um contexto social e, cada vez mais, ansiar que tais condutas sejam punidas com privação da liberdade. O confinamento espacial, decorrente do encarceramento, apresenta-se como método utilizado para lidar com aquelas pessoas tidas como

⁴⁰ Como ocorreu com Joesley Batista que, no acordo, obteve perdão judicial e aplicação de uma multa de R\$ 225 milhões, para pagar em dez anos – quase nada perto dos R\$ 170 bilhões faturados por sua empresa no ano passado. Além disso, Otávio Marques (ex-presidente da Andreade Gutierrez), foi beneficiado com dez meses de pena, em regime semiaberto; Ricardo Pessoa (ex-presidente da empreiteira UTC), dois a três anos em regime semiaberto; e Paulo Roberto Costa, três anos em regime aberto (D'AGOSTINHO, 2017), todos muito longe da realidade existente dentro dos cárceres brasileiros, destinados à população pobre e negra.

problemáticas ou inassimiláveis dentro de uma totalidade. Foi assim com os escravos confinados em senzalas; com os loucos privados do convívio social; e com leprosos e pessoas com religiões distintas, no passado. Esse distanciamento e segregação ocasionam a privação de comunicação, com a perpetuação forçada do isolamento, que compromete a compreensão do Outro, em sua alteridade.

Para que haja solo para uma democracia madura e fecunda, é preciso abandonar a velha retórica demagógica – que agora vem em nova embalagem, mas com os mesmos e velhos interesses – e de fato apontar as falácias e falências da atual política criminal e apresentar caminhos novos a serem seguidos, de modo a democratizar o sistema penal.

2.2 Fundamento político da jurisconstrução: a democracia como forma de afirmação dos direitos humanos e superação do paradigma punitivo

Para a consecução dos fins deste trabalho, adotar-se-á uma abordagem que considera a democracia para além da mera participação popular pelo voto e do exercício de soberania popular (plebiscito e referendo), mas sim como sistema político, que almeja por um conjunto de instituições e regras substantivas hábeis para trazer parâmetros organizacionais do Estado e de distribuição do poder. A democracia emerge como uma possibilidade de se afirmar a vida dos demais humanos encobertos pelo sistema, de modo a garantir, dentro do que é possível dentro daquela realidade econômico-histórico-político-social para que se possa realizar, desenvolver e afirmar a vida de todos.

A despeito de visar a uma aproximação entre democracia e direitos humanos, é salutar a observação realizada por Alves (2013, p.107), quando aposta que ambos possuem gênese distintas com uma aproximação que veio a ocorrer apenas com a modernidade liberal e assentou-se a partir da segunda metade do século XX. Isto porque os direitos fundamentais têm ligação estreita com o parlamentarismo, tendo em vista que surgiu para coibir abusos dos monarcas e limitar o poder absoluto do Estado e deste pode ser considerado coirmão.

Contudo, isso não impede de se reconhecer a democracia como direito fundamental, inclusive intrínseco ao direito de autodeterminação, pois a vontade da população é o que deve(ria) guiar as autoridades do poder público, não se restringindo aos meios de consulta popular. Mais do que isso, antes, a democracia é um pressuposto dúplice de fundamentalidade dos direitos, pois é um antecedente lógico dos direitos fundamentais e também é “o que atribui

significado substantivo à fundamentalidade do que se convencionou denominar ‘direitos fundamentais’ (ALVES, 2013, p. 117).

Dentro das teorias adjetivas⁴¹ da democracia existentes, surgem dois modelos de relevo: a democracia deliberativa, mais eficaz em um cenário igualitário ou igualitário-liberal, e a democracia agregadora, mais pertinente em ambientes liberais.

Por democracia deliberativa, por sua vez, compreender-se-á nos moldes traçados por Fernando de Brito Alves (2013, p.102), como aquela que tem por objetivos:

(1) a promoção da legitimidade das decisões coletivas, ante a escassez de recursos, (2) o encorajamento de perspectivas públicas sobre assuntos públicos, ante a generosidade limitada, (3) a promoção de processos mutuamente respeitáveis de tomada de decisão, ante a constatação da existência de valores morais discordantes, (4) a promoção de um processo de autocorreção crítica, em face do entendimento incompleto

Nota-se que esse sistema busca fomentar a tomada de decisões com maior participação social, por intermédio de procedimentos responsáveis e que garantam a participação respeitosa dos envolvidos, notadamente quando verificado o dissenso entre os agentes, bem como a possibilidade de instauração de um processo de autocorreção.

Democracia agregativa, ou agregadora, por sua vez traria um conceito mais restritivo da vida política, ligado ao método político, “uma estrutura institucional com poder para decidir politicamente, através de indivíduos que eram investidos de certos poderes, por sua dedicação bem-sucedida em obter o voto popular” (ALVES, 2013, p. 96).

Todavia, a realidade da democracia brasileira atual apresenta um diagnóstico pouco entusiasta. Aliado a isto, tem-se, como alerta Fernando de Brito Alves, uma debilidade do Estado, que acarreta no fortalecimento de agentes sociais, como mídia e associações de classe, que concorrem com o próprio Estado (2013, p.44). Como parcela da população encontra-se despojada de seus direitos e com pouca possibilidade de influência nos meios decisórios e, além disso, o sistema representativo encontra-se em crise, pois a população não se vê representada em seus representantes, percebe-se que determinados grupos acumulam e, praticamente, monopolizam o poder de decisão.

⁴¹ Teorias adjetivas da democracia são aquelas que não fazem opção objetiva por valores substantivos, não conflitando entre si: em verdade, são meta-teorias da democracia. A despeito disso, não são epistemológica ou metodologicamente neutras (ALVES, 2013, p. 93)

Isso gera um desencantamento cada vez maior com a política, fazendo com que os cidadãos se fiem na ideia de que aquela foi feita para especialistas e, portanto, descarreguem tal fardo nos ombros daqueles que se candidatam. Realizando uma aproximação até mesmo com Maquiavel, José Luiz Ames (2012, p. 212-215) argumenta que o filósofo defende a primazia do bem público sobre o privado, pois aquele é forma de condição para o segundo, isto é, só se anseia pelo bem dos demais enquanto isso promove igualmente nosso bem-estar: assim, para que cada um empregue esforço em prol da res pública, é preciso que ele reconheça o resultado deste esforço como uma vantagem para si mesmo. Nesse passo, liberais e igualitários apontam que é preciso pensar em mecanismos de participação em que os sujeitos possam reconhecer o poder que lhe é conferido e, outrossim, auferir e constatar as vantagens para si mesmos, advindas da participação nas decisões.

Não se acredita, com isso, que uma sociedade realmente democrática seria aquela com menor grau de poder nas relações sociais: pelo contrário, deve-se reconhecer a existência deste poder como constitutivo do social e almejar novas formas de poder que sejam compatíveis com os valores compartilhados em uma sociedade democrática, pois abandonar a ilusão “de que poderíamos nos livrar completamente do poder é a especificidade do projeto de ‘democracia radical e plural’” (MOUFFE, 2003, p. 14).

Não se pode olvidar que o ser humano é um ser político e, como alerta Chantal Mouffe, isto pertence à nossa condição ontológica, tornando o conflito inerradicável de nossa existência. Portanto, é preciso buscar condições para lidar com estas situações dentro de um Estado democrático e plural, de forma a respeitar as diferenças existentes. A saída estaria dentro do agonismo entre adversários (e abandonando o antagonismo entre inimigos), proposto por Mouffe (2005, p. 20), em que se apresenta não um inimigo que deve ser destruído – tal qual perpetua dentro da lógica do paradigma retributivo vigente – mas sim um opositor, que legitimamente se reconhecem e “com quem temos alguma base em comum, em virtude de termos uma adesão compartilhada aos princípios ético-políticos da democracia liberdade e igualdade”. Nesses moldes, seria possível então pensar em olhar o sistema penal com novas lentes, buscando por um sistema em que seja possível o reconhecimento do Outro em sua alteridade, sem coisificá-lo, mas promovendo sua dignidade, com ampla participação dos cidadãos e dos sujeitos envolvidos.

Chantal Mouffe defende que o traço democrático só pode ser alcançado por uma sociedade a partir do momento em que ela esteja constituída por relações sociais e complementada pelos fundamentos pragmáticos de relação das pretensões de legitimidade do

poder, afastando a existência de um ator social limitado ao qual é atribuída a representação ou controle da totalidade. Isto rompe com o hiato entre poder e legitimidade, apontando que “a) se qualquer poder é capaz de se impor, é porque foi reconhecido como legítimo em algumas partes e b) se a legitimidade não se baseia em um fundamento apriorístico, é porque se baseia em alguma forma de poder bem-sucedido” (MOUFFE, 2005, p. 173).

Mouffe (2003, p. 16-17) aponta que para uma democracia pluralista é imprescindível oportunizar o dissenso e instituições nas quais ele possa se manifestar e sua sobrevivência está atrelada às entidades coletivas e a possibilidade de escolha entre alternativas reais. Nesse passo, deve-se buscar um sistema penal em que os cidadãos sintam-se empoderados e participem mais ativamente das decisões a serem tomadas; um sistema em que os participantes não sejam coisificados (ouvidos apenas como “meio de prova”) e não sejam as decisões relegadas totalmente aos especialistas (deputados, magistrados, promotores, advogados etc.), mas sim que haja efetiva participação dos cidadãos, notadamente dos envolvidos quando possível, enquanto sujeitos políticos, inclusive na solução dos conflitos.

A democracia possui uma relação muito forte com a justiça penal e por isso é salutar para o sistema a busca em meios para torná-la mais democrática e menos autoritária e violenta. O sistema de justiça em um país deve cumprir, principalmente, a garantia da plenitude dos direitos civis e a contenção da violência. Basta analisar a realidade da população pobre, que tem sua vida proscrita por meio da fome ou do fuzil (conforme relatórios de elevados números de mortes em confrontos policiais, vide capítulo 1.2) e se verificará que a violência não tais direitos não são garantidos pela justiça penal e a violência não foi reduzida, mas incorporada ao sistema.

É imprescindível que o Direito obtenha sua legitimidade por intermédio de debates na esfera pública, pelas três esferas de Poder – que devem trazer a lume os seus reais fundamentos, muitas vezes ocultados da população, para que estejam submetidos a uma intensa crítica e reflexão da sociedade civil – e isso não pode e não deve ser visto como utópico ou romântico (SILVA, 2010, p. 6068-6069).

Nesse passo, Leonardo Sica (2007, p. 210-211) aponta que essa profunda relação entre democracia e justiça penal se dá a partir de dois aspectos fundamentais “(i) a justiça como nova cena da democracia e como lugar de sua exigibilidade; (ii) o sistema de justiça como principal barreira à expansão da democracia brasileira”. O que se tem, em verdade, é uma justiça penal que atua sob a “moral da obediência política”, onde os magistrados estão limitados à aplicação da norma penal fixada pelo parlamento, com reduzida autonomia para ficar aquém dos limites

pré-determinados (exceto na terceira fase de dosimetria da pena) e nenhuma para dela prescindir, reduzindo “os tribunais a meros órgãos autômatos de repressão, segregação e reprodução de um discurso anacrônico e contraditório, mas, ao mesmo tempo, incrivelmente resistente”, impedindo que a democracia penetre no direito penal.

É nesse contexto que se pode pretender lançar o substrato deste novo olhar para a justiça penal dentro da Filosofia da libertação, proposta por Enrique Dussel, que reconhece o dissenso como dimensão da vida, bem como os limites e a falibilidade humana e que formas de exclusão podem ocorrer – e não tenta esconder isso sob o manto da racionalidade da decisão ou da moralidade. Todavia, propõe sempre a revisitação da decisão, em razão da falibilidade humana, tendo em vista que o consenso seria algo temporário. Além disso, possibilita uma ressignificação do sistema por uma perspectiva dos oprimidos, como forma de promover a vida e ser contrário a qualquer prática excludente ou opressora, incluindo como oprimidos até mesmo a vítima e o autor do delito, a depender da realidade do caso. A segurança jurídica desse sistema não residiria, como no atual, na certeza de uma (pretensa) imutabilidade da ordem posta; ao contrário, ela derivaria da necessidade de ressignificações do sistema sempre que novos rostos fossem encontrados encobertos pelo sistema. Assim, os cidadãos teriam a certeza de que, ainda que seja excluído em um dado contexto, serão, futuramente, incluídos e suas vidas serão, dentro do que é factível, democraticamente produzidas.

Deve-se, então, pensar em um sistema no qual empodere os cidadãos e valorize o dissenso, onde cada sujeito seja compreendido como um ser humano, dotado de uma subjetividade rica e histórica. Utilizando-se da metáfora de Slavoj Žižek (2014, p. 42),

“Um inimigo é alguém cuja história não se ouviu”. Poderia haver melhor exemplo literário para essa tese do que Frankenstein, de Mary Shelley? A autora faz algo que um conservador jamais faria. Na parte central do livro, permite ao monstro que fale por conta própria, que conte a história de seu próprio ponto de vista. Sua opção exprime a atitude liberal apostada na liberdade de expressão em sua forma mais radical: devemos ouvir o ponto de vista de todos. Em Frankenstein, o monstro não é uma “coisa”, um objeto horrível com o qual ninguém se atreve a confrontar-se; é plenamente subjetivado. Mary Shelley visita o interior de sua mente e pergunta como é ser rotulado, definido, oprimido, excomungado e até mesmo fisicamente distorcido pela sociedade. O criminoso supremo é, assim, autorizado a apresentar-se como a vítima suprema. O assassino monstruoso se revela como um indivíduo profundamente ferido e que anseia desesperadamente por companhia e amor.

Deste modo, é imprescindível um novo olhar para o sistema penal, por intermédio de uma democracia agonista e própria para a realidade periférica brasileira, congregando a democracia deliberativa e a democracia agregativa, como forma de empoderamento dos cidadãos e reconhecimento do Outro, em sua alteridade, como forma de possibilitar a efetivação dos direitos humanos, notadamente da população que se encontra em uma realidade de opressão e exclusão e na mira do sistema penal.

Nesse contexto, Alves (2013, p. 121-126) apresenta que uma teoria da democracia adequada deveria levar em conta a filosofia da libertação, para considerar as perspectivas das comunidades dos excluídos do sistema, com uma teoria da democracia que seja capaz de conjugar os modelos deliberativos e agregativos, com igualdade de recursos, considerando as escolhas que são feitas por sujeitos concretos, cada qual com sua historicidade, devendo-se levar em conta que não existe desigualdade justa, alertando, entretanto, que não se trata de igualitarismo socialista, pois, no contexto periférico, “o Estado não pode desocupar o papel de articulador dos contextos de democracia ao lado dos movimentos sociais, entre outros”.

2.3 Responsabilidade na alteridade e participação ativa dos sujeitos no conflito: uma perspectiva dusseliana

Como já afirmado, ainda que o Brasil tenha passado por uma fase de redemocratização (negociada) e o sistema penal tenha recebido algumas reformas, não ocorreram alterações substanciais em seu caráter conservador, com forte influência de regimes ditatoriais e movida pelo clientelismo e discursos autoritários do medo. Além disso, assevera André Giamberardino (2015, p.56), os mesmos padrões sistemáticos de pensamento, no que se refere às representações coletivas sobre crime e punição perpetuam-se no imaginário coletivo.

Como se não bastasse a ausência de um código penal e um código de processo penal em conformidade com a ordem constitucional vigente, além da promulgação de inúmeras leis penais de caráter simbólico ou embasadas em políticas retributivas, a exemplo do “three strikes and you are out”, há ainda uma visão do criminoso como alguém desprovido de humanidade, um não-ser, não reconhecido em sua alteridade, contra o qual se sustenta o aparato penal, como canalizador dos medos e, ao realizar essa dicotomia entre “nós” e “eles”, amigos e inimigos, a imposição da dor é mais fácil quando o receptor está distante de emissor, gerando, então, um favorecimento da criminalização da pobreza e clamor pelo recrudescimento penal contra os socialmente indesejados.

A despeito de se ter uma lei de execução penal muito humana, em diversos pontos, ela não é aplicada como deveria, notadamente pela falta de acolhida que tais políticas sofrem por parte da opinião pública. Isto, inclusive, foi afirmado no julgamento da ADPF nº 347/DF, em que se afirmou que “a impopularidade dos presos faz com que os políticos, salvo raríssimas exceções, não reivindiquem recursos públicos a serem aplicados em um sistema carcerário voltado ao oferecimento de condições de existência digna”, o que impediria ou dificultaria, por exemplo, a reeleição dos parlamentares ligados com estas propostas.

A ausência do reconhecimento da subjetividade do outro, como sujeito histórico, e falta da crítica dos estereótipos e ideias consolidadas no seio social é um grande óbice para a superação da cultura punitiva e efetivação dos direitos humanos, apresentando uma realidade distante do real sentido de democracia. Com um processo mais humano, em que as partes possam dialogar, apresentar as causas e consequências do delito, bem como toda a comunidade esteja envolvida nesse processo (pré e pós delito) seria possível buscar uma redemocratização do sistema penal, de modo a combater preconceitos e estereótipos socialmente construídos, em prol de uma sociedade mais justa⁴² e solidária.

Para tanto, é imprescindível que a população oprimida e criminalizada desvele a realidade que vive, reunindo-se em uma comunidade de vítimas e para denunciar a seletividade do direito penal e evidenciar os fins reais da pena, além de inserir-se política e criticamente em uma ação transformadora que culminará em sua libertação, que só será atingida pela práxis⁴³ de sua busca e necessidade de lutar por ela, por intermédio de uma participação mais ativa nas decisões políticas, seja diretamente, seja por intermédio de movimentos sociais que manifestam seu descontentamento com os problemas que assolam essa comunidade e, com isto, realizam uma espécie “pressão política” nos representantes, para realizar mudanças necessárias para romper com esta realidade que os impede de viver.

Esta luta deve ser um ato de amor, em oposição à violência com que são tratados pelos opressores, em prol de um sistema que promova a vida de todos, de modo a não excluir ou oprimir ninguém. É por isto que a pedagogia do oprimido, nos moldes apresentados por Paulo

⁴² Justiça, na perspectiva dusseliana, está atrelada com a afirmação do Outro em sua alteridade.

⁴³ “Essa *práxis* libertadora pressupõe um *ethos da libertação*. Nesse plano, as virtudes não são a mistificação do ressentimento do antigo oprimido, mas sim a afirmação das virtudes do oprimido atual, não como ressentimento em face da dominação vigente, mas sim como dimensão exterior ao sistema. Segundo preconiza o filósofo argentino, a tarefa de ‘trazer à luz’ essas virtudes exteriores é atribuída ao filósofo, profeta ou pedagogo da libertação, que deve, até mesmo, chamar a atenção dos próprios pobres para as suas virtudes” (SILVA FILHO, 2006, p. 58, grifos no original).

Freire (1987, p. 23), é composta em dois momentos: no primeiro, onde os oprimidos devem revelar sua realidade opressora e comprometer-se com sua transformação; e, no segundo, essa pedagogia passa a ser não apenas dos oprimidos, mas de todos, como um processo de libertação⁴⁴ de todos os mitos e estruturas socialmente construídas pela ordem opressora.

Para tanto, deve-se despertar uma consciência ética que seja capaz de ouvir a voz do Outro, que me interpela, além do sistema edificado, para que se possa passar para a fase de negação da negação, que consiste em negar este sistema que oprime este Outro⁴⁵ para, em seguida, poder afirmar aquilo que é exterioridade no Outro⁴⁶, respeitando sua alteridade: inclusive libertando o opressor (SILVA FILHO, 2006, p. 53).

Essa necessidade de ouvir a voz do outro surge, justamente porque a totalidade⁴⁷ tende a transformar o Outro: em tempos de guerra, ele é o inimigo; em tempos de paz, ele é um perigo

⁴⁴ “A *libertação*, por sua vez, institui uma *consciência ética*, que significa a capacidade de se *escutar a voz do Outro*, que irrompe além do sistema vigente. Ela distingue-se da *consciência moral*, que não passa de uma percepção e aceitação dos princípios vigentes do sistema. A *libertação* pressupõe um duplo momento: a negação da negação, isto é, negar que o sistema realiza em direção ao outro oprimido, e, em seguida, a afirmação expansiva daquilo que no outro é exterioridade [...] Assim, a verdadeira libertação será aquela que, ao afirmar a sua alteridade, respeite as outras alteridades. Logo, o que a libertação na Alteridade prega não é propriamente a matança do dominador, mas sim a sua própria libertação” (SILVA FILHO, 2006, p. 53, grifos no original).

⁴⁵ “O ‘outro’ é desenvolvimento do ‘Mesmo’, é ‘algo’, pois está iluminado pelo mundo do ‘eu’, de uma determinada totalidade. É o que DUSSEL chama de *diferença*. A segunda via que poderá alcançar esse movimento é a que leva propriamente à exterioridade. Tem-se o ‘Outro’ (agora com maiúsculas) diante do ‘Mesmo’, em não no ‘Mesmo’. É a *distinção*. Tanto o ‘Mesmo’ como o ‘Outro’ podem se fechar estipulando uma *aversão* um pelo outro, o solipsismo, ou podem convergir mutuamente, ocorrendo a *conversão*, o diálogo. [...] O Outro situa-se mais além do fundamento ontológico, do ser. Tal dimensão é a que DUSSEL chama de *metafísica*. Para descrevê-la, DUSSEL utilizará categorias desenvolvidas com base na cultura semita. A primeira categoria que utiliza é a do *face-a-face*. Tal momento é descrito como ‘a imediatez do encontro ainda não mediado’, quer dizer, é o momento máximo de proximidade, pelo qual o *rosto* do Outro se antepõe ao *rosto* do eu [...] O Outro é incompreensível, pois a partir do momento em que ele é interpretado no mundo já deixa de situar-se em sua alteridade para ser abarcado pela totalidade [...]. O Outro significa *criação*, isto é, é novidade em relação ao mesmo. É algo que se apresenta não sendo mediato pelo mundo. Portanto, somente uma metafísica que defenda o âmbito da não-redução do Outro à Totalidade poderá ser uma ética de paz e justiça [...] De qualquer forma, o Outro, em relação ao sistema vigente, será sempre aquele que é oprimido, excluído ou alienado”. (SILVA FILHO, 2006, p. 47-48). Ou seja, o outro é a alteridade de qualquer sistema existente, que se situa além do Mesmo, que a totalidade sempre é, vez que o “ser é e o não-ser é ainda ou pode ser o outro [...]” (DUSSEL, s.d., p. 49)

⁴⁶ Dussel (s.d., p. 47) afirma que a exterioridade “quer indicar onde o outro homem, como livre e incondicionado por meu sistema e não como parte do meu mundo, se revela”. Complementando esse sentido, Vasconcellos (2008, p. 108-110) aponta que essa categoria dusseliana “trata do outro além do sistema, além da Ontologia. Afirma o filósofo que o ‘não-ser é’. A razão ontológica não pode compreender a Exterioridade, porque esta se encontra além do ser, porque o ‘não-ser’ é uma negatividade ontológica, portanto, não passível de compreensão. O que se encontra ‘mais além’ dos limites da Totalidade torna-se, portanto, irracional [...]. Se a lógica da Totalidade estabelece o seu discurso desde a identidade, manifestando-se como a lógica da natureza, do totalitarismo, da coisificação da alteridade, a lógica da Exterioridade estabelece o seu discurso a partir do abismo da liberdade do outro, manifestando-se como histórica. Para esta última, a distinção, em vez de separar, aproximará o homem de outros homens.

⁴⁷ “A totalidade, o sistema, tende a totalizar-se, a autocentrar-se, e a pretender, temporalmente, eternizar sua estrutura presente [...]. A totalidade totalizada, ciclope ou Leviathan na terra, mata todos os rostos alheios que o interpelam até que, por fim, depois de longa e espantosa agonia, desaparecerá tristemente da história, mas não antes sem selar com injustiças sem número seus últimos dias”. (DUSSEL, s.d., p. 55) Desse modo, para a Filosofia

em potencial, que causa angústia e medo (fundamental em todo sistema totalizado), de modo a reduzi-lo a apenas um índio, um negro, um periférico. Essa desumanização destrói o outro em sua “exterioridade sagrada”, o que possibilita sua extermínio, em tempos de guerra, ou explorar sua mão de obra, em caso de coexistência pacífica, tornando-o, neste caso, em uma “coisa útil” (DUSSEL, s.d.). Nesse ponto, verifica-se a aplicação desse discurso totalizante no sistema penal, em que a população negra e pobre é classificada em “honestos” e “bandidos”: aqueles são as coisas úteis ao sistema, que vendem sua mão de obra em troca de salários vis; os bandidos perfazem o estereótipo do criminoso nato, do inimigo social – mas, ao fim, ambos são, quase sempre, proscritos por meio da fome ou do fuzil.

É preciso então que se possa, antes de tudo, possibilitar que se visualize o oprimido não mais como inimigo, como não-ser, mas como um sujeito titular de subjetividade e historicidade. Para tanto, é imprescindível o reencontro diante do Outro, para que possa reconhecê-lo. Esta compreensão do Outro, como afirma Lévinas, é “uma hermenêutica, uma exegese. O Outro dá-se no concreto da totalidade à qual é imanente e que [...] nossa iniciativa cultural - o gesto corporal, linguístico ou artístico - exprime e desvela”. É preciso que manifeste seu rosto, pois “o rosto fala”, é carregado de significado, e não se pode ignorar seu apelo (2012, p.49-51). Isto porque, para Dussel, antes do dito, enquanto algo verbalizado, vem o dito como exposição carnal do Outro (SILVA FILHO, 2006, p. 65), aferível inclusive pelos “estados corporais”, como forma de sentir as emoções do Outro, fruto de um mapeamento efetuado pelo subcortex e córtex cerebral em que se pode detectar emoções como alegria, tristeza, temor, melancolia e pânico e que, de certa forma, está condicionado e limitado ao sistema cultural no qual os indivíduos estão inseridos e que foram incorporados cerebralmente pelos lóbulos corticais linguísticos, articulados com o sistema límbico⁴⁸ e base cerebral, o que produz uma unidade complexa de diversas ordens avaliativo-afetivas (DUSSEL, 2012, p. 103).

da Liberdade, “mundo é a totalidade dos entes, reais, possíveis ou imaginários, em relação ao homem e não em relação a própria essência daqueles. O fundamento – ou ser – do sistema é o que explica a Totalidade e ele é idêntico a si mesmo. A Totalidade busca na identidade do ser o seu fundamento. A diferença implica dependência em relação ao fundamento. Relativamente a outros entes, a diferença implica negatividade. O ente depende, porque se funda no ser do sistema. O fundamento é idêntico a si mesmo. Fundamento e identidade são a mesma coisa e como o ser fundamenta o sistema e a identidade, ele é igual a si mesmo [...] Para a Totalidade, fundada na identidade, o outro aparece como diferente - quando, na realidade, é distinto - e a sua diferença coloca em perigo “o mesmo”. Com a finalidade de defender a integridade do sistema e torná-lo hegemônico, passa a incluir toda a exterioridade possível, alienando-a, para tornar-se uma “totalidade totalizada”, livre de todos os rostos alheios que interpelam o sistema. Dessarte, “o mesmo” permanece, o ser continua a ser. A alienação implementada torna o outro passível, contemplador do sistema que o exclui e corrompe a sua dignidade.. (VASCONCELLOS, 2008, p. 106-107)

⁴⁸ “O sistema límbico aplica prescrições universais e não fixistas, que constituem intrinsecamente o processo de categorização conceitual e a possibilidade de formação e ordenação valorada de um léxico (anterior ao próprio

Todavia, o rosto do Outro emerge como coisa-sentido a mais, dentro da totalidade⁴⁹, isto é, como não são verdadeiramente reconhecidos enquanto sujeitos, acabam sendo vistos, muitas vezes, como extensão de outra coisa-sentido: a cozinheira é uma extensão da cozinha; o trabalhador, das máquinas que opera... É necessário que este rosto, então surja na exterioridade, num âmbito em que não possa ser instrumentalizado pela totalidade em que está inserido e seja uma novidade para o horizonte do Mesmo, de modo a evitar a reprodução de um *ethos* trágico, onde o homem estaria limitado a uma eterna repetição do Mesmo, que justificaria sua colonização, eliminação ou coisificação (SILVA FILHO, 2006, p. 47).

É justamente nesta relação face-a-face do rosto do Outro, reconhecido em sua alteridade e realidade, é que sua vida (ou morte) questiona o interlocutor por sua eventual indiferença com aquela realidade opressora. Nessa relação face-a-face, há o surgimento de minha responsabilidade em relação àquele que me suplica e, neste momento, o Outro se torna próximo (LÉVINAS, 2004, p. 194).

Entretanto, ainda que se abra caminhos para possibilidades de compreensão do Outro em sua alteridade (por intermédio da figura do profeta), a edificação de uma nova totalidade que abarque este excluído, transformando-o de não-ser em ser, é tarefa do político. Ou seja, é o profeta, então, quem afirmará o outro por “amor-de-justiça”, abrindo passagem para a oitiva dos marginalizados pelo sistema, como uma atividade “pedagógica de libertação”; mas não é ele quem edificará essa nova realidade que seja capaz de afirmar a vida do outro, dentro de um novo sistema factível e democraticamente construído: é no campo da política, ouvindo os envolvidos, que isso deve ser realizado (SILVA FILHO, 2006, p. 51-52).

enunciado descritivo teórico), como momento linguístico comunitário. Este ‘deve ser’ tem uma estrutura estritamente ética (por ser um sistema avaliativo cerebral humano), já que foi formado com a participação simultânea das funções ‘mentais’ superiores, que subsumiu o sistema avaliativo puramente ‘animal’ (estimulador ou instintivo específico) no sistema humano em geral, e, em concreto, de valores ético-culturais em particular, que estão a base das emoções, sentimentos, consciência moral e volições autoconscientes, linguísticas e responsáveis (sem deixar de ter sempre uma implantação cerebral). A realidade da vida humana do sujeito ético cerebral tem, em seus sistemas avaliativos-afetivos neuronais uma permanente vigilância de exigências, obrigações, um ‘dever-se’ que incorpora internamente os motivos, e que se integra constitutivamente em todas as atividades dos níveis prático e teórico de toda conduta possível” (DUSSEL, 2012, p.107).

⁴⁹ “Cabe esclarecer que, para efeitos deste trabalho, as categorias ‘totalidade’ e ‘exterioridade’ não devem ser aceitas como elementos de uma explicação macroscópica da sociedade, no sentido de demarcar de maneira absoluta os lugares sociais, identificando simplifadamente o pobre como ‘bom’ e a elite como ‘ruim’, mas, sim, como ingredientes que perpassam e recortam a sociedade em seus diversos níveis [...] Todos os sujeitos podem, teoricamente, abrigar duas categorias. Assim, não existe uma exterioridade pura (que seria totalmente abstrata), nem uma totalidade pura (que traria a toda práxis certezas absolutas e a ausência completa de uma dimensão crítica)” (SILVA FILHO, 2006, p. 108-109).

Nesse passo, é imprescindível que se lance um olhar para o rosto da população que é alvo do sistema penal, alvo de uma estrutura que, em sua maioria, serve para criminalizar a pobreza. Somente com a possibilidade de aproximação do *eu*, o Mesmo, e do Outro é que será possível a compreensão de toda sua realidade e história e ele possa ser incluído dentro do sistema como um Ser, compreendido em sua alteridade, e não mais coisificado, colonizado ou instrumentalizado⁵⁰. E, para tanto, deve-se pensar em um sistema próprio para a realidade contextual brasileira (ou latino-americana) e não apenas a se limitar a reproduzir os sistemas importados dos países centrais.

Grande óbice para a aplicação da Ética da libertação está no seio do próprio oprimido, em sua consciência, pois a ideologia do opressor está de tal forma introjetada na cultura e no inconsciente do oprimido que acaba impedindo sua libertação: “[é] o capataz de fazenda que, mesmo levando uma vida de [...] toda sorte de privações ‘serve’ ao seu senhor: mata o outro, também pobre, a mando do latifundiário, [...] jamais usufruirá os benefícios como livre e adulto” (ZIMMERMAN, 1987, p. 152-153).

Em uma realidade mais próxima, é também a situação dos policiais militares, de escalão mais baixo, que se arriscam diariamente nas ruas, com salários vis, recrutado das camadas mais vulneráveis para travar uma batalha contra os igualmente pobres, legitimando o sistema opressor e não percebem que é uma guerra de oprimidos contra oprimidos – anulam suas vidas para manter um sistema que apenas desenvolve plenamente a vida dos opressores. Todavia, a falta de criticidade em seu treinamento e formação não possibilita se desvencilhar dessa realidade, muito pelo contrário, ele a reafirma e a reproduz, sendo inúmeros relatos de torturas, maus tratos e execuções sumárias, perpetuando, com isso, a criminalização de setores vulneráveis. Como ressalta Zimmerman, este é o ethos dominado, “é o ser ontologicamente aniquilado pela máquina opressora: que não tem consciência do que é e do que faz. Nem poderia tê-la porque no momento em que a tivesse certamente se voltaria contra o sistema e o derrocaria” (ZIMMERMAN, 1987, p. 153).

Propõe-se, então, a construção de um sistema onde se afirme a solidariedade. Como bem aponta Dussel (1995, p. 125):

⁵⁰ Cabe ressaltar que para Heidegger, de onde Enrique Dussel extrai seu conceito de mundo, o ser nunca será absolutamente abarcado pela compreensão em razão da finitude histórica do compreender (SILVA FILHO, 2006, p. 30).

“[deve-se] afirmar solidariedade em face à dor (“pain”) e contra a crueldade (“cruelty”) [...], atitude esta profundamente ética que, pensa ele, pode ser adotada sem precisar recorrer a “razões” universais. Seu “posicionamento” é o de uma pessoa solidária em face à dor (“pain”) de qualquer Outro em abstrato, tomando como ponto de partida a situação contingente de quem assume, em caráter de participação, os conteúdos do seu Lebenswelt (da sua vida cotidiana).

Assim, a Filosofia da Libertação⁵¹ se situa dentro do contexto da vida prática dos agentes sociais, na relação “cara-a-cara” imediata na qualidade de “intelectual orgânico”, dando, sem qualquer dúvida, prioridade à “atuação comunicativa” (ou ao elemento elocucionário do “ato-de-fala” [*Speech Act*]), que é o ponto de partida com que o pensamento filosófico inicia sua tarefa, isto é, começa a exercer sua função enquanto reflexão (ato segundo) sobre a práxis enquanto tal (ato primeiro) (DUSSEL, 1995, p.126). É nessa senda que Celso Luiz Ludwig (2004, p. 288) disserta sobre o sistema dusseliano:

São seis os momentos necessários da ética, desde o momento material ou de conteúdo (1°), articulado com o momento formal ou procedimental (2°), até alcançar o momento da factibilidade ética como processo efetivo ponto de partida (3°), — isso na ordem dos fundamentos. Só então, metodologicamente, o ponto de partida aparece no momento da crítica material (4°) do sistema como dominador, abrindo passagem para o momento da crítica formal (5°), na condição de nova validade consensual anti-hegemônica desde as comunidades das vítimas, para, enfim, enfrentar a construção da nova factibilidade, agora crítica (práxis de libertação), como momento final (6°).

A construção de um sistema penal baseado na Ética da Libertação, proposta por Enrique Dussel, contribuiria, então, para que se pudesse criar um sistema no qual o Outro fosse compreendido em sua alteridade – tanto a vítima como o autor do delito – e, assim, conhecendo as razões e consequências do crime, desvelando, a todo momento, a realidade de vida da outra parte. Só assim ocorrerá a afirmação do “princípio-Vida” defendido por Dussel – e que deve ser protegido pela política, através do “princípio-Democracia”, pois o aquele não se efetiva sem a mediação da razão político-discursiva.

O sistema dusseliano se coaduna e fundamenta a proposta deste trabalho, justamente por se iniciar deste um modelo vigente, buscando ouvir as vítimas que este produz para que,

⁵¹ É uma filosofia que ao surgir ocupa-se do tema da libertação, tanto na teoria quanto na práxis, num duplo aspecto: pretende a libertação da situação de dependência e de dominação e, criticamente, pretende também libertar-se das ideologias de dominação, o que implica em libertação da própria filosofia (LUDWIG, 2006, p. 327).

por uma via democrática, haja sua transformação. A Ética da libertação, em seu primeiro momento, o momento material da ética ou verdade prática, está ligado com “as mediações adequadas para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida de cada sujeito humano em comunidade [...] A vida humana não é um fim nem um mero horizonte mundano-ontológico. A vida humana é o modo de realidade do sujeito ético”, que acontecerá por intermédio da realidade que cada ser humano enfrenta cotidianamente, suas necessidades, ações e desejos. Ela é limitada e impõe conteúdos, como necessidade de alimentação, saúde, segurança, liberdade, moradia, cultura, entre outros, que fundamentam normativamente uma ordem (DUSSEL, 2012, p.131-132).

Este critério material é universal e comunitário e possibilita enunciar “juízos de fato” sobre a produção, reprodução e desenvolvimento (ou não) da vida do sujeito e se refere a um aspecto puramente descritivo do ser vivente humano. Para que isto se transforme de enunciados descritivos (o “ser”, em sentido concreto e material, realizando “juízos de fato” sobre a vida) para enunciados normativos (“dever-ser”, ou “juízos normativos”) é imprescindível um princípio material estritamente ético e que não se situe em nível abstrato e seja dotado de obrigatoriedade⁵², e o viver deixa de ser um critério de verdade prática para ser uma exigência ética: o dever-viver (DUSSEL, 2012)

Com isso, a vida humana é responsabilidade (fundada na solidariedade) de todos os demais seres humanos e é a única vida que se vive reflexiva e eticamente e de forma autorresponsável, pois ser sujeito implica no fato de que seu próprio “ser” (e o dos demais), sua vida (e a dos demais) está entregue a si mesmo (e a todos os demais sujeitos), a partir de uma corresponsabilidade solidária e simultânea, pois todo sujeito que atua de forma ética deverá (dever-ser) produzir, reproduzir e desenvolver a vida de cada sujeito, a partir do que se considera uma vida boa, dentro de um marco histórico e cultural (DUSSEL, 2012).

Logo, ao instituir uma dada ordem ou instituição, ela deve ser reproduzir a vida humana. Quando instituída a pena privativa de liberdade, acreditava-se que ela era a mais apta, nesse sentido, tendo em vista as barbáries que eram cometidas, como o julgamento da Damien,

⁵² “A obrigatoriedade define-se socialmente a partir de um marco delimitado por tendências aproximadamente constante de atos não intencionais ou monológica ou intersubjetivamente por exigências próprias do ser humano, livre e não obstante socioculturalmente regulado, porque todo ato humano, como humano, tem como um momento constitutivo específico o exercício da autoconsciência, a partir desta, abre-se a possibilidade da autorresponsabilidade autônoma: responsabilidade pela qual o ser humano ‘toma a seu cargo’ (ou pode intervir ‘corretivamente’ – infelizmente também destrutivamente – com plena ou explícita ‘consciência’) as mediações, possibilidades ou ações como exigências da realização da própria vida humana, comunitariamente, e, como horizonte último implícito” (DUSSEL, 2012, p. 140).

relatado por Michel Foucault (2002) em “Vigiar e Punir”. As teorias jusfilosóficas que a embasa apresentam uma grande evolução, quando comparados aos julgamentos existentes da Idade Média, com as ordálias, torturas, penas corporais e capitais, justamente por buscar proporcionalidade na aplicação da pena – por parte dos retributivistas – quanto por buscar a ressocialização do apenado – para os defensores da função preventiva especial (vide capítulo 1.1).

Não se pode olvidar, ainda, que, como alerta Vasconcellos (2008, p. 114-115), as “relações políticas ocorrem no interior de uma totalidade estruturada institucionalmente em decorrência da evolução histórica e sob o poder do Estado, constituído pela divisão do trabalho e formação ideológico-cultural”. Deste modo, as normas deste sistema podem acarretar na alienação e impedimento de satisfação das necessidades vitais de parcela da população, que será invisibilizada, neste primeiro momento. Logo, tem-se que, quando da imposição de uma dada ordem ou sistema, há inúmeros interesses políticos e econômicos encobertos dentro das teorias que o legitimam. Transportando tal ideia para os objetivos propostos para este trabalho, tem-se a aplicação da pena privativa de liberdade que vem mostrando inúmeros problemas e contradições, dada a seletividade e agravamento da violência, conforme apresentado no capítulo 1.2.

A aplicação deste primeiro momento (princípio material) depende não só de condições cognitivas-instrumentais, mas depende de condições intersubjetivas de acordo (consensual) entre os participantes, aliado a uma racionalidade discursiva neste processo de afirmação do princípio-Vida (vida concreta do sujeito) (DUSSEL, 2012, p.146). Deste modo, para este momento formal, tem-se que:

a) a razão teórica, em seu aspecto veritativo, deve aceitar o melhor argumento e cumprir as exigências materiais e lógicas da argumentação; b) a razão ética-originária [...] deve alcançar o “reconhecimento” do Outro sujeito como sujeito ético igual na comunidade de vida, antes que como participante da comunidade de comunicação, para situá-los depois, a partir da sua dignidade de sujeito, como fazendo parte da comunidade intersubjetiva racional, enquanto origem de possíveis argumentos. E é aqui, revendo o que disse que, c) é necessário situar-nos uma vez mais em outro nível que não o adotado pela chamada falácia naturalista, porém afora procedimental ou formalmente (embora em relação ao exercício material da razão prática, e não permanecendo dedutivamente no mero plano analítico logico-formal da razão teórica da falácia indicada [...]) (DUSSEL, 2012, p.214)

Deste modo, deve-se partir para o segundo momento da ética, o momento da moralidade formal, que busca a validade intersubjetiva e busca um princípio procedimental de universalidade do consenso moral, sem o qual as decisões éticas não obterão *validade* universal, comunitária – pois poderiam ser fruto de autoritarismos ou solipsismos. Todavia, ressalte-se que a “verdade não decorre, aqui, da racionalidade do consenso, mas do acertado das razões que eu for capaz de esgrimir em favor da pretensão de validade correspondente, razões das quais eu devo estar convencido antes (bevor) de poder falar da racionalidade do consenso” (DUSSEL, 2012, p. 105).

Assim, a validade de uma decisão ética está atrelada diretamente com a intersubjetividade, ou seja, a aceitação dos demais cidadãos do que é verdade: é um possível acordo a partir da intersubjetividade (cerebral, linguística, histórica e cultural), onde se reconheça o Outro como igual, para que então se funde a exigência moral de “dever” argumentar, com o mesmo respeito e dignidade, com intuito de reproduzir e desenvolver a vida dos demais sujeitos humano e estabeleça enunciados com verdades universais. Entretanto, a verdade e a validade serão são finitas, históricas, verificáveis e, em dado momento, até falseáveis (DUSSEL, 2012).

Cada sujeito participante deve lutar por seu reconhecimento, caso esteja diante de iminente violação à sua vida, pois deve ser respeitado como igual, pois assim se obterá a validade, no plano formal. Entretanto, nem sempre todos os afetados estarão presentes para se defender e “[h]averá sempre excluídos-afetados. Nunca todos os afetados poderão participar. Embora a exclusão seja não intencional, é inevitável. É impossível empiricamente não haver excluídos, permitindo o questionamento ético. Assim, [...] todo acordo é falseável, provisório [...]” (VASCONCELLOS, 2008, p. 138). E são justamente esses excluídos, invisíveis ao sistema, nesse momento, é quem, futuramente, deverão pleitear por seu reconhecimento e transformação da ordem que será construída; serão os pobres e negros, mulheres ou homens, que sofrem com a máquina penal, quem denunciarão as falhas dessa instituição e pleitearão por mudança, como se verá mais adiante.

Realizada esta síntese entre os momentos material (verdade prática) e formal (participação livre dos sujeitos afetados), a “norma última” será decidida na efetivação da práxis humana (instituição, valores, estrutura social etc.) e, então, a partir da análise de sua factibilidade ética, em um terceiro momento, é a eticidade vigente que poderá ser classificada como o “bom” ou o “bem” (DUSSEL, 2012).

O terceiro momento da ética da libertação consiste em mediar a factibilidade ética do consenso aceito (no momento formal) daquilo que servirá para a produção, reprodução e desenvolvimento da vida humana (do momento material). Mas este momento serve para determinar, dentro do âmbito do que é factível/possível, o que deverá ser feito com aplicabilidade prática (deve ser realizável e não utópico) e dentro do que é eticamente permitido fazer: é aquilo que “não-pode-deixar-de-ser-feito”, a partir das exigências da vida e validade intersubjetiva, de modo a respeitar a dignidade de todo sujeito ético e, mais ainda, deve ser sustentável a longo prazo a reprodução e crescimento da vida humana. O ato escolhido como operável (dentro da factibilidade técnico-ética) deverá contar com mais uma mediação formal, consistente em cumprir com as exigências estabelecidas pelo princípio moral formal, denominado “princípio democracia”, contando com participação simétrica e ativa dos afetados, integrado com filósofos peritos, ciência, técnicos, para aconselhamentos e explicação científica das causas de negação das vítimas e como afirmar suas vidas (DUSSEL, 2012).

Com isto, analisa-se se a norma, ato, sistema ou estrutura realiza o bem ou o mal, se é boa ou má, no plano fático, realizando juízos de fato sobre este novo sistema ou norma e, posteriormente, confrontam-se estes juízos com os princípios ético-material e moral-formal, averiguando se aquilo é bom (reproduz a vida) e legítima (participação livre de todos afetados), pois, como dito, o ser humano é limitado (histórica, social, material, técnica, econômica e politicamente) – o que pode gerar decisões que precisarão ser revistas com a ampliação ou modificação destes elementos limitantes. (DUSSEL, 2012).

O ato “bom”⁵³ é aquele que: (1) realiza o princípio ético da verdade universal (componente material) exigida por determinada cultura como “vida boa”, a partir da compreensão dos sujeitos concretos, com pretensão de verdade; (2) realiza o componente formal, de validade intersubjetiva, de modo a possibilitar argumentativamente um acordo entre os sujeitos, com simetria entre os envolvidos, e pretensão de validade pública e pela consciência ética monológica responsável com validade pessoal; (3) deve realizar, por fim, o componente da facticidade, levando em conta os fatores limitantes das possibilidades, com pretensão de sinceridade e analisar as consequências da aplicação deste ato, com pretensão de honesta responsabilidade (DUSSEL, 2012, p.282).

⁵³ Dussel não acredita na possibilidade empírica de um ato perfeitamente bom, pois iria contra a natureza finita do homem. Todo ato aproxima-se do bom, dentro das possibilidades existentes em um dado momento (DUSSEL, 2012, p.282)

Entretanto, como dito, o fruto dessas escolhas será limitado e falseável. Justamente por isso é, mesmo dentro daquilo considerado como o “bem”, aparecerá um rosto (ou muitos) que suplicam para viver: são as vítimas não intencionais deste sistema “bom”. O que era considerado como verdadeiro, válido e factível começa a ruir e o que era “bom” se torna “mau”. Será preciso desconstruir a ordem ou norma estabelecida para que algo novo seja edificado: é um processo negativo e crítico de “des-construção”, que deve iniciar a partir das vítimas do sistema que, de forma crítica, julgarão a “totalidade” do sistema em que não podem desenvolver ou produzir sua vida e/ou foram excluídos das deliberações (DUSSEL, 2012, p. 301-302).

Este quarto momento, da crítica material, é mais desenvolvido que o material, tão somente, pois contém a razão material (desvelar a realidade indigna das vítimas e a impossibilidade de produção, reprodução e desenvolvimento de suas vidas), a formal (apresentando que a vítima não pôde argumentar em sua defesa) e, por fim, a factibilidade (apontando as estruturas não eficazes para a produção da vida). Evidencia-se que a totalidade, um sistema fechado, encobriu o Outro. Assim, nesta fase de desvelamento das vidas não reproduzidas, inicia-se a negação originária das vítimas (criminalização da pobreza, o negro pobre como bandido, a mulher objetificada), como consequência deste sistema opressor onde as vítimas não puderam argumentar para defender suas vidas. Então, devem elas expressar o direito de viver e afirmar sua dignidade como Outro, que a totalidade do sistema não deixa viver, a partir do seu re-conhecimento, que será descoberto com uma consciência ético-crítica a partir da dor da negação de sua vida e exclusão ou participação assimétrica nas argumentações. Com isto, se emitirá um juízo ético crítico negativo acerca da eticidade da norma, ato ou sistema, que se mostrará perverso e mau – e não sob uma perspectiva de “juízo de valor”, subjetivo, mas sim um “juízo empírico de fato” (DUSSEL, 2012).

A voz dessas vítimas será ouvida, como afirma Mércia Miranda Vasconcellos (2008, p. 112) pelo “o ateu do sistema – aquele que nega a divindade do sistema, que consegue enxergar o partidarismo faccioso desse – e o que respeitar o outro como tal, distinto, digno de consideração”. A ouvida do grito do outro, que o interpela, deve causar incômodo por sua posição de centralidade nesse sistema e almejará uma nova ordem, um novo sistema em que se possa reproduzir a vida dos oprimidos.

O sofrimento das vítimas deste sistema constitui a experiência ética do “face-a-face” e da re-sponsabilidade diante do sofrimento do outro diante de seu rosto, que permanece como um grito. Esta interpelação não ocorrerá somente através da linguística, mas também pela corporalidade sensível, o psiquismo corporal. Em seguida, parte-se para a questão empírica e

de sentido: quem e porque são vítimas e em quais circunstâncias? – e com isto será possível realizar juízos de fato sobre o atual sistema opressor, detectando negatividades (não produção da vida de sujeitos concretos). Deste modo, a condição de possibilidade para reconhecer esta “negação originária” do sistema, sofrida pela vítima, consiste em sua afirmação (chamado de aspecto crítico-positivo), em seu re-conhecimento enquanto Outro: um sujeito vivente, autônomo e dis-tinto do Mesmo (que é a vida que vem sendo reproduzida pela Totalidade), tudo isto a partir da “vulnerabilidade traumática” das vítimas (DUSSEL, 2012).

Além do fundamento crítico-positivo, tem-se o crítico negativo, que consiste na negatividade da vítima como vítima, na impossibilidade de reproduzir sua vida. Como assevera Dussel, este aspecto material-negativo “que afeta a vítima se reflete, graças a consciência crítica, sobre o sistema (norma, ação, instituição, etc.) e o ‘julga’ a partir de seu resultado (a vítima) como não verdade, já que origina uma tal negatividade”. Inclusive, a própria vítima, quando é crítica, reconhece não só a si, mas as demais vítimas do sistema e sente-se responsável por elas, fazendo surgir, então, uma comunidade crítica das vítimas, que dialogam⁵⁴, que partem de uma negatividade mais originária: sentir o sofrimento de ser vítima em sua própria carne, em sua corporalidade (2012, p. 375 ss.).

Deve-se, então, lançar olhar para o sistema penal atual e se perguntar se ele, de fato, produz, reproduz e desenvolve a vida de todos os humanos e, assim, desvelar quem é considerado sujeito dentro da atual estrutura (ou a quem ela serve). Atuar ética e reflexivamente, de modo a indagar se este sistema, classista, machista e racista, que dissemina bordões como “bandido bom é bandido morto”, “direitos humanos para humanos direitos”, que defende tortura, e que tem uma polícia militarizada que morre e mata, e sentir-se responsável por todas essas vidas que não estão sendo desenvolvidas dentro do atual sistema de modo a buscar meios de contornar esta problemática.

Nesse passo, evidencia-se que em nenhum momento da história brasileira foram os pertencentes aos estratos inferiores quem decidiu sobre as regras de conduta de qualquer ordem (moral, legal ou religiosa), tendo em vista que tais deliberações sempre foram frutos da classe dominante - e como é de se imaginar, o sistema, como um todo, beneficia-lhe - e não de forma equânime ou justa (LIMA, 2008, p. 06). O sistema penal da América Latina atinge, principalmente, "as formas de desvios típicos dos grupos socialmente mais débeis e

⁵⁴ Dussel aponta que o diálogo seria, dentro do que leciona Paulo Freire, “um ‘encontro’ entre sujeitos que se revelam uns aos outros as mediações para transformar o mundo, os conteúdos para que todos possam viver nele”, e, com isso, tem-se que o diálogo tem “um ‘conteúdo’, tem a exigência da superação da assimetria na dialética dominador-dominado” (2012, p.442).

marginalizados, preservando da criminalização as ações antissociais realizadas por pessoas das classes hegemônicas" (BOLDT, 2013, p. 898). Deste modo, constata-se que, consoante ensinamentos de Theodor Ludwig Wiesengrund Adorno, infelizmente as massas são difamadas pela indústria cultural como tais e é esta mesma indústria que ela depois despreza e impede sua emancipação (1987, p. 295).

Por derradeiro, é de se verificar a seletividade no sistema penal, tanto no momento da criminalização primária, momento de seleção de determinadas condutas como delituosas, quanto no momento da criminalização secundária, que ocorre quando se exerce o *jus puniendi* contra determinados indivíduos. A seletividade ainda se operará na aplicação das normas processuais penais, sendo mais rude em determinados crimes – como o tráfico ilícito de entorpecentes –, bem como na execução das sanções penais (BOLDT, 2013, p. 85).

Nesta senda é imperioso destacar os dizeres da criminóloga venezuelana Lola Aniyar de Castro: “a pobreza não causa delinquência, mas sim pessoas vulneráveis a serem criminalizadas e encarceradas. Todo o problema da justiça penal e controle social não é mais do que um problema político”⁵⁵ (BISTAGNINO, 2013, *s.p.*).

Este “mal” precisa ser denunciado⁵⁶, pois é dele que, ocultamente, emanam as causas de vitimação. O ocultamento do mal é um fetichismo, que deve ser criticado, pois tenta apresentar a não-verdade como verdade no sistema, ou seja, impossibilita a aplicação do princípio-Vida, causando a mortes. Essa denúncia deve ser feita através da pedagogia do oprimido, pois a educação deve partir da realidade material em que o sujeito se encontra inserido, que deve analisá-la criticamente para desvelar este sistema opressor. Logo, a crítica do fetichismo deve ser feita a partir das vítimas: elas devem apontar a descoberta desta não-verdade, possibilitando, então, a manifestação do ser (DUSSEL, 2012).

Com esta manifestação do ser é que, dentro do aspecto ético-crítico negativo, ocorrerá a passagem deste “não-poder-ser-vivente” para o “dever-ser-vivente” da vítima que deve ser libertada deste sistema opressor. Todavia, o mero re-conhecimento ainda não era um momento ético, propriamente dito, vez que não inclui este ato como um “dever-ser” – esta passagem deontica só ocorrerá com a assunção de responsabilidade pela vida da vítima (que acontecerá dentro do aspecto crítico positivo), ou seja, após a constatação de uma vítima pelo sistema (juízo

⁵⁵ Tradução livre do autor: “La pobreza no causa delincuencia, sino personas vulnerables a ser criminalizadas y encarceladas. Y todo el problema de la justicia penal y el control social no es más que un problema político”

⁵⁶ A “denúncia” é o fruto conjunto da comunidade dialógica dos oprimidos com consciência crítica em dialética colaboração com os educadores (intelectuais, cientistas, em posição interdisciplinar, etc.) (DUSSEL, 2012, p.442).

de fato), passa-se ao juízo normativo, onde me responsabilizo por ela, enquanto Outro, um sujeito autônomo em que a norma, ato ou instituição nega a possibilidade de viver (“devo responsabilmente tomá-la a cargo e julgar o sistema que a causa”) e criticar o sistema atual, buscando transformação das causas de onde produzem as vítimas – e serão estas próprias vítimas as responsáveis de aplicar, em primeiro lugar, o princípio ético-crítico, pois a validade intersubjetiva deste discurso crítico formulado pelas vítimas conseguirá um consenso anti-hegemônico em razão de estarem inseridas em uma comunidade simétrica de vítimas em prol do seu re-conhecimento e do desvelar da não-verdade, não-validade e não-factibilidade do sistema atual (DUSSEL, 2012).

Nesse momento, a vítima deve ser vista não mais como alter-“ego” (ou seja, um outro “como eu”, uma extensão do Mesmo), mas como outro como outro (alter-“ut alter”), compreendido em sua alteridade: cada vítima se re-conhecem como “outra” não compreendida na totalidade do sistema, que as produziu não-intencionalmente (DUSSEL, 2012).

A aceitabilidade deste argumento, que fica inserida no critério formal procedimental crítico de validade, é o momento em que realizam o consenso racional, com participação simétrica das vítimas, acerca do juízo de fato sobre suas respectivas exclusões da discussão, e tem por pressuposto o sofrimento por “não-poder-viver”, experiência comungada por estas vítimas – e, com isto, poderão argumentar contra o discurso dominante. A partir disso, compreenderão o fundamento e a explicação dos fatores que levam à negatividade da vida das vítimas, por intermédio de uma consciência ético-crítica, e antecipando projetos e alternativas futuras para o projeto de libertação (DUSSEL, 2012).

Isto porque, como assevera Vasconcellos (2008, p. 150), a “Ética da Libertação rechaça o centralismo democrático, como também o dogmatismo que engessa a verdade e a validade do sistema de eticidade” Para tanto, Dussel propõe como solução uma “democracia participativa crítico-ética e uma dinamicidade evolutiva de ideias, ante o questionamento da validade e verdade dos enunciados, que culminam em aperfeiçoamento do da própria verdade e validade do sistema”.

Transportando esta ideia para o sistema penal, é plenamente possível indagar a legitimidade dos principais códigos: código de processo penal e código penal. Ambos foram editados sob inspiração de regimes fascistas e elaborados e promulgados durante o Estado Novo, a ditadura varguista. Isto sem contar as leis que ainda vigoram desde antes da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, ou que ainda que editadas

posteriormente, foram elaboradas em desconformidade com os cânones constitucionais, tal como a lei de crimes hediondos, que possui diversos dispositivos declarados inconstitucionais.

E mais: durante muito tempo mulheres, negros e analfabetos não fizeram parte da sintaxe de cidadãos plenos – foram alijados até o século passado de participar da vida democrática, inclusive de votar e ser representado. O Código Eleitoral de 1932 foi o primeiro a dar a faculdade das mulheres votarem; mas a Constituição de 1934, a despeito de contemplar a possibilidade do voto feminino, ele só era obrigatório para aquelas que exercessem função pública remunerada (art. 109) – o voto feminino só passou a ser obrigatório com a Constituição de 1946, após a elaboração do Código Penal (Decreto-Lei nº 2.848, de 1940) e do Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689, de 1941).

Quanto aos analfabetos, que era a realidade da maioria da população brasileira, também foram privados do direito ao voto com a Lei Saraiva (Decreto nº 3.029, de 1881), instituindo o chamado “senso literário”. Essa era mais uma artimanha para deixar o controle político na mão dos homens brancos pertencentes às elites, já em 1900, 65,3% da população com mais de 15 anos era analfabeta (BRASIL, 2003). Apenas 104 anos depois é que esta vedação foi afastada, com a Emenda Constitucional de nº 25, de 1985, que autorizou o voto facultativo – mas, neste ínterim, boa parte da população não pôde participar diretamente, ou por intermédio de seus representantes, dos debates políticos⁵⁷. A despeito de a autorização para voto dos negros ter ocorrido em 1888, isso não se verificou na prática, dada a ausência de conhecimento deste direito por muitos, a proibição do voto do analfabeto e, também, o estigma que a população negra carregava.

Como se não bastasse, a composição atual do congresso não reflete a sociedade em sua pluralidade e não representa adequadamente os indivíduos, o que se agrava pela corrida eleitoral, com utilização intensa de propaganda e marqueteiros, o que a torna desleal em desfavor daqueles que não podem investir financeiramente em sua campanha. Com isso, há a presença massiva de setores que contam com apoio financeiro ou midiático, como as bancadas “da bala”, a evangélica ou dos ruralistas (esta conta 139 deputados). Além disso, 79,9% dos deputados federais são brancos; 80,1% possuem ensino superior completo (SARDINHA,

⁵⁷ De acordo com o INEP (BRASIL, 2003), em 1920, a taxa de analfabetismo, entre os maiores de 15 anos, era de 65%; em 1940, 56,1%; em 1950, 50,6%; em 1960, 39,7%; em 1970, 33,7%; e, por fim, em 1980, 25,9%. E a população negra sempre detém os menores índices de analfabetismo, ou seja, ainda que tenha ocorrido melhora nos índices, a população negra quase sempre esteve à margem das decisões deste sistema. Prova disto são dados de 1996, que apontam que, enquanto 9,3% da população branca e amarela eram analfabetas, a taxa da população negra e parda era mais que o dobro, 20,4%.

2015); 80% são homens brancos; e do total, apenas 2,2% são mulheres negras ou pardas (MACEDO, 2014), mostrando, assim, uma câmara totalmente dissociada da realidade.

Desse modo, as populações mais pobres, notadamente aquelas hipervulneráveis (mulheres pobres ou homens negros e pobres) não tiveram vez nem voz no sistema vigente: a sua vida não foi defendida, eles não puderam argumentar, nem participar das deliberações, o que torna o atual sistema, então, além de não-verdadeiro, por produzir mortes da população pobre e negra, não-válido, por tê-los alijado das decisões.

A representatividade da população LGBTTTT (lésbicas, gays, bissexuais e travestis, transexuais e transgêneros), pessoas com deficiência e indígena é muito baixa: os dois primeiros grupos contam com apenas um representante na Câmara dos Deputados (Jean Wyllis, do PSOL/RJ, para o primeiro grupo, e Mara Gabrilli, do PSDB/SP, para o segundo) e nenhum para os aborígenes brasileiros. Além disso, os índios e os LGBTTTT's têm grande oposição: os ruralistas e a bancada religiosa, respectivamente – impedindo projetos que possam libertar esta população. As pessoas com deficiência deram um passo para recuperar sua plena autonomia com o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei nº 13.146, de 2015, que trouxe igualdade de direitos e capacidade para este grupo, já que até tal data, muitas delas eram vistas como incapazes. Os povos indígenas ainda tem sua capacidade regulamentada pelo Estatuto do Índio, permanecendo sob tutela da Fundação Nacional do índio (FUNAI), salvo se preencher os requisitos legais previstos no art. 9º do referido estatuto⁵⁸, incluindo idade mínima de 21 anos (ao passo que os não indígenas obtêm a capacidade plena aos 18 anos, podendo ser emancipados aos 16 anos de idade, pelo art. 5º do Código Civil⁵⁹), o que pode, muitas vezes, deixá-los alheios a algumas questões cruciais de sua comunidade. Exemplo disso ocorre com a PEC nº 215, de 2000, que inclui, dentre as competências do Congresso Nacional, a demarcação e ratificação de

⁵⁸ Art. 9º Qualquer índio poderá requerer ao Juiz competente a sua liberação do regime tutelar previsto nesta Lei, investindo-se na plenitude da capacidade civil, desde que preencha os requisitos seguintes:

I - idade mínima de 21 anos;

II - conhecimento da língua portuguesa;

III - habilitação para o exercício de atividade útil, na comunhão nacional;

IV - razoável compreensão dos usos e costumes da comunhão nacional.

⁵⁹ Art. 5º A menoridade cessa aos dezoito anos completos, quando a pessoa fica habilitada à prática de todos os atos da vida civil.

Parágrafo único. Cessará, para os menores, a incapacidade:

I - pela concessão dos pais, ou de um deles na falta do outro, mediante instrumento público, independentemente de homologação judicial, ou por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezesseis anos completos;

II - pelo casamento;

III - pelo exercício de emprego público efetivo;

IV - pela colação de grau em curso de ensino superior;

V - pelo estabelecimento civil ou comercial, ou pela existência de relação de emprego, desde que, em função deles, o menor com dezesseis anos completos tenha economia própria.

terras indígenas – que tem forte influência da bancada ruralista – o que poderá conduzir a uma redução das áreas destinadas a esses povos, de modo a não reproduzir (ainda mais) suas vidas no sistema.

Os homossexuais e as pessoas trans (incluídos aí as travestis e transexuais) já foram diagnosticados como pessoas com transtornos mentais. Os homossexuais já possuíam cadastro na Classificação Internacional de Doenças (CID 302.0), inserida em 1948, no capítulo de transtornos mentais, subcapítulo de “Desvios e transtornos sexuais”, como forma de tentar questionar a sanidade mental dessas pessoas – o que só foi retirado em 1990, com a décima versão da aludida classificação. Entretanto, a despeito disso, o padrão heteronormativo não se encerrou: continuam a negar a vida de determinadas pessoas, classificando-as como com deficiência mental, pois, como alertam Berenice Bento e Larissa Pelúcio (2012, p. 572), houve uma “proliferação de novas categorias médicas que seguem patologizando comportamentos a partir do pressuposto heteronormativo, que exige uma linearidade sem fissuras entre sexo genital, gênero, desejo e práticas sexuais”, em razão de incluírem inúmeras classificações para as travestis, transexuais e transgênero, esse elencado como “transtornos da identidade sexual” (F64.0), a travestilidade nomeada como “travestismo bivalente” (F64.1), bem como “transtorno de identidade sexual na infância” (F64.2), e os transgêneros classificados como “outros transtornos da identidade sexual” (F64.8), ou “transtorno não especificado da identidade sexual” (F64.9). O que acontece é que:

A patologização da sexualidade continua operando com grande força, não mais como “perversões sexuais” ou “homossexualismo”, mas como “transtornos de gênero”. Se o gênero só consegue sua inteligibilidade quando referido à diferença sexual e à complementaridade dos sexos, quando se produz no menino a masculinidade e na menina a feminilidade, a heterossexualidade está inserida aí como condição para dar vida e sentido aos gêneros (BENTO; PELÚCIO, 2012, p. 572).

Com isso, observa-se que, apesar da vitória com a retirada da homossexualidade (denominada, antes, homossexualismo), verifica-se que o padrão heteronormativo ainda vige e continua a encobrir essas minorias, definindo aqueles que não se enquadram nesse padrão com “transtorno de gênero” e insistindo em olhar para essas minorias com padrões advindos da totalidade do sistema, que encoberta e esconde essa população e impede sua emancipação, ao classifica-los como alguém doente – e, como conseqüência, impede-os de viver: as travestis ou a população transexual tem uma expectativa de vida que gira em torno dos 30 anos, enquanto a

população brasileira cis tem uma expectativa de 74, 6 anos. Além disso, são objetificados pelo sistema e a prova disso é que 90% desta comunidade encontra-se em um único segmento profissional: a prostituição, na informalidade, sem direitos trabalhistas e seguridade social (QUEIROZ, 2015, s.p.). Ou seja, apesar de socialmente invisibilizadas, são vistas enquanto objetos sexuais.

Assim, a validade destes acordos firmados entre as vítimas perpassa por três níveis distintos: “o da crítica material (‘a vítima não pode viver’[...]), o da crítica formal (‘a vítima não pode participar discursivamente de alguma maneira no que lhe toca’[...]), e o [...] de factibilidade (‘O validado hegemonicamente não é eficaz para a vida da vítima’)” (DUSSEL, 2012, p.469).

Este consenso formulado simetricamente entre as vítimas apresenta-se, ante o sistema, como um dissenso que, para ser ouvido, deve apoiar-se na comunidade das vítimas⁶⁰ que pugnam por seu reconhecimento e apontam as fissuras do sistema que não promove sua vida e não lhes foi possível participar do consenso que instituiu o sistema vigente. Deste modo, o dissenso possui um lugar ético de enunciação, pois não apenas faz com que as vítimas sejam re-conhecidas, mas, além disso, que sejam respeitadas como reais – e é dele que se emanarão a nova racionalidade. A partir disso, as vítimas devem pensar em instrumentos, estratégias e procedimentos que devem ser revisitados, para que ela possa, democraticamente, participar do consenso e, então, que este obtenha validade (DUSSEL, 2012)⁶¹.

Obtida a validade, é momento de se pensar em um projeto de libertação (factibilidade antecipatória), um mundo onde se possa viver, com um projeto explícito a ser pormenorizado

⁶⁰ O sistema totalizante tende a abafar dissidentes e dissensos: se são poucas as pessoas que divergem, o sistema tende a desconsiderar e ignorar. Quando isto toma grandes proporções, por uma comunidade crítica, com argumentos para desconstruir a validade e verdade do sistema e, ainda, apontam alternativas para que possam ser ouvidas, o discurso vai tornando cada vez mais público e as vítimas atingem a simetria, como fruto da luta pela verdade (DUSSEL, 2012, p. 471).

⁶¹ Entretanto, esta comunidade [de vítimas] sofrerá grande resistência por parte dos dogmáticos, sejam eles ligados com movimentos políticos ditos de esquerda ou de direita, que tentarão afirmar a não-temporalidade dos acordos firmados, acreditando ser desnecessário rever o sistema que gera vítimas. Acreditam que, alcançada a verdade, no critério material, o consenso é algo pressuposto; ou, então, que algo válido é o tradicional e, portanto, deve ser aplicado a todos, inclusive aos excluídos (criando até novos argumentos para tentar justificar a ordem vigente) – e para o fundamentalista, a verdade é eterna. Já os dogmáticos vanguardistas, normalmente ligados a movimentos sociais e partidos de esquerda, acreditam que seu grupo, por ter de dar sua vida pelo sistema, tem um status privilegiado de verdade – seriam os “donos da verdade”. Mas olvidam que a comunidade de vítimas necessita de apoio da comunidade crítica de peritos, para que seus discursos não estejam contaminados com certa cegueira na explicação de sua negatividade (DUSSEL, 2012). É certo que as vítimas acabam auxiliando os peritos para indicar o que deve ser feito para reprodução de suas vidas, mas suas experiências devem servir como uma hermenêutica, de modo que se possa melhor compreender a crítica da comunidade de vítimas, sua vida não reproduzida, bem como a crítica ao poder e sistema que as oprime – e nunca como um “argumento ad hominem”, que impede que qualquer outra pessoa, que não seja a vítima, participe do debate, por não ter vivenciado o que as vítimas passaram.

– uma utopia possível⁶², pois deverá passar pelas exigências ético-materiais e moral-formal, inclusive com auxílio de cientistas, peritos críticos, para encontrar a alternativa concreta possível de ser implementada (DUSSEL, 2012). A utopia aqui proposta, apesar de se apresentar ainda como um “não lugar”, não é um sonho inatingível: ela é possível e racional, que será implementada com auxílio da ciência, filosofia, técnica e fruto da discursividade democrático-intersubjetiva, em busca de um novo horizonte, construindo um sistema [penal] com bases ideológicas distintas do atual: “um mundo que aceite e acolha todos os seres humanos”, com sujeitos responsáveis e fundamentado na alteridade (VASCONCELLOS, 2008, p. 122)

Por fim, chega-se ao último momento: o princípio-libertação, como um dever-ser com vistas a uma factibilidade ética, prática, concreta e crítica, de uma verdade que obteve validade mediante a participação simétrica das vítimas que agora emergirão como novos sujeitos sócio-históricos – sujeitos estes que estavam encobertos pela totalidade de um sistema anterior, que apresentava um sujeito metafísico, abstrato e distinto destes que agora surgem para transformação crítica do sistema que os oprimia. Com isso, implementa-se, de fato, um estado de direito, com normas intersubjetivamente válidas, a partir de um consenso livremente aceito, dentro de uma racionalidade democrática, de modo a articular legalidade e legitimidade e, posteriormente, buscar bases para sua factibilidade empírica (projetos e programas concretos, dentro das possibilidades de ação), para libertar as vítimas dos momentos que causam sua negatividade, no aspecto material e/ou discursivo-formal e construir novas normas, sistemas e instituições que transcendam a reprodução do Mesmo, no qual as vítimas não sejam negadas e possam se desenvolver (é um progresso qualitativo histórico) (DUSSEL, 2012).

Neste sentido, assevera Vasconcellos (2008, p. 110-111):

A categoria da Libertação trata da consciência ética, da responsabilidade pelo oprimido, em face da destruição, da ordem injusta. A libertação é um processo que se inicia com a consciência ética, capacidade de escutar a voz, o apelo do outro. A interpelação do outro provavelmente coloca em questão os princípios morais do sistema e somente quem possui a consciência ética pode aceitar o questionamento a partir do critério absoluto. Ouvirá o apelo do outro, o ateu

⁶² “A utopia capitalista e ontológica iniciada pela Europa com a expansão do mesmo e a negativa de outras culturas deve ceder lugar a uma utopia libertadora ou metafísica que busca realizar a alteridade desde o compromisso com os povos. O projeto utópico do sistema-mundo vigente, globalizando-se cada vez mais, descobre-se em contradição consigo mesmo, já que a maioria dos possíveis participantes afetados encontra-se privada de cumprir com as necessidades que o próprio sistema proclamou como direitos”. (DUSSEL, 2002, p. 315). Ou seja, a despeito de o termo parecer uma contradição em si, não o é: o novo sistema visualizado para libertação do Outro surge como uma utopia, para a realidade do atual sistema; entretanto, ao passo em que toda a realidade opressora e todas as ideologias que impediam a reprodução dessa vida forem abandonadas, tal sistema (que antes era uma utopia) surgirá como algo factível, possível de ser executado, como forma de produzir, reproduzir e desenvolver a vida do Outro.

do sistema – aquele que nega a divindade do sistema, que consegue enxergar o partidarismo faccioso desse – e o que respeitar o outro como tal, distinto, digno de consideração. Aquele que ouvir o lamento do outro, o protesto, o grito, comove-se na própria centralidade, sente-se responsável por ele e descobre a necessidade de uma nova ordem.

Nesse momento, verifica-se o momento de libertação dos oprimidos, entendendo que “[...] libertar não é somente quebrar cadeias, mas possibilitar positivamente o desenvolver da vida humana ao exigir que as instituições e o sistema abram novos horizontes transcendentais à mera reprodução como repetição do “mesmo”, causadora da exclusão das vítimas” (VASCONCELLOS, 2008, p. 130), isto é, não basta lutar e criticar o sistema – é preciso trazer novas diretrizes, novos sistemas possíveis para afirmar a vida do Outro, encoberto pela totalidade.

Com isso, atinge-se o “bem”, que é o momento em que a vida humana encontra-se plenamente realizada, fruto de um autorre-conhecimento, autorre-sponsabilidade e autonomia comunitária, de normas e sistemas que alcançaram a “validade intersubjetiva (com acordo monológico da frenesis própria), motivada pela ordem pulsional reprodutiva (que pode derivar em “impulsos de morte”)” que seria o “bem supremo”, aquele “que mede todo outro bem – é a plena reprodução da vida humana das vítimas” (DUSSEL, 2012, p. 570).

O método a ser adotado, então, para desvelar este Outro é assim explicado por Dussel (1986, p.198):

Em primeiro lugar, o discurso filosófico parte da cotidianidade ôntica e dirige-se dia-lética e ontologicamente para o fundamento. Em segundo lugar, demonstra cientificamente (epistemática, apodicticamente) os entes como possibilidades existenciais. É a filosofia como ciência, relação fundante do ontológico sobre o ôntico. Em terceiro lugar, entre os entes há um que é irreduzível a uma de-dução ou de-monstração a partir do fundamento: o “rosto” ôntico do outro que, em sua visibilidade, permanece presente como trans-ontológico, meta-físico, ético. A passagem da totalidade ontológica ao outro como outro é ana-lética: discurso negativo a partir da totalidade, porque pensa a impossibilidade de pensar o outro positivamente partindo da própria totalidade; discurso positivo da totalidade, quando pensa a possibilidade de interpretar a revelação do outro a partir do outro. Essa revelação do outro já é um quarto movimento, porque a negatividade primeira do outro questionou o nível ontológico que, agora é criado, com base num novo âmbito [...]. Em quinto lugar, o próprio nível ôntico das possibilidades fica julgado e relançado a partir de um fundamento eticamente estabelecido, e estas possibilidades como práxis analética transpassam a ordem ontológica e se adiantam como “serviço” na justiça.

Esse justo crescimento da Totalidade, desde o Outro, para que ele possa viver, será feito por intermédio do método analético⁶³ (ana-letico, como se utiliza Dussel), para que o Outro, sujeito livre e autônomo, possa desvelar a realidade opressora em que está inserido erótica⁶⁴, pedagógica⁶⁵, política⁶⁶, econômica e historicamente. Para tanto, a Totalidade deverá servi-lo *criativamente*, não o englobando como o Mesmo, mas como Outro, distinto, mas que também deve viver (DUSSEL, 1986).

Isto porque o Outro nunca é um só, mas é plural: cada rosto que se tem contato é a epifania de uma coletividade: um povo, uma classe social, uma família... O rosto do outro é uma analogia (aná-logos) de todos os demais entes⁶⁷ com quem não se pode ter o contato direto

⁶³ Método analético refere-se ao momento “analético da dialética. Inicialmente, portanto, o método analético consiste na afirmação de um âmbito que constitui a exterioridade metafísica do outro – alteridade irreductível à lógica da totalidade e ponto de apoio para a construção de uma lógica da diferença, ao evitar a redução de tudo ao mesmo. O novo método consiste na afirmação da negatividade do outro, pois inclui o momento alterativo, desde uma anterioridade (é um movimento ana-dia-lético), movimento que indica a passagem da negação desde um lugar que está além do sistema, ou seja, do outro, do pobre, do oprimido, da vítima, do excluído.” (LUDWIG, 2006, p. 329)

⁶⁴ Dentro de uma cultura machista, o homem é um ser; a mulher, é não-ser. O menino é um ser em potência. “Por isso, a erótica por excelência acontece entre ‘os mesmos’, isto é, entre os varões, porque a perfeição (ou a eudaimonia) consiste em amar o mesmo.” (ZIMMERMAN, 1987, p. 185)

⁶⁵ “A abertura heterossexual de varão e mulher terá como fruto a abertura para o ainda não existente, para o totalmente na imanência: o filho. Este não será “o mesmo” do pai nem da mãe, nem dos dois. Será o outro, simplesmente outro, o novo. O filho nasceu de alguém. É um novo ser, ainda quase “sem mundo”, mas que entra “no mundo”. Aí começa a pedagógica. Na totalidade fechada, a criança encontra o mundo já pronto, acabado. É o mundo dos pais, da família, da classe social na qual nasceu, da comunidade, da nação, do continente. Na lógica da totalidade fará grande diferença nascer no palácio do imperador, na mansão do multimilionário, em país superdesenvolvido ou então no subúrbio, na favela, na choupana do camponês abandonado, do índio ou do africano ‘primitivo’. Na metafísica da alteridade, porém, a criança tendo sido aceita, assumida e esperada como o novo, será educada e respeitada a sua exterioridade e tanto os pais quanto os mestres, se deixarão surpreender cada dia pela novidade que surgirá e que será fonte de sempre renovadas alegrias. A técnica pedagógica já não será a maiêutica para a reminiscência, mas a heurística, fruto da consciência do ser. Os conteúdos programáticos não serão mais os dados’, as ‘tábuas da lei’ a serem decoradas, mas serão os diálogos frutuozos, a intercomunicação dos mundos diversos do infante, do jovem e do adulto, pelo qual cada um saberá ensinar e aprender” (ZIMMERMAN, 1987, p. 186-187)

⁶⁶ Política é a relação “irmão-irmão, povo-povo, nação-nação, que a lógica da totalidade mais fez sentir, historicamente, na sua tirania. Na metafísica da alteridade, a mediação por excelência, na relação política, é o *serviço*. “Desde os gregos até hoje nos ensinaram e nós continuamos a ensinar que a política é ‘a ciência e a arte da administração da cidade, da coisa pública, do Estado’. Fala-se constantemente do bem comum, que de comum só tem ‘a partilha do bolo entre os ocupantes do topo da pirâmide’. A própria democracia grega não passava disso. [...] Na lógica da alteridade em que o serviço, como doação gratuita, é a mediação prática por excelência e a categoria hermenêutica fundamental, a proposta é totalmente outra. Não é mais o irmão dominando e explorando o irmão, mas é a união de ambos buscando as mediações ônticas indispensáveis para melhorar a qualidade de vida para todos. Será o momento em que o povo como um todo terá oportunidade de dizer o que lhe convém ou o que não lhe convém, o que ele precisa prioritariamente e o que é supérfluo, ao menos por enquanto.” (ZIMMERMAN, 1987, p. 188-189)

⁶⁷ De acordo com Dussel, “O ser se ‘ex-pressa’ então de muitas maneiras (com ‘di-fere-nça ontológica’, tanto do ser em relação ao entes, quanto das predicções fundamentais entre si: a matéria da forma, por exemplo), mas está ‘ex-pressão’ não ultrapassa a totalidade ontológica como al, que é idêntica e unívoca (‘chama’ e é ‘chamada’ fundamental e ontologicamente da mesma maneira): o fundamento é uno, é neutro, e tragicamente é ‘assim como é’. Somente há analogia do ente”. (1986, p.202)

do face-a-face. É preciso que o filósofo, então, saiba silenciar a voz dominadora, para que se ouça o discurso do Outro – e que faça isso por intermédio de uma filosofia que não seja ontologizante. O saber-ouvir é um momento constitutivo deste método e permite que se possa aprender o novo, deixando de lado toda sua “oligarquia cultural” e academicismos, para que consiga escutar a voz que vem do alto (aná-) que emana da exterioridade da dominação e rompa com os obstáculos que impedem a revelação do Outro⁶⁸ (DUSSEL, 1986). Com isso, descortinam-se novos seres-viventes, que até agora tinham sua exterioridade negada, eram “não-seres” para a antiga totalidade.

É interessante ressaltar que a transformação da norma, ato ou instituição, dentro daquilo que é factível, no plano objetivo, considerando as limitações materiais, empíricas, políticas, sociais e econômicas deve projetar algo novo: uma *utopia possível*, para a Filosofia da Libertação, um *locus* a ser atingido pela consciência ético-crítica onde seja possível reproduzir a vida, que transcende o atual sistema e desconstrói-o, porque inválido formal e intersubjetivamente, e busca sua transformação. Essa consciência, como alerta Vasconcellos (2008, p. 122), “surge a partir do exercício da racionalidade ético-crítica”, que, por sua vez, subsome “a razão material, porque a supõe afirmativamente para descobrir a dignidade do sujeito e a impossibilidade da reprodução da vida da vítima” e também subsome a razão formal, vez que “supõe no advertir a exclusão da vítima da possibilidade de argumentar em sua própria defesa e a de factibilidade, porque interpreta as mediações factíveis do sistema de eticidade vigente como ineficazes para a vida, porque produzem a morte e a degradação do ser humano”.

Nesse passo, as normas penais precisam ser transformadas sob um novo viés, o democrático, e que tragam efetiva possibilidade de realização do princípio-Vida. Com isso, é imprescindível a elaboração de novas leis, compatíveis com a nova realidade e que possibilite que uma grande comunidade de excluídos possa viver. A atuação policial também precisa ser revisada, com intuito de abandonar o ranço militar existente e buscar a instituição de uma polícia comunitária. Ademais, é necessária, outrossim, uma alternativa também à justiça penal formal, que cala a vítima e dubla o réu – por intermédio de seu defensor, já que o acusado apenas dispõe de um breve interrogatório –, impossibilitando acessar as reais necessidades das

⁶⁸ “Vejam como isto funcionou historicamente na globalidade do existir concreto. Para o grego, o *grego é; o bárbaro* (o que está fora do âmbito conhecido e dominado pelo grego) *não é*; para a Europa do século XVI, o *européu, o cristão é; o índio não é; o negro também não é, porque nem um nem outro é europeu nem tem cultura europeia*. Dessa forma, toda dominação, massacre e destruição da América Latina é justificada. É a visão ontológica da totalidade que se impõe à negatividade (predicada) dos que estão fora do âmbito do seu ser. O *ego cogito* de Descartes (que veio bem mais tarde) nada mais é do que a justificação do *ego conquiro* (eu conquisto), iniciado muito antes.” (ZIMMERMAN, 1987, p. 45)

partes envolvidas no conflito penal e descobrir o que as impede de viver para que, então, possa se pensar em um sistema factível em que seja possível reproduzir estas vidas – e isto pode ser alcançado por intermédio de um paradigma restaurativo.

Não se pode olvidar que a totalidade deste novo sistema, em dado momento, poderá apresentar seus limites e emitir seus efeitos não-intencionais, gerando novas vítimas que mostrarão a irracionalidade do sistema, que nega a vida dessas novas vítimas e, igualmente, deverá ser transformado. Nesse passo, a justiça restaurativa, por exemplo, tem mostrado suas deficiências quanto à controle para crimes mais graves (WALDORF, 2008), razão pela qual, em determinados casos, ainda se deve manter a justiça penal, ou seja, ainda que ela se mostre como um horizonte para a democratização do sistema penal, há casos em que ela não será eficaz para a reprodução da vida humana.

Desse modo, a aplicação efetiva do princípio consiste em sintetizar o conteúdo (com pretensão de verdade prática) em uma norma (ou máxima) que possa ser julgada como boa em sentido ético, concreto, construída por intermédio de um sistema democrático, onde haja a participação social para construir o direito e dirimir os conflitos que surgirem – e descortinar, com isto, as reais vítimas do sistema vigente.

Chegou o momento de buscar uma democratização, também, do direito penal, rompendo com o ranço do autoritarismo, característico da conjuntura sob a qual fora concebido, e trazendo a celeuma a ser dirimida com auxílio dos atores sociais. Nesse passo, a Filosofia da Libertação mostra-se plenamente apta para estes fins, em prol de um modelo de sistema penal que produza a vida de todos os cidadãos e, além disso, que possibilite ouvir a voz de todos os envolvidos.

Os presídios estão superlotados com pessoas, em sua maioria, negras oriundas dos estratos mais vulneráveis da sociedade, ou seja, preenchidos com aqueles sujeitos aos quais a existência é negada, o que limita, de forma violenta, sua autonomia pessoal, além de perceber que não possui o mesmo valor, para o sistema, que os “seres-viventes” (o Mesmo) possuem, que gera a perda do autorrespeito e da capacidade sentir-se igual aos demais sujeitos (HONNETH, 2009, p.217).

Além de aplicação a pequenos delitos, a democratização do sistema penal pode ser eficaz também em delitos praticados pelos indivíduos englobados pela totalidade. Isso pode ser explicado pelo fato de que, por concentrarem uma grande quantidade de poder em suas mãos, sintam-se acima da lei (sobreintegrados, diria Marcelo Neves), e façam acreditar que a vontade

dos demais não é capaz de afetá-los – e até haja perda de empatia com os desprovidos deste mesmo poder.

O crime é uma negação da autonomia da vítima e é isso que o faz algo tão traumático. Como alerta Howard Zehr, os ofensores “transformam as vítimas em objetos, em ‘coisas’, privando-se assim do poder sobre suas vidas, e esta é uma experiência profundamente degradante” (2008, p.51- 52).

Já por parte dos agressores, a realidade deles, por vezes, está contaminada com a visão de que não possuem, igualmente, autonomia sobre sua vida e tudo o que acontece é fruto de sorte ou revés. Dissertando sobre o tema, Zehr (2008, p.53-54) traz que, para os integrantes dessas comunidades excluídas e marginalizadas:

Se o sucesso chega, deve-se mais à sorte do que ao esforço. Se são presos por um delito, isto se deve mais ao azar do que a algo que tenham feito. Tenham ou não o poder de fazer escolhas reais, muitos não acreditam que podem, e isto é o mais significativo. Por isso, muitas pessoas, o crime pode ser uma maneira de afirmar seu senso de controle, algo que de outras formas lhes pareceria estar faltando em sua vida [...]. Esta crença tem importantes implicações para a questão de coibir a criminalidade. Para ser coibido é preciso acreditar que suas ações se baseiam em escolhas que, por sua vez, afetam o futuro. Todos os dias esses jovens veem pessoas inocentes sendo presas. Todos os dias veem pessoas culpadas em liberdade. Para eles praticamente não há relação entre delito e punição. Ao contrário, na sua perspectiva a punição é mais ou menos como a chuva que às vezes cai, às vezes não cai: ela molha igualmente os justos e injustos. A maioria dos jovens têm a expectativa de passar pela experiência de ser pego e punido em algum momento da vida.

É preciso, deste modo, pensar em modelos alternativos de justiça penal, em que os envolvidos – e a comunidade – empoderem-se e fortaleça seu senso de autonomia, participando ativamente das decisões e afirmando seu senso de controle no seio de sua comunidade e na solução de litígios. Com esse empoderamento dos cidadãos, ele não necessitará, em regra, reafirmar sua autonomia por intermédio do crime – e, com isto, além de reduzir as taxas de criminalidade, a vítima não será privada de seu poder pessoal.

Com intuito de sustentar este novo paradigma é que se torna necessário, ao lado da justiça restaurativa, lançar mão de outros mecanismos hábeis para a democratização da punição, reduzindo a violência e dessacralizando o sistema.

2.4 Bases para transformação do sistema penal

A mudança de paradigma, como dito, traz a possibilidade de se observar a realidade sob uma nova perspectiva, sob novas lentes. Com a democratização da estrutura penal, será possível visualizar um sistema voltado para a efetivação dos direitos humanos e promoção da dignidade da pessoa humana. Com isso, não só a forma de se olhar para o processo penal será modificada; todas as políticas penais e processuais-penais também sofrerão alterações, como adequação às novas lentes.

2.4.1 Descriminalização

Dentro deste novo paradigma, a forma como o direito penal é visto hoje enseja atualização, pois escolha de bens jurídicos e a elaboração de tipos penais objetos ocorre sem qualquer fundamentação cientificamente razoável. O legislador simplesmente afirma que um determinado direito deve ser tutelado pela seara penal, sem maiores discussões ou fundamentações racionais e científicas a respeito, algo similar ao que era realizado dentro do paradigma do objeto: seria da essência daquele bem jurídico ser merecedor de tutela penal, sem se perquirir a abrangência de sua acepção e conteúdo, dentro de um contexto histórico e social.

A título de exemplo, isso pode ser aferido por uma análise do Projeto de lei nº 5.364, de 2005, que dispõe sobre a revogação do art. 128, inciso II do Código Penal, que enseja a criminalização de aborto quando a gravidez for de corrente de estupro. Nesse projeto, o legislador justifica a necessidade de proteção da “vida humana” do feto, sem demonstrar racionalmente o conceito de vida humana e, principalmente, quando esta se inicia. Apenas afirma que o Estado dá amparo à maternidade e, caso ela não deseje a criança, o Estado *precisaria prover* de meios as instituições para receber o recém-nascido – e isso seria suficiente para auxiliar os traumas suportados pela vítima. Não se traz nenhum debate acerca do conceito e abrangência do que é e quando se inicia a vida humana, seja por um viés científico, seja por um conceito socialmente construído, em um dado momento histórico, nem como a comunidade entende que uma situação tão delicada deve ser solucionada. Ainda, não apresenta quais as razões que conduziram à alteração daquele consenso outrora firmado e positivado na legislação penal. Não há pesquisas e nem prognósticos a respeito, apenas enunciações de necessidade de tutela de um bem jurídico: puro essencialismo.

Desse modo, a visão que ainda permeia o sistema brasileiro, de que os bens seriam protegidos por terem valor em si mesmo, oculta que esta decisão, que deveria ter um caráter social e normativamente construído, na verdade é a expressão de um discurso que visa a manter a ideologia de um determinado setor social dominante – mas que impede o desenvolvimento de várias vidas humanas. Assim, tais decisões não serão democráticas enquanto a seleção dos argumentos não for dotada de racionalidade e cientificidade sem que se subtraia dos cidadãos a decisão de deliberar a regulamentação de diversos setores sociais e quais instrumentos poderão dispor para dirimir os inúmeros conflitos que podem surgir, em suas nuances possíveis dentro de uma sociedade pluralista. A definição de crime como lesão de deveres, agora estruturada em uma relação jurídica intersubjetiva, tende a pluralizar as decisões e nega uma resposta unívoca para as celeumas penais, o que se reveste de um relevante caráter emancipatório e democrático, vez que permite deixar uma via aberta para que toda a coletividade possa definir o que deve ser compreendido como um ato danoso (LUZ, 2013).

A razão de incorrerem nesse erro é evidenciada por Silva (2007, p. 240-242), pois muitos penalistas, ao associarem bem jurídico-penal à Constituição, ora a tratam como um código penal repleta de comandos e proibições, ora desenvolvem uma axiologia casuística e solipsista, em que seria possível sustentar, acerca do mesmo bem jurídico, a criminalização ou descriminalização da mesma conduta, como se a hierarquização de tais valores emanasse espontaneamente do texto constitucional, desprovida de qualquer referência ética, teórica ou valorativa – escamoteando em supostas decisões do constituintes suas convicções pessoais. Olvidam-se que a Constituição, apenas de forma oblíqua, preocupou-se com a legislação penal – quando traz proibições constitucionais de criminalizar ou comandos que expressamente recomendam a criminalização de condutas – e transmutam a exceção em regra.

Entretanto, pelo paradigma restaurativo, deve-se ter em mente que os bens jurídicos não transitam pelo mundo, de forma independentes; eles pertencem a alguém, seu titular, de modo que são eles quem devem ter a pretensão de reparação em caso de lesão. Nesse passo, o direito penal deixa de ser visto como um ramo que protege um complexo de bens jurídicos, para ver o delito como uma relação jurídica entre pessoas, deontologicamente estruturada. Logo, não se pode atomizar o ato comunicativo das interações humanas; ao contrário, deve-se estimulá-lo (LUZ, 2013, p. 142).

É preciso, então, analisar quais os direitos fundamentais que são imprescindíveis para a promoção, desenvolvimento e reprodução da vida de todos os seres humanos (verdade), conforme o consenso discursiva e socialmente construído pela coletividade em torno de seu

conceito e que se atente aos componentes ético-políticos relevantes (validade), de modo a criar, com auxílio de peritos e afins, tipos penais que, de fato, protejam os indivíduos de condutas socialmente danosas e que não obterão sua proteção por nenhum outro ramo do direito, que não o direito penal (factibilidade).

Com isto, nota-se que a proteção de direitos fundamentais deve funcionar como um limite do *jus puniendi* – e não o justificar – e controle da expansão penal, já que a criação e manutenção de tipos penais deveria passar por um processo racional, fundamentado e crítico. Quanto aos tipos penais existentes, eles devem ser todos revisados sob esta nova ótica e, aqueles que não obtiverem justificativa para sua subsistência, devem ser descriminalizados.

A descriminalização de condutas tipificadas pela legislação penal é uma das possibilidades existentes de humanização do sistema, retirando da alçada do direito penal determinados fatos que não causem lesão significativa a bens jurídicos a ponto de justificar sua criminalização. Nesse passo, à prática daquela conduta não seria cominada mais nenhuma sanção (chamada de descriminalização formal) ou, ainda, sairia apenas da alçada penal, mas sendo sancionada por outros ramos do Direito menos gravosos (descriminalização substitutiva), como o direito administrativo sancionador, que aplicaria multas a estas condutas desviantes, em vez de pena privativa de liberdade, ou ao direito civil, possibilitando a reparação dos danos, caso haja violação de bens jurídicos patrimoniais ou extrapatrimoniais – evitando-se, outrossim, a estigmatização dos indivíduos.

Nessa senda, Alexandre Knopholz (2011, p. 28-30) atesta que é possível encontrar no direito administrativo sancionador um “instrumento legítimo e eficaz com capacidade de dar respostas suficientes a violações de preceitos normativos relevantes em uma sociedade global e de riscos”, vez que tem traços em comum com o direito penal, como observância da legalidade, devido processo legal contraditório, ampla defesa, motivação e presunção de inocência, mas atua de forma menos drástica e afigura-se como resposta mais razoável e proporcional a determinados ilícitos. A respeito do tema, disserta Péricles Jandyr Zanoni (2010, p. 10):

Duas crises pairam sobre o sistema penal, uma sobre o direito penal e outra sobre a administração da Justiça Penal. A primeira crise referente ao direito penal tem resultado do grande número de leis para fazer frente à opinião pública, e a outra devido ao acúmulo de trabalho dos juízes, sem o necessário suporte técnico para auxiliá-los. Dentro de tal contexto, os demais órgãos, policial, penitenciário não dispõem da desejável estrutura para a ressocialização do sentenciado, pelo seu preparo e seleção deficientes. O que se constata é a

existência de um sistema tradicional criminalizante resistente às mudanças, ineficiente em suas penas clássicas, a falta de estrutura para os tratamentos preventivo-repressivos. Observa-se ainda os custos individuais e sociais consequentes das infrações, que se apresentam como a feição estrutural a mover os movimentos descriminalizadores em uma política criminal nas sociedades democráticas, de característica organizacional que já superam a era da industrialização. A descriminalização compreende o processo formal ou de fato da retirada de condutas criminosas do ordenamento jurídico penal.

A descriminalização é uma forma eficaz de reverter o cenário atual, de hiperinflação legislativa, deixando ao direito penal apenas uma atuação, de fato, subsidiária – notadamente ante os sinais de ineficácia do direito penal em administrar todos os riscos da sociedade contemporânea. O direito penal atual não cumpre com os fins e objetivos propostos, o que se agrava com a hipertrofia e morosidade do Judiciário – e redundante, por vezes, em sentenças condenatórias incautas e sentimento de impunidade e insegurança social.

Como alerta Giamberardino (2015, p. 59), “O crime não existe. Apenas atos existem, atos em regra com diferentes significados em contextos sociais variados. Atos, e o significado a eles atribuído, são nosso dado, nosso desafio é seguir o destino dos atos através do universo de significados”. Assim, é preciso de balizas para definir objetivamente quais condutas podem ser objeto de tutela penal.

Com intuito de trazer ética para as normas penais incriminadoras, José Luis Díez Ripollés (2005) aponta um grupo de princípios, os “princípios da proteção”, que servem de alicerce para delimitar os conteúdos de tutela da norma penal. Dentro dele, emergem três princípios: a lesividade, a essencialidade ou fragmentariedade e o interesse público. Pelo primeiro, a norma penal deverá ser utilizada apenas para proteger a sociedade de condutas que são consideradas socialmente danosa, que afetem “as necessidades da convivência social externa”. A fragmentariedade aponta no sentido de que o direito penal deve vir proteger condutas gravemente prejudiciais, como forma de limitar sua intervenção apenas aos ataques mais intoleráveis. Por fim, “[...] toda conduta gravemente danosa aos interesses públicos na manutenção de determinada convivência social externa há de ser acessível em sua constatação através das ciências empírico-sociais”.

Isto é, por este grupo de princípios, o direito penal deve se ocupar, dentro daquelas condutas que são socialmente danosas (lesividade), apenas daquelas que impactem de forma grave as relações sociais e isto possa ser constatável pelas ciências empírico-sociais. Caso o ato não seja capaz de ser abarcado por estes três princípios, não seria caso de ser uma relação objeto

tutela penal, devendo, portanto, ser descriminalizada. Nesse norte, propõe-se a descriminalização da conduta prevista no art. 33, §3º da Lei nº 11.343, de 2006, tendo em vista que aqui, além de não haver a finalidade de lucro, a conduta não afetaria a convivência social externa, já que pessoas capazes utilizariam aquela substância psicoativa por livre e espontânea vontade, normalmente em pequenas quantidades, teria uma abrangência pequena (ou seja, não violaria o princípio da lesividade) sem que isso acarrete graves consequências para o corpo social, ante seu baixo espectro (princípio da fragmentariedade). Entendendo-se a integridade física como bem disponível (JUNQUEIRA; VANZOLINI, 2017, p. 416), que o agente pode consentir com sua disposição e, em razão disso, como a conduta do agente não é voltada para angariar lucro e disseminar entorpecente para várias pessoas, a saúde pública (bem difuso que o tráfico visa proteger), não seria violada, não havendo qualquer transgressão ao princípio do interesse público.

Ademais, os crimes devem, então, ter suas penas fixadas de acordo com a gravidade da lesão e do direito que foi violado, não em conformidade com os interesses da classe dominante, que se utiliza do direito penal como instrumento de poder e manutenção do *status quo*. Tal alegação é aferível por intermédio de uma análise do Código Penal brasileiro, que atribui a pena de um a quatro anos para um furto simples, apropriação indébita e receptação simples (crime contra o patrimônio), ao passo que o delito de sequestro (liberdade individual) apresenta pena de um a três anos; ou então, confere ao crime de tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual a penalidade de três a oito anos, que é a mesma conferida à receptação qualificada; e pior, a mesma pena capitulada ao furto de semovente domesticável para reprodução (como as vacas) é atribuída à tortura simples, ambos os tipos penais com reclusão de dois a oito anos, o que demonstra a nítida ideologia que circunda o ordenamento brasileiro. Ou seja, pela atual sistemática, as escolhas das penas não encontram correspondência pelo quantum da pena atribuída àquela infração – e isso precisa ser revisitado.

Ao lado da descriminalização de algumas condutas, há outro recurso muito próximo a este: a isenção de pena – ou despenalização. Este instituto vem, inclusive, inserido na cláusula 2.7 das Regras de Tóquio, que estabeleceu regras mínimas para elaboração de medidas não privativas de liberdade, além de estimularem a adoção gradual dos institutos da descriminalização e da despenalização. Este consiste na redução da severidade da pena aplicada ao delito, seja reduzindo a quantidade da pena, seja com a tipificação da conduta por outro ramo do direito, ou seja, deixando de cominar pena privativa de liberdade, para aplicar penas alternativas – tal como aconteceu com o porte para uso de entorpecentes, previsto no artigo 28,

da Lei nº 11.343, de 2006, que não possui previsão de aplicação de pena de prisão para o delito, mas continua sendo um ilícito penal. Além disso, Zandoni (2010, p. 11) assevera a existência de um outro aspecto da despenalização, a saber, a reforma do sistema normativo-penal, com a revisitação dos argumentos históricos que justificaram a pena privativa de liberdade, perquirindo a sua real pertinência como sanção a determinadas condutas – e se outras penas restritivas de direitos não seriam mais eficazes.

Deste modo, é preciso redefinir o entendimento do crime como lesões a direitos individuais e dentro de relações interpessoais – e retirar do Estado a posição de sujeito passivo constante dos delitos, para que possa emergir novas possibilidades de encontro entre vítima e agente e seja possível enxergar o sistema com novas lentes e novas respostas ao delito. A infligência intencional de dor deixaria de ser a única forma concebida de comunicação, dentro do paradigma atual de justiça retributiva, e seria possível pensar em outras formas de censura, não necessariamente atrelada à infligência intencional de sofrimento, que gera exclusão e estigmatização dos indivíduos – e isto está umbilicalmente ligado ao exercício da cidadania dentro da interação entre os sujeitos envolvidos, reconhecidamente livres e iguais, não coisificados (GIAMBERARDINO, 2015).

2.4.2 Desmilitarização das polícias militares e conselhos de segurança pública

Outro resquício dessa transição incompleta para um sistema democrático é a herança de uma polícia militarizada, como um braço armado do Estado, para a “combate ao crime” ou “guerra às drogas”, em um palco onde há, ambos os polos, pessoas vulneráveis: uma população marginalizada, estereotipada e subintegrada em conflito com policiais despojados de determinados direitos, enquanto servidores da segurança pública – além de serem submetidos a sevícias durante o processo de treinamento e preparação.

Sérgio França Adorno (1996) afirma ainda que as políticas securitárias não diferem, substancialmente, daquelas implementadas pelos governos autoritários, mantendo esse ranço violento e altamente repressivo, reacionário às mudanças em caminho à implementação de um Estado Democrático de Direito. Isso reflete nas instituições sociais ocorrendo uma “democracia sem cidadania”, conforme Maurício Zanoide de Moraes (2009, p. 409), em razão de uma cidadania não consolidada em que tem “cidadãos incompletos” ou “meio-cidadãos”.

Tem-se, desse modo, um Estado que, concomitante e paradoxalmente, é ineficaz na proteção dos moradores de comunidades carentes da ação de organizações criminosas e,

também, vitimiza e submete um contingente de inocentes em meio ao fogo cruzado na *guerra* travada contra o crime, onde o campo de batalha é a própria favela e o alvo pode ser qualquer um. Há a suspensão dos direitos fundamentais dos moradores que residem nessas áreas marginalizadas, tanto pela polícia – que atua diversas vezes de forma arbitrária e violenta – como pelos próprios traficantes (SILVA, 2010, p. 5059).

O clamor público tenta legitimar tais ações por terem ocorrido “em nome do Estado” e “em defesa do cidadão de bem”, concedendo, na prática, uma licença irrestrita aos policiais para matar, em quaisquer circunstâncias, como primeira proteção ao perigo – muitas vezes causados pelos próprios agentes (SILVA, 2010, p. 5064-5065).

Consequência disso é, factualmente, caracterização de uma guerra civil – não declarada – que tem como bases a seletividade e desigualdade sociais. Há uma “espécie de guerra ‘camuflada’ contra os discriminados étnicos (os segregados, os excluídos, os desamparados), contra os vulneráveis (especialmente os jovens), exploráveis, torturáveis, ‘prisionáveis’ e ‘mortáveis’” (GOMES, 2013, p. 75). Não por menos que, se seus moradores têm fartos motivos para não desejarem serem subjugados por traficantes, muito menos razões tem para cooperar ou simpatizar pela Polícia (SILVA, 2010, p. 5059).

Em uma análise comparada da Constituição de 1967 com a de 1988, infere-se que mesmo com *redemocratização*, as disposições acerca das policiais militares se mantiveram, praticamente, inalteradas – o que favorece para a continuidade de práticas violentas no modo de atuação da polícia militar (conforme abordado no início do capítulo 2), que ocorre, notadamente, contra os jovens negros da periferia. Prova disso é que, entre 2003 e 2014, as mortes entre jovens brancos, entre 15 e 24 anos, reduziram em 26,1% (de 13.224 para 9.766 jovens brancos assassinados), ao passo que, no mesmo interregno, os homicídios contra jovens negros aumentaram em 46,9% (de 20.291 para 29.813 jovens assassinados). Além disso, a vitimização negra⁶⁹ em 2003 era de 71,7% (morriam 71,7% mais negros por arma de fogo do que brancos); e em 2014 ela salta para 158,9%⁷⁰ (WASELFSZ, 2016, p. 55).

Não se pode olvidar das perseguições sofridas por Brizola, por estarem verdadeiramente comprometidos com a instituição de política de segurança pública compatível com um Estado Democrático de Direito. Ao se posicionarem contra condutas abusivas e ilegais

⁶⁹ O relatório aponta como vitimização negra a relação entre homicídios por arma de fogo de brancos e de negros, cujo índice positivo indica mais morte de negros do que de brancos.

⁷⁰ Nem todas as mortes são causadas em confronto entre policiais militares e jovens negros, mas estas mortes são decorrentes – e enfatizam – a violência institucionalizada presente nas instituições sociais que este trabalho objetiva reduzir.

praticadas pelos policiais, dentro das comunidades carentes, Brizola foi alvo de rebeliões e “boicotes de uma polícia que não aprendeu a agir (ou não queria agir) senão de forma extremamente violenta, sem qualquer respeito às comunidades socialmente marginalizadas, ainda que com absoluta ineficácia na contenção ou redução dos níveis de violência” (SILVA, 2010, p. 6069).

Dentre as mortes ocorridas pela ação policial, muitas não chegam sequer a serem investigadas, pois são elaborados os autos de resistência – situação reservada apenas para casos em que haja morte de civil em contexto de confronto armado ou alguma causa excludente de ilicitude. Conforme se denota do artigo 282 do Código de Processo Penal, o auto de resistência seria um ato realizado pela polícia civil e subscrito por duas testemunhas, sendo a peça inaugural do inquérito civil, quando houver homicídio praticado por policial, decorrente de resistência à ordem de prisão por ele emitida. Ante o caráter sigiloso do inquérito, o contraditório e a ampla defesa são mitigados ou postergados, impedindo que a verdade seja descortinada.

A Secretaria de Direitos Humanos, atenta à banalização dos autos de resistência, emitiu a Resolução nº 8, de 2012, modificando a nomenclatura de “auto de resistência” para “homicídio decorrente de intervenção policial” e determinando que a realização de perícia para averiguar as circunstâncias da morte e, inclusive, impede o arquivamento do caso sem a juntada do laudo necroscópico ou cadavérico, subscrito por dois peritos criminais. Isto porque o Ministério Público, em alguns casos, era complacente e ou arquivava ou pedia a absolvição dos policiais envolvidos, o que era sempre acolhido pelo Judiciário - conforme pesquisa de Ignácio Cano (1998), dos 301 casos por ele analisados, 295 foram arquivados e, nos outros 6 casos, houve a absolvição, a pedido do Ministério Público.

Dados do Atlas da Violência (2017, p. 21) apontam ainda que A categoria “intervenções legais e operações de guerra”, registro Y35-Y36 do Sistema de Informação sobre Mortalidade – SIM, ainda apresenta um alto grau de subnotificação, tendo em vista que o SIM registrou 942 casos de intervenções legais, enquanto “a segurança pública registrou 3.320 mortes decorrentes de intervenções policiais, ou seja, 3,5 vezes o número de registros da saúde”. Além disso, convém ressaltar a própria condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (2017), no Caso da Favela Nova Brasília, pela morosidade e diversos equívocos na investigação e sanção das pessoas responsáveis por 26 execuções extrajudiciais, realizadas por policiais civis do Rio de Janeiro durante operações no Complexo do Alemão, em 18 de outubro de 1994 e oito de maio de 1995, sob a alegação de que tais mortes teriam sido

“justificadas” por auto de resistência à prisão. Além disso, na primeira operação, três mulheres, duas delas ainda crianças, foram vítimas de tortura e violência sexual por parte dos policiais. Cerqueira et. al. (2017, p. 22) ainda afirmam que o número de mortes decorrentes de intervenção policial já ultrapassou o de latrocínio, evidenciando que o caso de Nova Brasília “não representa uma ação isolada e que práticas letais de agentes estatais não configuram um desvio individual de conduta, mas sim um padrão institucional de uso da força pelas polícias”

Desse modo, é necessário se pensar na desmilitarização das polícias, para que se rompa com o ranço autoritário e hierárquico, herdado do exército (já que é considerada força reserva das Forças Armadas, além de possuir estrutura organizacional espelhada) e se otimize o serviço prestado, abandonando a divisão de tarefas existente entre a polícia militar e civil. A perpetuação do modelo militarizado confere aos policiais um treinamento visando ao combate – onde os inimigos a serem combatidos já são previamente selecionados pelo sistema e sua morte justificada pelo discurso de ódio reacionário e violento. Além disso, é necessário também um treinamento mais humano e uma seleção de policiais com perfil voltados para a pacificação e uma atuação comunitária da polícia.

A Fundação Getúlio Vargas (2015), por intermédio do Centro de Pesquisas Jurídicas Aplicadas, em conjunto com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e a Secretaria Nacional de Segurança Pública realizou uma pesquisa intitulada “Opinião dos Policiais Brasileiros sobre Reformas e Modernização da Segurança Pública”, onde se constatou que 66,2% dos policiais acreditam que suas carreiras não estão adequadamente organizadas, com baixos salários, insuficiente contingente policiais e falta de equipamentos, sendo que quase 60% dos policiais já foram humilhados ou desrespeitados por superior hierárquico, 99% acreditam que seu salário é baixo e 98,2% asseveram que o treinamento dado é insuficiente. Além disso, 80,9% acredita que as polícias deveriam ser organizadas em carreira única; 76,1% dos policiais militares apoiam a desvinculação entre a polícia militar e o exército; e 86,7% defendem a regulamentação do direito à sindicalização e direito de greve dos policiais militares. Inclusive, 87,3% dos policiais defendem que o foco do trabalho das polícias militares deveria ser reorientado para proteção dos direitos de cidadania, apontando, ainda, que 53,7% dos policiais afirmam nunca terem participado de nenhuma reunião do conselho comunitário de segurança e 87,7% afirmam que a população deveria participar da decisão sobre as prioridades do trabalho de policiamento no bairro ou região de residência.

Interessante se observar a necessidade de participação dos policiais em conselhos comunitários de segurança pública, que teriam como um dos objetivos ouvir os membros de

um determinado bairro acerca de suas reais necessidades de policiamento e segurança. É nesse ponto que se torna possível defender uma polícia comunitária, ou seja, uma polícia com maior envolvimento com a comunidade, de modo a democratizá-la proporcionar maior envolvimento dos indivíduos, para possam apontar suas carências e, assim, otimizar o serviço de segurança pública. Além disso, esta forma de policiamento se coaduna com o artigo 144 da Constituição Federal, ao apresentar a segurança pública como não apenas como dever do Estado, mas também direito e responsabilidade dos cidadãos.

O policiamento comunitário, então, possui quatro características principais: (i) relação de confiança recíproca entre polícia e população, permitindo trabalho integrado e divisão de responsabilidades; (ii) descentralização da atividade policial, junto com a comunidade, que lhe prestará informações necessárias para o desenvolvimento de sua atividade; (iii) ênfase nos serviços não emergenciais, voltados para a prevenção do delito (prevenção primária) e evitar que um determinado problema tome maiores proporções (prevenção secundária), o que reduz a demanda de atividades emergenciais; e (iv) ação integrada entre diferentes instituições sociais, proporcionando uma abordagem mais ampla para a segurança pública (NEV/USP, 2009, p. 15-16).

Ao ampliar debate sobre as necessidades daquela comunidade, torna-se possível identificar e combater o problema em sua gênese, com a proposição de metas e estratégias menos custosas e mais eficientes, fiscalizadas e com engajamento social, além de ser possível “pressionar o poder público para a mobilização dos recursos necessários e supervisionar os resultados das ações realizadas”. Com isso, obtém uma atuação “forma reativa (pronto-atendimento) como também pró-ativa (prevenção). Os cidadãos, por sua vez, têm o direito e a responsabilidade de participar no modo como esse policiamento é realizado” (NEV/USP, 2009, p. 17).

Essa guinada faz com que seja necessária uma mudança do paradigma vigente no sistema penal, que prefere atuar para prevenir conflitos, com auxílio da comunidade – ao contrário do paradigma punitivo, que atua pontualmente, para minimizar os problemas, sendo insuficiente para solucionar os problemas. O treinamento policial hodierno é voltado para o combate e situações-limite de confronto armado, quase que exclusivamente e pensa-se pouco em sua atuação comunitária.

Para tanto é preciso pensar também na implementação dos conselhos comunitários de segurança, para que estimule uma participação ativa dos cidadãos na área da segurança pública,

fazendo com que os cidadãos deixem de ser meros destinatários do direito e tornam-se igualmente responsáveis pela sua implementação, concebendo-os como cidadãos responsáveis⁷¹ pelas diretrizes que desenvolveram intersubjetivamente. Nesse sentido é que o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) apresenta em seu eixo orientador IV, na diretriz 12, a necessidade de maior “[t]ransparência e participação popular no sistema de segurança pública e justiça criminal” de modo a proporcionar a “[c]onsolidação de mecanismos de participação popular na elaboração das políticas públicas de segurança”, por intermédio do fomento de “mecanismos de gestão participativa das políticas públicas de segurança, como conselhos e conferências, ampliando a Conferência Nacional de Segurança Pública” (BRASIL, 2010, p.111).

Delineando uma conceituação sistemática dos conselhos, José Murilo de Carvalho (2003, p.79) afirma que são “espaços de interface entre o Estado e a sociedade”, onde haveria a cogestão, entre o governo e os cidadãos, das políticas públicas de segurança, em que todos poderiam propor, deliberar, discutir, implementar e fiscalizar a realização do interesse público. Inclusive, Luciane Patrício Braga de Moraes (2009) aponta que, dentre os conselhos hoje existentes no Brasil, 84,9% deles têm a atribuição de diagnosticar problemas relacionados à criminalidade violenta e 71,7% realizam planejamento e elaboração de programas educacionais. Entretanto, as funções dos conselhos se estendem além disso, pois podem ter caráter consultivo, sobre as demandas e políticas que determinada comunidade tem interesse; deliberativo, relacionado ao poder de implementação de políticas públicas ou administração dos recursos auferidos; normativo, no sentido de estabelecer normas e diretrizes de como aplicar estes recursos e implementar políticas públicas; ou, também, fiscalizador, caso tenha atribuição para acompanhar a implementação das políticas implementadas e seu adequado funcionamento.

Estes conselhos devem compostos pelos mais variados setores sociais, desde as polícias, até associação de moradores, membros de organizações não-governamentais, representantes da Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério Público, Judiciário, Defensoria Pública, governo municipal e estadual, proporcionando uma pluralidade de vozes no debate e possibilitando à satisfação das reais carências da comunidade local, de forma interdisciplinar –

⁷¹ Os conselhos de segurança pública são aptos a proporcionar aos cidadãos uma visão mais ampla dos problemas relacionados à violência e uma compreensão global de todas as suas causas e consequências. Através disso será possível afastar a ideia apregoada no discurso da hiper-segurança, saturada na mídia, de que a “gestão policial e carcerária é o remédio ótimo, o caminho real para a restauração da ordem sócio-moral na cidade, senão o único meio de garantir a segurança pública, e que não dispomos de nenhuma outra alternativa para conter os problemas sociais” (WACQUANT, 2007, p. 23). Deste modo, os meios de comunicação devem se preocupar em “atender e reforçar um público esclarecido, independentes dos atores políticos e sociais” afastando a influência de atores políticos na agenda midiática (RIPOLLÉS, 2005, p. 195).

pois não se deve ter a segurança como uma política pública hermeticamente fechada, mas sim inserida em uma rede interligada com diversas outras políticas, como saúde, cultura, educação, lazer etc., com vistas à efetivação dos diversos direitos fundamentais que podem ser a gênese de determinados conflitos sociais.

A desmilitarização das polícias se coaduna com a filosofia dusseliana no momento em que se propõe o fim dessa guerra contra o crime, tendo como palco as favelas e periferias brasileiras, em que a vida desses cidadãos e dos policiais não é respeitada e não é produzida. Desse modo, como alternativa a segurança pública é que se apresentam os conselhos de segurança pública e a polícia comunitária, como forma de ouvir os cidadãos, principalmente os encobertos pelo sistema, para que eles apresentem suas necessidades e, conjuntamente, seja deliberado sobre as medidas que são possíveis de serem adotadas, sem que, com isso, haja maiores conflitos armados, causando a morte desses sujeitos.

2.4.3 Redução de danos

Ao lado de revisitações legislativas e constitucionais, seria imprescindível, outrossim, a implementação de enfoques minimalistas, com intuito de reconduzir o direito penal à sua atuação subsidiária e buscando implementar estratégias alternativas à aplicação da pena e que sejam igualmente ou mais eficazes do que esta e que não submetam o investigado a um processo e, ao mesmo tempo, atenda a suas reais necessidades, como acontece com a redução de danos, assim entendida como uma filosofia de ação educativa e sanitária, no domínio da psicoatividade, que envolve pedagogia social com vista a alteração de comportamentos potencialmente danosos para o indivíduo ou comunidade, com intuito de redução dos danos que possam surgir. Mas o estímulo na mudança comportamental deve ser feito de forma tolerante, respeitando a diferença e liberdade dos indivíduos (BARBOSA, 2011).

A redução de danos consiste em um conjunto de medidas sanitárias com intuito de diminuir as consequências adversas do uso de entorpecentes. A medida respeita o direito de autodeterminação da pessoa e, tendo em vista que nem todos os usuários consigam ou queiram deixar de consumir drogas, deve-se buscar reduzir os riscos de contaminação com doenças infectocontagiosas, notadamente hepatite e HIV, além de tentar estimular o usuário a buscar tratamento – mesmo sabendo que nem em todos os casos isso será possível –, afirmando sua responsabilidade e autonomia, enquanto indivíduo. Como o uso de entorpecentes sempre

existiu, é utópica a ideia de erradicá-los; e é por isso que seu objetivo é o restabelecimento da cidadania do adicto – e não sua punição (NARDI; RIGONI, 2005).

Essa estratégia teve origem em 1926 na Inglaterra, com o Relatório Rolleston, que possibilitava ao médico prescrever opiáceos para os dependentes da droga, como parte do tratamento. Medida similar a esta foi adotada em setembro de 2016, pelo Canadá, pelo então primeiro ministro Justin Trudeau. Este país passava por um grande problema de mortes por overdose do fentanil, opiáceo mais barato e substitutivo da heroína: porém mais fatal – tanto que os casos de morte por overdose aumentaram em 61% entre janeiro e agosto de 2016, somente na província da Colúmbia Britânica. Em razão disso, passou-se a autorizar que os médicos possam prescrever diacilmorfina, o princípio ativo da heroína, para pacientes que não estejam respondendo ao tratamento convencional, com outros dois opiáceos (metadona e buprenorfina), a ser aplicado em clínica adequada, nos moldes já adotados por países como Alemanha, Holanda e Suíça. Na clínica estabelecida em Crosstown, em Vancouver, obteve-se uma média de uma overdose a cada seis mil doses – e nenhuma fatal, graças ao pronto atendimento. E os benefícios foram além da proteção da vida dos usuários e redução de poder dos traficantes: houve uma economia para o Estado, pois cada usuário custa US\$ 16 mil por ano, em detrimento dos US\$ 23 mil, caso fossem deixados sem amparo (contabilizados os gastos com sistema de saúde, penitenciárias etc.) (FLORESTI, 2016).

Além disso, acredita-se ser possível adotar estratégias diversas, inclusive com a expansão da distribuição e troca de cachimbos, troca de seringas, além de educação para redução e cuidados, para os usuários, e para prevenção dos não-usuários. Esta estratégia deverá ser feita por intermédio da figura do redutor, pessoa que atuará na busca de usuários de entorpecentes e locais onde há maiores concentrações, estabelecendo vínculos com estes indivíduos. A partir desses vínculos é que começará a distribuir insumos (preservativos, seringas etc.) e encaminhamentos para tratamento, sempre respeitando a vontade do usuário. Outra vantagem da redução de danos consiste em buscar valorizar o saber da população na qual a política será aplicada, auxiliando no planejamento das ações, pois muitas vezes os redutores são ex-usuários e sabem a melhor forma de abordar e a linguagem utilizada por aquelas pessoas, além de ajudar a identificar as necessidades destes sujeitos (NARDI; RIGONI, 2005).

No Brasil, a cidade de Santos/SP foi a primeira a adotar a política de redução de danos, em 1989, para conter os elevados índices de transmissão de HIV ligados ao compartilhamento de seringas para uso de drogas, por intermédio do “Programa de Troca de Seringas” (PTSs). O sucesso da política fez com que ela, em 2002, fosse incorporada à Política Nacional Antidrogas,

no eixo 2.13 e, principalmente, no eixo 6, que trabalha especificamente o tema. Posteriormente, em 2003, foi também incluída como uma das estratégias norteadoras do Ministério da Saúde para Atenção Integral ao Usuário de Álcool e Outras Drogas e da política de Saúde Mental. No ano de 2009 foi instituído o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas, pela Portaria 1.190, que deu atenção especial à política de prevenção de danos, notadamente em no art. 1º, II; 3º, XI; art. 4º, III, d, trazendo a prevenção de danos como um dos objetivos do referido plano. Em continuidade, a instituição da Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas (Portaria nº 3.088, de 2011) também trouxe a necessidade de se desenvolver ações intersetoriais de prevenção e redução de danos, em parceria com organizações governamentais e a sociedade civil. E, em 2012, a Portaria nº 130, de 26 de janeiro de 2012, que redefiniu o Centro de Atenção Psicossocial de Álcool e outras Drogas 24h (CAPS AD III), instituiu a redução de danos, também, como programa a ser implementado.

Inclusive, em 1996, fundou-se a Associação Brasileira de Redutores de Danos (ABORDA), que capacita e articula programas de redução de danos e já mobilizou diversos redutores para que organizassem diversas ONGs pelo país, inclusive mais focados em minorias como seu público-alvo (travestis, transexuais, portadores de HIV) e contando com apoio de estudantes e pesquisadores, para conseguirem uma gestão mais democrática. Com isso, foi possível observar a redução ou abandono do uso de entorpecentes por muitos indivíduos (70% dos que faziam uso abusivo de drogas e se tornaram redutores, deixaram de ser dependentes químicos), a partir do momento em que se sentiram acolhidos naquele ambiente e tiveram sua autonomia firmada, participando de conselhos municipais e assembleias da associação, bem como no auxílio aos demais dependentes químicos (PASSOS; SOUZA, 2011).

Observa-se o reforço à responsabilidade e autonomia dos sujeitos envolvidos em projetos de redução de danos, levando-os a, inclusive, assumir a responsabilidades pelos resultados da organização na qual estão vinculados e ajudando-os a definir as melhores estratégias para reduzir o consumo e incentivar aqueles sujeitos que progridem dentro do sistema.

Esta política relaciona-se com as bases lançadas pela ética da libertação, pois empodera os sujeitos que estavam encobertos, notadamente a população periférica, que ocupa locais estratégicos para o mercado ilegal de drogas e é o grande alvo do sistema penal. A ética da libertação permite que estes sujeitos apontem a verdade deste sistema e as reais necessidades

dessa população (verdade/material), além de participarem ativamente das decisões e atitudes (validade/formal) para que busquem estratégias reais que possam auxiliar a reduzir os danos aos usuários de drogas (factibilidade) e, inclusive, retirá-los da situação de adictos, buscando outra forma de encarar a dependência química que não a via do direito penal, exclusivamente – e tratando um problema de saúde pública com políticas de saúde pública. Isto porque a ideia de encará-lo com medidas penais não se mostrava eficaz e factível para desenvolver e reproduzir a vida desta população usuária de entorpecentes.

Como se percebe, esta ideia é totalmente oposta à ação violenta ocorrida na cracolândia, em São Paulo, com retirada dos moradores à força do local e, inclusive, tendo iniciado demolição de prédios com três usuários (que habitavam o prédio) no seu interior, bem como o cancelamento do programa “De braços abertos”, de Fernando Haddad (PT/SP) política de redução de danos aclamada pela Organização das Nações Unidas, que oferecia tratamento, alimentação, trabalho e moradia para os usuários que estavam fixados na cracolândia. Inclusive, a política de redução de danos havia apresentado resultados positivos (redução do fluxo de 1.500 usuários para 300 por dia) e 21 pessoas que deixaram de frequentar o local para trabalhar em outras atividades (BEDINELLI, 2015); ao passo que a ação violenta obteve, até então, prendeu dois traficantes, retirou colchões e tendas dos moradores e fizeram apenas com que os usuários se concentrasse em outro local, a menos de seiscentos metros da antiga cracolândia (RESK; CORDEIRO; CARVALHO, 2017).

3 UM NOVO PARADIGMA? OS HORIZONTES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

O conceito de paradigma, na expressão cunhada por Thomas Samuel Kuhn (1970, p. 13 e 24), serve para designar as “realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência”. Logo, é o paradigma que traz suporte metodológico e conceitual para orientar as questões legítimas e as soluções propostas dentro de uma sociedade, em um determinado lapso temporal, ou seja, presume-se que a “comunidade científica sabe como é o mundo”.

O grande problema é que a ciência normal suprime alguns avanços fundamentais por subverterem os acordos formulados pela comunidade científica – mas esse elemento não poderá ser retido por muito tempo. Isto porque este paradigma apontará sinais de insuficiência para responder aos quebra-cabeças, que conduzirá a uma crise e, finalmente, o surgimento de um novo paradigma. A superação de um paradigma não se dá com uma linha divisória clara e bem delimitada, ao contrário, a crise do paradigma a ser superado provoca “uma proliferação de versões do paradigma, enfraquece as regras de resolução dos quebra-cabeças da ciência normal, de tal modo que acaba permitindo a emergência de um novo paradigma” (KUHN, 1970, p. 110) que orientará as respostas que não puderam ser solucionadas satisfatoriamente.

Os conflitos penais são tradicionalmente solucionados quase que exclusivamente por intermédio da aplicação da pena, a qual retribui(ria) o mal causado, evita(ria) que demais membros da comunidade infringissem a mesma norma, neutraliza(ria) e reeduca(ria) o ofensor. Mas isso acontece em razão da tradição da ciência penal compreender seus problemas e “quebra-cabeças” ainda numa visão limitada ao paradigma punitivo. Prova disso são as metáforas utilizadas para lidar com a criminalidade, como “guerra às drogas”, “combate à corrupção” ou “luta contra o crime”, que demonstram que o atual paradigma pretende solucionar os problemas de violência de forma violenta – e com guerra, não tem paz.

Este paradigma tem se mostrado insuficiente para responder aos anseios sociais por segurança, contenção da criminalidade, ressocialização do condenado, proteção da vítima e, principalmente, efetivação dos direitos humanos – tanto para a vítima, ofensor e para a comunidade. Sua inabilidade deverá desaguar em sua superação – e dentro deste trabalho,

acredita-se a superação do paradigma punitivo será superada por intermédio do paradigma restaurativo, para construção de uma cultura de pacificação social.

Acerca deste novo paradigma, disserta Raquel Tiveron (2014, p. 126):

A nova proposta paradigmática é pelo reconhecimento do crime como um conflito humano, que gera expectativas outras, além do mero castigo ou da satisfação da pretensão punitiva estatal. [...] Trata-se de um paradigma bastante ambicioso e que requer a flexibilização de procedimentos formais, de modo a abranger soluções espontâneas e comunitárias. Representa uma superação do paradigma anterior, demandando novas lentes para antigos problemas.

A crise carcerária atual, o aumento da criminalidade e a insatisfação popular em relação às repostas penais para os delitos não são problemas passageiros e não serão superadas – tanto é que o Brasil possui taxas de encarceramento crescentes. O paradigma punitivo já não mais consegue lidar com esses quebra-cabeças e, portanto, as velhas receitas repetidas pelos defensores do retributivismo e de medidas mais austeras, como recrudescimento das penas e criação de novos tipos penais, já se mostram inadequadas para os problemas contemporâneos e, portanto, devem ser repensados sob uma nova ótica, notadamente pelo viés da democratização da justiça penal.

Com o processo de constitucionalização dos direitos fundamentais e redemocratização do país, é preciso se buscar novas formas e justificativas para a punição. O fracasso do Estado Liberal e a falácia preventiva da pena acarretaram no ressurgimento do punitivismo e em um paradigma de justiça penal eminentemente retributiva, sem qualquer outra finalidade atrelada que não o castigo em si, o punir puro. Entretanto, tal posicionamento é incompatível com o Estado Democrático de Direito, que preza pela tutela dos direitos humanos e fundamentais, bem como pela centralidade e respeito à dignidade da pessoa humana.

Um dos grandes reflexos – e óbices – advindos do processo negociado de transição ditadura-democracia, na década de 80, é justamente a consolidação e efetivação dos direitos fundamentais, que ainda são vistos como privilégios concedidos a uma minoria. Além disso, a atmosfera de medo e controle advinda do período ditatorial contribui para a ausência material de democracia – e consequente promoção dos direitos fundamentais – onde o espaço para deliberação e debates ainda é visto como um local para profissionais ou para representantes, onde vigora uma democracia formal e representativa, esvaziando o espaço público para debates.

Nesse sentido, é adequada a revisão do processo penal atual, com viés adversarial, que fomenta o conflito entre as partes, onde se pressupõe interesses irreconciliáveis: é, nas palavras de Howard Zehr, um “modelo de guerra” (ao crime), um “duelo bem regulamentado”. Ademais, a justiça ainda é retratada como uma deusa de olhos vendados, sustentando uma balança, como forma de afirmar a isonomia entre as partes. Todavia, tal concepção não possibilita a lucubração das inúmeras interferências que o ato ilícito pode sofrer, como circunstâncias sociais, econômicas e políticas. Há uma igualdade formal no processo penal, mas que não assegura uma verdadeira igualdade material. Além disso, há um grande tecnicismo e objetividade dentro do processo penal, que faz com que ele dependa exclusivamente dos advogados e membros do Ministério Público, reduzindo a participação das partes e dos envolvidos a mero relato objetivo dos fatos, sem muita possibilidade de interferência real ou da comunidade: são meros espectadores processuais. O crime, outrossim, não é visto sob o prisma dos danos gerados ou das experiências vividas pela vítima, mas tão-somente como uma ofensa à lei e que atenta contra o Estado, não dando margem a qualquer possibilidade de reconciliação entre as partes (2008, p. 75-79).

É por isso que é preciso se pensar em novo paradigma para a justiça penal, alicerçado em bases democráticas, em que a comunidade contribua para a dicção do direito e promoção dos direitos humanos, por intermédio de práticas alicerçadas na alteridade. Com isso, estimula-se o reconhecimento do Outro enquanto sujeito distinto, mas igualmente integrante daquela sociedade e que deve ser igualmente ouvido e respeitado, notadamente em prol dos sujeitos sociais que rotineiramente são esquecidos e marginalizados.

A priori, pode-se questionar a possibilidade de instituir práticas democráticas de punição, notadamente aquelas baseadas no diálogo, dada a conjuntura histórica, política e social do Brasil: um país latino-americano, em desenvolvimento, com altos índices de violência e uma população que adere e ainda defende políticas públicas de jaez retributivista. Sem embargo, é justamente por esses motivos que a democratização do sistema penal deve ser realizada – e não pode ser baseada apenas em uma revisão do modelo processual e adoção de práticas restaurativas: é preciso um olhar em paralaxe em busca de um sistema que inflija menos dor e seja lastreado no diálogo. Ou, como afirma Nils Christie, “[a] sociedade precisa de muito menos distribuição de dor. É preciso reduzir esses níveis de dor, por isso a necessidade de limites, *limites à dor*” (2016, p. 19) e inclusive atentando-se aos discursos adotados, pois até mesmo por detrás de uma suposta defesa da teoria da prevenção geral pode-se encontrar um defensor enrustido da teoria absoluta – que intenta justificar a punição em meras conjecturas acerca da

possibilidade de prevenção de novos delitos sem qualquer prognóstico e mascarando, outrossim, a raiva e a vingança ali presentes que anseiam, em verdade, por uma punição sem qualquer vinculação que não seja a retribuição pelo mal causado e não vinculadas ao luto, tal qual proposto por Christie (2016, p. 133-134).

O paradigma retributivo atual já não serve para explicar a totalidade dos fenômenos, demonstrando sua fadiga e necessidade de superação. Ele não foi capaz de conter a criminalidade, como se pode verificar das taxas crescentes de encarceramento, em que o Brasil apresenta um aumento de 33% entre 2008-2014 – na contramão dos demais países que ostentam as maiores populações carcerárias⁷² –, atingindo a média de 300 pessoas presas a cada 100 mil habitantes (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016a, p. 02), bem como não satisfaz os interesses da vítima, já que não tem sua necessidade suprida e sua dignidade restaurada, nem do acusado, que por vezes não compreende os danos causados à vítima ou a completude dos acontecimentos que ensejaram sua condenação. Esta falta de satisfação dos conflitos emergidos com o ato ilícito e posterior restauração da dignidade da vítima faz com que parcela da sociedade adira à ideia de que o sistema é falho, não pune corretamente e, por isso, a solução que o atual paradigma aponta é o recrudescimento penal (de efeitos positivos nulos ou reduzidos).

Como ressalta Howard Zehr (2008, p. 89-90), o atual paradigma há tempos demonstra seus sinais de inadequações. A primeira delas foi em relação à ausência (inicial) de qualquer proporcionalidade entre as punições e delitos, bem como formas de coibir eventuais abusos – a proporcionalidade só veio a surgir com o Renascimento, como forma de racionalizar a punição. Posteriormente, a função de reabilitação imperou no início do século XX, trazendo uma nova forma de olhar para a punição, no contexto do *Welfare State*. A busca por penas alternativas é outra forma de insuficiência do paradigma, pois consiste na busca de novas formas de punição menos custosas e que sejam mais atraentes, no sentido de evitar o contato com a subcultura do cárcere. É preciso, então, *trocar as lentes* que se analisa o delito e constatar que há outros horizontes possíveis, pois, a construção da realidade, como é apresentada, está inserida dentro de uma realidade específica, limitada pelo seu paradigma.

É nesse contexto que Gros (2001, p. 112 ss.) defende que punir deve ser permitir que a vítima viva seu luto e que toda a comunidade se reencontre em torno de uma expressão de

⁷² Enquanto o Brasil teve um incremento em 33% na sua taxa, Estados Unidos, China e Rússia, que ostentam as 3 maiores populações carcerárias, tiveram um decréscimo de, respectivamente, 8%, 9% e 24%, indicando que, num futuro não muito distante, o Brasil poderá, infelizmente, subir nesse funesto ranking (BRASIL, 2014, p. 14).

sofrimento emergindo um novo sentido da pena: apaziguar o sofrimento da vítima e reconquistar a estima de si, como forma de restabelecer a integridade pessoal esfacelada com o delito. Mas isto não pode ocorrer sob o manto da vingança privada, fora da lei ou do espaço público, pois não é só a dignidade da vítima que deve ser reintegrada: também a do ofensor merece promoção. Isso, então, possibilita compreender a “estranha expressão que surge em Fichte de ‘direito de ser punido’”, que depende do re-conhecimento mútuo entre os indivíduos envolvidos no processo e reconhecidos como igualmente dignos. Com isso, é imprescindível que haja “[m]enos do sagrado nas instituições, menos violência e menos estigmatização na pena, tais são as três primeiras expectativas às quais a nova filosofia penitenciária deverá esforçar-se por responder”, para precaver-se contra uma justiça de excessos de uma preferência correcional, securitária, terapêutica ou retributiva.

A partir disso, é possível visualizar diferenças significativas entre justiça restaurativa e a justiça retributiva. Como alerta Saliba (2007, p. 139-145), a primeira possibilita discussão, compreensão, percepção do problema em sua integralidade em busca de uma solução mais adequada para o caso apresentado, com intuito de prevenir problemas futuros; enquanto a retributiva baseia-se na imposição de uma decisão que, em tese, retribuiria com o mal da pena um fato passado, insensível às reais necessidades dos envolvidos: é um modelo de repressão, que pode, em determinados casos, ter nuances mais graves do que o caso que o originou. Cala-se a voz da vítima, limitando-a a descrever objetivamente os fatos e, em determinados casos, a iniciar a persecução penal ou autorizar, por intermédio da representação, que a ação penal inicie; o réu, por sua vez, será dublado por seu defensor e impede-o de compreender todo o mal causado por sua conduta e as consequências reflexas do crime, impedindo de formar sentimento de compromisso ou compreensão com a manifestação judicial.

Assim, a justiça restaurativa apresenta-se como uma forma de possibilitar a reprodução da vida humana no sistema, por intermédio de um processo penal democrático, com participação ativa dos cidadãos e que se mostra factível para a realização do bem, como possibilidade de transformação do atual sistema: ela é a *utopia possível*, ou seja, ainda que a aplicação ainda seja incipiente no Brasil (mais restrita a crimes de pequeno potencial ofensivo e atos infracionais cometidos por adolescentes), acredita-se que sua instituição poderá representar um passo para descortinar toda ideologia impregnada no atual sistema e possibilitar, então, sua extensão a outros delitos. Com isso, almeja-se que os processos restaurativos sejam cada vez mais utilizados, deixando o processo penal formal como uma *ultima ratio* da *ultima*

ratio, ao passo que os cidadãos se tornam cada vez mais empoderados e participativos dentro do paradigma restaurativo.

A possibilidade de extensão da justiça restaurativa para outros crimes, além daqueles em que ela já vem sendo aplicada no Brasil, é uma utopia possível, também, porque a possibilidade de realizar acordos e reparar danos, de certa forma, já é possibilitada dentro dos acordos de colaboração premiada, como se verifica na operação Lava-Jato, em que diversos empreiteiros auxiliaram nas investigações, e obtiveram perdão judicial ou redução das suas penas, além do pagamento de multas, como forma de tentar recompor os danos advindos de sua conduta. Nesse norte, sendo possível sua aplicação para tais crimes, em que a danosidade da conduta atinge um largo espectro, acredita-se que, ao passo em que o atual paradigma retributivo for dando vez ao restaurativo, novas possibilidades se abrirão e a justiça restaurativa poderá se mostrar factível para outros delitos – até porque, com a inclusão de novas pessoas ao sistema, tais benesses devem se estender a todos e não mais ficar adstrita aos crimes de colarinho branco.

O processo penal pode, também, ser re-estruturado para abarcar as possibilidades de acordo restaurativo. Nesse cenário, evidencia-se o que ocorre nos processos que investigam atos infracionais, em que há duas oportunidades de oferecer remissão ao adolescente, na fase pré-processual e processual (art. 126, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷³). Essa ideia é passível de ser transportada para os adultos, em que poderia ocorrer um acordo restaurativo na fase pré-processual, implicando na exclusão do processo, bem como o encontro restaurativo poderia ocorrer já em fase processual, em que, caso seja frutífero, implicaria na suspensão (enquanto cumpre o acordo) e/ou extinção do processo, com o cumprimento integral. Assim, essa alteração da realidade processual brasileira mostra-se factível, quando comparado o processo penal com outros diplomas existentes e que visam evitar a estigmatização do ofensor e salvaguardar os interesses do ofendido.

Inclusive, ao lado da justiça restaurativa, torna-se possível a aplicação de relatórios pré-sentenciais (*presentence reports*) como forma de psicólogos e assistentes sociais auxiliarem o juiz a analisar a conduta social do agente, as circunstâncias e conseqüências do crime para a

⁷³ Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo.

vítima, ofensor e comunidade, além de possibilitar ao juiz e promotor conhecer a realidade do infrator, seu desejo de alterar seu comportamento, reparar o dano, suas necessidades e as da vítima e, com isso, determinar em quais casos seria recomendada a aplicação da justiça restaurativa, bem como, ante a impossibilidade ou sendo infrutífero o acordo, amparar o magistrado na fixação da pena.

3.1 A Justiça Restaurativa

Por fim, apresenta-se como um baluarte necessário para a democratização do sistema penal os horizontes da justiça restaurativa. Por intermédio desta, será possível traçar estratégias projetos para uma maior participação da sociedade na solução de litígios, saindo de meros espectadores do processo penal para atuarem como protagonistas processuais, rompendo, assim, com o paradigma punitivo em busca de um paradigma restaurativo da pena.

Este tema é de grande relevo pois, em uma sociedade carente de projetos coletivos e que passa por uma grande crise de representatividade política, a justiça surge como um novo *locus* da democracia, onde os atores sociais consigam maior visibilidade, participação e exigibilidade de suas aspirações democráticas que não tem acolhida em outras esferas públicas (SICA, 2007, p. 240), como forma do direito resgatar a necessária dimensão comunicativa do Direito e, conseqüentemente, a própria legitimidade ética e democrática do direito penal, verdadeiro fundamento para seus princípios e regras (SILVA; SALIBA, 2008 , p. 175).

Busca-se analisar um novo paradigma de justiça penal, não mais baseado no retributivismo. É preciso romper os grilhões dos dogmas passados, notadamente a forma inquisitorial de busca “de uma verdade real”, constituída desde o paradigma sujeito-objeto, para adaptá-lo ao novo paradigma, nos moldes lançados pela ética da libertação, para que promova o diálogo entre as partes e, conseqüentemente, seja reduzida as distâncias entre os sujeitos envolvidos na lide.

Dentro da linhagem filosófica proposta por este trabalho, é imprescindível a revisão da justiça criminal, notadamente pelas duras críticas que a pena privativa de liberdade sofre. A despeito da argumentação trazida pelas correntes abolicionistas do direito penal, entende-se que sua total abolição – hoje – não é factível no Brasil, ante a sua realidade periférica. O abolicionismo penal apresenta-se, quiçá, como a *utopia*, tal qual proposta pela Filosofia da Libertação, pois que, de certo modo, serve de força-motriz para transformação progressiva do sistema punitivo vigente e, neste horizonte, emerge a justiça restaurativa como possibilidade

um programa concreto para realização dessa mediação, efetivando e fomentando a práxis da libertação.

A justiça criminal corresponde ao grande óbice da expansão da democracia e tutela dos direitos humanos na realidade brasileira, pois ainda está presente no imaginário coletivo a reprodução de práticas violentas, como forma de retribuição para o mal causado pelo crime, que transgredem a cidadania de vários atores sociais – e é frequentemente estimulada pelos meios de comunicação, notadamente os televisivos, com programas policiais espetaculistas, que incentivam a reprodução e compartilhamento destes conteúdos em redes sociais (como *facebook*, *twitter*) e disseminam o ódio ao outro, incompreendido em sua alteridade.

Como ressalta Leonardo Sica (2007, p.62), a justiça penal apresenta a supressão da vítima “em geral dublada pelo promotor público que incorpora a atitude hostil impessoal” ao mesmo tempo em que já a exclusão do ofensor, que “pressionado pela ameaça de pena, procura apenas enquadrar seu comportamento a partir do marco legal definido, ou seja, tenta demonstrar que não praticou o ato típico ou que o praticou justificadamente”.

Para tanto, é preciso abandonar algumas verdades instituídas. A primeira delas refere-se ao conceito de crime, onde o Estado é visto como uma vítima constante de todos os atos criminosos. Delito deve ser visto dentro de relações interpessoais, como violação de direitos individuais e que podem ser sim – sem necessariamente excluir a intervenção do Estado – ter maior participação dos envolvidos. Abre-se margem, aqui, para aplicação de uma nova teoria do delito, inclusive: o funcionalismo redutor, que admite que a função política do direito penal é conter a irracionalidade e a violência que podem surgir do delito ou em resposta a ele (SICA, 2007, p.177), vez que a justiça restaurativa não se fundamenta nem exclusivamente no ato delitivo, violador da lei (paradigma retributivo), nem na reeducação do autor (modelo reabilitativo), como forma de buscar respostas inteligentes ao pluralismo atinente à toda sociedade democrática (ACHUTTI, 2015, p. 86).

A justiça penal formal, a despeito de apresentar uma racionalidade com intuito de combater a violência e solucionar conflitos de forma satisfatória, acabou incorporando a violência, regulamentando-a no sistema de direito e da política – e por intermédio desta se alimentou um espiral de violência que aflige a sociedade. Assim, a justiça formal não conseguirá superar esses óbices em decorrência do déficit comunicativo que possui, por ter uma linguagem pernóstica nos tribunais e a utilização exclusiva da pena como estímulo para repassar a mensagem contida no preceito normativo, isto é, “utiliza-se só uma parte (sanção) para

comunicar a validade do todo (preceito) e, ainda, pretende-se coibir a violência com a resposta violenta” (SICA, 2007, p. 242).

Ademais, alguns magistrados ficam obcecados em uniformizar suas sentenças, sob a justificativa de uma pretensa igualdade nos julgamentos, olvidando-se que aqueles casos apenas se assemelham em relação ao tipo penal teoricamente transgredido (ACHUTTI, 2015, p. 133). Cada um deles possui suas particularidades, causas e consequências próprias, o que deveria ser aferido separadamente, de modo a aplicar uma sanção que verdadeiramente respeitasse o princípio da individualização da pena.

Outro ponto de grande relevo é o imaginário de que a punição deve estar relacionada com a infligência de dor ou imposição intencional de alguma forma de castigo. Tal concepção, inclusive, faz confundir – ou dissimular – conceitos de justiça com o sentimento de vingança. Parte da sociedade acredita que sujeitar o condenado a cumprir sua pena em presídios em condições desumanas ou linchamentos são apenas consequências necessárias para se fazer justiça e dissociar condutas similares. Ou ainda, defendem que penas alternativas à prisão ou progressão de regime de cumprimento de pena são mais facetas da “impunidade que paira sobre o país” – mesmo sendo tendo a quarta maior população carcerária e com uma das taxas de encarceramento em curva ascendente (incremento de 33% da taxa de aprisionamento nos últimos cinco anos, conforme informativo emitido pelo Conselho Nacional de Justiça), na contramão da maioria dos países do mundo.

A afirmação de que a aplicação de castigo penal é uma necessidade coletiva psicossocial é equivocada, pois existe, em verdade, há um hábito de punir que está atrelado ao paradigma vivenciado, característico do atual modelo de justiça penal (ACHUTTI, 2015, p. 134). Deste modo, o estímulo a práticas restaurativas e ruptura com o paradigma punitivo auxiliará na compreensão de que existem outras possibilidades além do que este modelo atual nos apresenta.

Nesta nova realidade, a censura é uma maneira eficaz de comunicar ao agente que o ato foi desconforme com o direito, sem que isso seja acompanhado, necessariamente, de cominação de qualquer penalidade ao agressor: a vítima pode perdoar o ato ou entender que o processo, por si só, comunicou ao agente que seu ato lesou direito de outrem, por exemplo. (GIAMBERARDINO, 2015).

Outros ainda argumentam que a culpa do agente só seria aliviada pela punição, como forma de pagar sua dívida – a pena “expição”. Todavia, a realidade não demonstra isso. Como

demonstra Howard Zehr (2008, p. 64), para que a sanção seja capaz de aliviar a culpa do ofensor, ele deve percebê-la como merecida, o que dificilmente ocorrerá em um processo em que ele será um mero espectador, de uma peça em que não compreende seus termos e símbolos – é uma ideia deveras abstrata. Até porque a “culpa” que guia o processo penal é um conceito técnico e natureza descritiva (preencheu os requisitos do tipo penal? Agiu com dolo ou culpa? Ele pode ser responsabilizado pelo ato?) e, como o referido autor ressalta, “a culpa legal e não a culpa factual [...] é o fundamento do processo penal”.

Outro grande problema deste pensamento é que, como os interesses e direitos da vítima foram expropriados, isso serviu para impulsionar o expansionismo penal e aumento de práticas violentas (institucionalizadas ou não), pois, como a pena é a única resposta que se dá à vítima - já que os mecanismos de reparação são inócuos ou não são aplicados – seu recrudescimento é sempre incentivado, seja pela mídia, seja por discursos demagogos de políticos, que impregnam no imaginário coletivo de que quanto mais punição, melhor.

Este pensamento ainda está atrelado à noção de culpa como uma qualidade moral, uma qualidade de alguém que praticou um ato e a isso adere à sua personalidade de modo quase permanente: a pessoa que comete um delito será sempre culpada, um ex-presidiário, um (ex)criminoso. O ofensor será uma pessoa que possuía o livre arbítrio, mas decidiu fazer o mal, por isso merece a dor da punição – afirmação equivocada, pois ainda que cada um deva ser responsável por suas escolhas, nem sempre se pode prever todas as consequências porvir e, também, nem sempre se age tão *livremente*, em virtude das limitações multifatoriais e influências externas que condicionam os sujeitos, notadamente a internalização dos estereótipos em torno destes sujeitos (vide capítulo 2) (ZEHR, 2008, p. 69).

Há, ainda, uma desvalorização do preceito normativo em detrimento de uma supervalorização da sanção. Com isso, o ato de “matar alguém”, por exemplo, não é errado por ser uma conduta reprovada socialmente que gera dano ao direito de outrem: é errada porque “dá cadeia”. Prova disso são os movimentos maximalistas que pugnam por incremento nas penas, pois defendem que, quanto maior tempo de privação de liberdade (ou mais atos tipificados pela lei penal), maior sua reprovação. Evidencia-se, desse modo, a falha na comunicação da norma penal, pois o valor protegido pela norma deixa de integrar o processo comunicativo entre o direito e os destinatários da norma para que a comunicação do ato desconforme seja delegada apenas à sanção penal – que possui um déficit comunicativo muito grande, ante ao tecnicismo da linguagem jurídica, incompreensível para muitos leigos. (SICA, 2007, p. 42).

Ademais, esta forma de comunicação, além de extremamente rude, instrumentaliza o ofensor, como uma linguagem simbólica aos demais. Dessarte, como alerta Raquel Tiveron (2014, p. 65), “a pena acaba por tornar o direito penal simbólico, ou seja, o homem não seria o cerne de sua preocupação, mas mero objeto da sanção penal, ‘portador de funções jurídico-penais’”, tais como legitimar o poder político e o direito penal.

Daniel Achutti (2015, p. 134) faz uma observação interessante ao apontar as garantias jurídicas como obstáculo à implantação da justiça restaurativa, pois, além de possuírem eficácia duvidosa, servem como “pretexto para a recusa de modificações significativas na Lei penal e processual penal”, sendo um obstáculo quase que intransponível para os defensores do garantismo penal.

A justiça restaurativa, baseada no diálogo entre as partes e a comunidade busca esse senso perdido e comunicar aos cidadãos, de forma mais efetiva, os valores tutelados pela norma penal. Além do diálogo, pode ser necessário o contato face-a-face, pois sofrer “é não poder dizer uma palavra sobre o que me sucede. Quando se fala do indizível do sofrimento, não é necessário visar tanto uma essência inefável como a incapacidade em que nos coloca de falar. Ou antes: o sofrimento é indizível por ser indefinido” (GROS, 2001, p. 135). Esta proximidade entre as partes, tal como proposto na ética dusseliana, permitirá que se descubra o outro e compreenda, de melhor forma, os males causados.

O próprio sistema de justiça atual é despersonalizado e constituído de tal forma que nenhum dos agentes envolvidos sintam-se muito responsabilizado pela privação da liberdade de alguém. A compartimentação de todo o processo, desde a investigação até a execução, faz com que tenham poucos e curtos contatos com as partes e, notadamente, com o réu, e isso faz com que pouco ou nada se preocupem com a dor infligida, já que a violência imposta foi parcelada durante as fases e distribuída entre todos os envolvidos de modo a não sentirem as consequências de seus atos (ZEHR, 2008, p. 71).

Este sistema despersonalizado aliado à linguagem incompreensível para muitos torna numa dificuldade – ou impossibilidade – de compreensão do mal que foi causado pelo ofensor e as consequências, bem como não conseguem, muitas vezes, visualizar como e se a pena é capaz de “pagar sua dívida” – que, além disso, não traz quase nenhum benefício à vítima ou à comunidade (ao contrário, os gastos com a privação da liberdade são muito altos) (ZEHR, 2008, p. 72) – e ainda que se possa alegar a possibilidade de ação civil *ex delicto* e fixação de montante mínimo de indenização na sentença, sabe-se que estes institutos são de escassa aplicação e

voltadas mais à vítima sem pensar nas consequências do delito para a comunidade ou que, notadamente dos crimes patrimoniais, os transgressores são, em sua maioria, pessoas carentes e não teriam como arcar com a indenização fixada.

O *jus puniendi* igualmente merecerá uma releitura, para não ser de exercício obrigatório, um direito-dever, mas sim um direito-faculdade, ante o caso concreto e a possibilidade de adotar práticas restaurativas ou a possibilidade de se ampliar as possibilidades de aplicação do perdão judicial, que tem aplicação deveras restrita. Ademais, considerando que o direito de punir é exercido, por vezes, de forma seletiva contra determinados setores sociais, ele deveria ser “compreendido como uma autorização regulada e sem caráter obrigatório, para o uso de um poder emanado do povo e outorgado ao soberano. Nesse panorama, a prática do crime é apenas uma condição para exercício desse poder, não um comando imperativo” (SICA, 2007, p. 187, grifou-se).

Ou seja, ante a possibilidade de aplicação de práticas restaurativas em momentos prévios à persecução penal, seria possível que o promotor abdicasse da propositura de ação penal, respeitando o acordo restaurativo firmado entre as partes – que apesar de ser facultativa, não seria arbitrária ou discricionária, pois dependeria do êxito da mediação penal. Além disso, o juiz, ante o caso concreto e constatando que a pena figuraria prejudicial ao ofensor (quando as consequências do crime o atingem de forma acentuada ou nos casos de arrependimento posterior). Há, inclusive, propostas nesse sentido, aumentando as possibilidades de concessão de perdão judicial⁷⁴, bem como determinando que o arrependimento posterior seja causa de extinção da punibilidade⁷⁵ (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS et. al., 2017).

⁷⁴ Art.10º O Art.120 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 120 - A sentença que conceder perdão judicial não será considerada para efeitos de reincidência ou antecedentes criminais. O juiz poderá deixar de aplicar a pena sempre que esta se mostrar desnecessária e especialmente, nos seguintes casos: (nova redação)

I – se as consequências da infração atingirem o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal se torne desnecessária;

II – se as sanções direta ou indiretamente suportadas pelo agente até o julgamento, na esfera cível, administrativa e disciplinar, ou os reflexos causados pela intensa exposição do fato, inclusive linchamento ou outras formas de vingança privada, ou de sua investigação e demais atuações do Estado revelarem por si só excessivos, desautorizando a repressão penal;

III - sempre que o bem jurídico tutelado for individual e disponível, nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, se ficar demonstrado que o ofendido abdicou da proteção.”

⁷⁵ Art.2º O Art.16 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até a sentença condenatória, por ato voluntário do agente, extinguir-se-á sua punibilidade. (NR)

Dever-se-á, então, abandonar a presunção de conflito que emerge apenas com a transgressão da norma e que reforça a consagração do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal, pois não corresponderá mais à realidade constituída por práticas restaurativas. A própria noção do princípio da obrigatoriedade tem fundamento político-criminal na teoria retributivista, de que toda transgressão à norma deve ter uma resposta oficial. A democratização do sistema deve ressignificar o princípio da oportunidade, que passará a ser visto como garantia do cidadão “na medida em que visa não submeter o indivíduo ao poder punitivo do Estado, mas sim evitar a persecução no caso concreto, quando favoráveis as circunstâncias nesse sentido”. (GIAMBERARDINO, 2015, p.219)

Com isso, será possível um prolongamento do princípio da *ultima ratio* do direito penal, onde até a imposição de pena será vista como aplicação derradeira, somente se não fosse possível a aplicação de nenhuma outra prática restaurativa entre ofensor e ofendido. Leonardo Sica (2007, p.189) aponta, inclusive, que caso o magistrado perceba a eficácia da mediação, por exemplo, para a restauração da paz jurídica abalada, seria possível viabilizar o afastamento do direito penal, de forma legítima e regulada.

Nessa senda é que Nils Christie (2016) alerta que deve-se buscar alternativas às penas, não somente penas alternativas, como forma de não causar dor ou, então, infligir menos dor possível e evitar efeitos nefastos do cárcere, como a prisionização – isto dentro de um sistema em que o crime seja, em verdade, o ponto de partida para um diálogo e não o ponto de partida para se “mensurar” a dor que deve ser imposta ao transgressor. Além disso, dentro deste espaço de diálogo, deve-se estimular as partes a pensarem se a imposição de dor é adequada, pois acredita-se que quanto maior o diálogo, menor as chances de acreditarem em sua correção.

Com isso, a censura deve ser determinada no seio de um processo dialógico, onde a comunicação entre os sujeitos processuais, o respeito à cidadania dos envolvidos e o compartilhamento de regras dotará esta censura de sentido – e as partes compreenderão o que lhe foi imposto e o porquê (GIAMBERARDINO, 2015). Além disso, dentro da ética da libertação, o processo possibilita o desvelar do Outro e não mais objetificar sujeitos estereotipados pelo sistema vigente – abandonando, assim, os papéis impostos pela sociedade a cada indivíduo, conforme sua classe social, etnia, sexo etc. –, mas compreendê-los em sua alteridade, como um sujeito que deve viver e cada uma das partes é responsável pelo desenvolvimento da vida do Outro. Possibilita-se, nesse passo, que as partes reflitam e compreendam as consequências de seus atos e, outrossim, tenham influência efetiva sobre a decisão a ser tomada para restauração da paz e reparação dos danos, sem expandir a rede de

controle penal, como forma de restaurar a confiança da sociedade na justiça penal. Reformas no sistema penal e políticas que visam ao arrefecimento do sistema carcerário já se mostraram insuficientes para prevenção de delitos: é imprescindível analisar novos horizontes.

Países como a Nova Zelândia, Canadá e África do Sul, por exemplo, intentaram práticas exitosas de justiça restaurativa e tiveram, entre si, um eixo em comum: um processo dialógico entre os envolvidos e a comunidade, que partiu das minorias de seus países e aplicando rituais comuns no seio dessas comunidades para resolução de conflitos (o povo maori, na Nova Zelândia; os aborígenes e First Nations, no Canadá; e a ética do ubuntu, na África do Sul). Nota-se que o sucesso dessas práticas está ligado ao reconhecimento do Outro (indígenas e tribos africanas) em sua alteridade enquanto sujeitos detentores de mesmo respeito e autonomia, a partir dos quais elaboraram uma justiça e um processo distinto daquele reproduzido a partir de uma realidade eurocêntrica e que, ao mesmo tempo, permite o contato face-a-face, o constante re-conhecimento do outro, envolvido no processo, e a participação de sua comunidade.

3.1.1 Conceito e características

A despeito da pluralidade conceitual acerca do tema, Justiça Restaurativa⁷⁶ é definida por Leonardo Sica (2007, p. 10), de forma ampla, como “qualquer ação que objetive fazer justiça por meio da reparação do dano causado pelo crime”. Antoine Garapon (2001) aponta que a justiça restaurativa realiza um efetivo “deslocamento do evento do centro de gravidade da justiça”, em razão de atribuir uma nova faceta à justiça criminal, por “reconstruir a relação no que ela tem de mais concreto”, a saber, pessoas de carne e osso, não a norma penal.

Por reparação do dano deve-se compreender não só a restituição do objeto ou indenização pelas perdas materiais, mas também a indenização simbólica, como também a prestação de serviços à comunidade, centros de idosos, orfanatos etc. (GIAMBERARDINO, 2015, p.157)

⁷⁶ Marcelo Gonçalves Saliba (2007, p. 130) aponta que nem mesmo o termo “justiça restaurativa” é pacífico na doutrina, também sendo chamada de “justiça restauradora, justiça reparadora, justiça reintegradora, justiça conciliadora, dentre outras. O termo justiça restaurativa vem se apresentando, porém, como o mais usual e acertado, por compreender a inclusão da vítima, desviante e comunidade no procedimento”.

A Declaração da Costa Rica sobre Justiça Restaurativa na América Latina conceitua, em seu art. 1º, §1º como procedimento restaurativo todo aquele “em que a vítima e o ofensor e qualquer outro indivíduo membro da comunidade participe quando seja adequado junto com ajuda de um colaborador em busca da paz social”⁷⁷ e aponta como possíveis resultados deste processo restaurativo “respostas de arrependimento, perdão, restituição, responsabilização, reabilitação e reinserção social, entre outros”⁷⁸.

No cenário internacional, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução 2002/12, por intermédio do Conselho Social e Econômico, com intuito de fomentar a prática de programas restaurativos em matéria criminal, como forma de trazer novos meios de prevenção de crimes, proteção às vítimas e reparação dos danos. Logo em seu artigo 1º tem-se um conceito de processo restaurativo como: “qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador”.

Atentos a isso, no II Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, em abril de 2006, foi elaborada a redação da Carta do Recife que ressalta a necessidade da “construção de uma sociedade justa, igualitária e pacífica [que] se fará com a participação de todos, no exercício e respeito ao poder pessoal de cada indivíduo em sua relação com o outro”, com práticas restaurativas que privilegiem “os valores humanos comuns a todos nós e que focalize o ser humano em todas as suas dimensões”, como forma de “promover, reciprocamente, renovação e empoderamento, respeito à horizontalidade, autonomia, isonomia e à diversidade na relação entre as pessoas envolvida”.

O Projeto de Lei nº 7.006, de 2006, que apresenta a proposição de instauração da justiça restaurativa, em seu artigo 2º, traz a seguinte definição:

procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

⁷⁷ Tradução livre do autor: “Procedimiento Restaurativo significa todo aquel en el cual víctima y ofensor y cualquier otro individuo miembro de la comunidad participe cuando sea adecuado juntos a la ayuda de un colaborador en la búsqueda de la paz social”.

⁷⁸ Tradução livre do autor: “respuestas de arrepentimiento, perdón, restitución, responsabilización, rehabilitación y reinserción social, entre otros”

A par disso, o Conselho Nacional de Justiça – CNJ – emitiu a resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, trazendo a possibilidade, ainda que incipiente e restrito aos delitos de pequeno potencial ofensivo e em caso de aplicação de medidas socioeducativas, de mediação na seara penal, desde que observados os princípios traçados pela resolução da ONU supracitada, além da participação do titular da ação penal e realizando uma vinculação disto com a lei nº 9.099/95, em seu art. 73, e com a lei nº 8.069/90 (ECA) , nos art. 112 e 116. Acredita-se que esta limitação à infração de menor potencial ofensivo não encontra respaldo na doutrina contemporânea e nada mais é do que uma opção político-criminal reacionária que tem como objetivo muito mais economia, celeridade e desafogamento do judiciário do que a implantação efetiva de processos restaurativos, que pode muitas vezes redundar no fenômeno do *net-widening*.

Em 2016, o CNJ expediu a Resolução 225, de 31 de maio de 2016, ainda também limitados ao âmbito da aplicação da Lei 9.099/95 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas possibilitando que as práticas restaurativas possam ser aplicadas de forma alternativa ou concorrente ao processo formal (art. 1º, §2º). Trouxe, em seu art. 2º, como princípios orientadores da Justiça Restaurativa a corresponsabilidade, a reparação de danos, a informalidade, atendimento às necessidades de todos os envolvidos, a informalidade, a voluntariedade, a imparcialidade, o empoderamento a participação, a consensualidade, a confidencialidade, a celeridade e a urbanidade, ressaltando que a participação do processo depende de consentimento prévio, livre e espontâneo, facultando às partes procurar e submeter diretamente os acordos e planos de ação à homologação pelos magistrados responsáveis. Confere-se, ainda, direito das partes de solicitar orientação jurídica em qualquer estágio do procedimento. Além disso, eventual acordo surgido será remetido ao juiz competente para verificação dos requisitos legais e ulterior homologação.

A referida resolução traz, ainda, no art. 8º, §5º que, não sendo exitosa a mediação, as informações declaradas pelo infrator, bem como o insucesso da sessão, jamais poderão ser levadas em consideração como prova ou como majoração da pena, respectivamente, dada a confidencialidade das sessões. Inclusive, o art. 15 veda ao facilitador, além de impor, aconselhar ou simpatizar com decisões ou antecipar decisão do magistrado, que ele preste testemunho em juízo ou relate ao promotor, ao juiz, aos advogados ou qualquer autoridade, sem motivação legal, acerca das declarações emitidas pelas partes durante o acordo.

Expostos os diversos conceitos para o instituto, nota-se que a justiça restaurativa busca fortalecer relações com a comunidade que, deste modo, assumira duplo papel: será destinatária

“das políticas de reparação e de reforço do sentimento de segurança coletivo e, em segundo nível, a comunidade pode ser ator social de um percurso de paz, que se funda sobre ações reparadoras concretas das consequências (sic) do crime”. Ademais, encoraja uma aproximação entre a vítima e o ofensor para que assumam responsabilidades ativas (*accountability*⁷⁹) para reconhecer danos causados resolver o conflito e restaurar os danos ou minimizar suas consequências, deixando aos agentes públicos o papel de facilitadores, dotados apenas da linguagem como instrumento de intervenção – o que os deixa em mesmo nível que as partes, pois seu poder limita-se à comunicação (SICA, 2007, p. 12-13) –, e também delegando [aos agentes públicos] a instrução probatória e o resguardo das garantias processuais, notadamente ampla defesa e contraditório (GIAMBERARDINO, 2015, p. 204).

Quanto aos princípios norteadores da justiça restaurativa, tem-se aqueles elencados pela Carta de Araçatuba, no ano de 2005, a saber:

01. plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
02. autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases;
03. respeito mútuo entre os participantes do encontro;
04. co-responsabilidade ativa dos participantes;
05. atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou;
06. envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
07. atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes;
08. atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural;
09. garantia do direito à dignidade dos participantes;
10. promoção de relações equânimes e não hierárquicas;
11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos;
13. observância do princípio da legalidade quanto ao direito material;
14. direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
15. integração com a rede de assistência social em todos os níveis da federação;
16. interação com o Sistema de Justiça.

⁷⁹ “No sentido meramente literal, [*accountability*] poderia ser traduzido por “responsabilidade” mesmo, o que não corresponderia ao conteúdo que lhe é atribuído no contexto específico, no qual pode ser equiparado a algo como “responsabilidade ativa”, pois supõe que o autor deve reconhecer o dano causado à vítima por sua ação e deve tomar passos ativos em prol de restaurar, emendar ou minimizar as consequências, superando o caráter individualista ou de reprovação moral da responsabilidade penal tradicional. A *accountability* é extraída de um contexto comunicativo e que expressa os aspectos sociais, econômicos, pessoais e emocionais compartilhados no espaço em que o crime ocorreu, razão pela qual o resultado reparação não tem dimensão necessariamente indenizatória ou financeira, conforme concebe nossa lei penal e civil.” (SICA, 2007, p. 15)

Desse modo, constata-se a necessidade de um consentimento livre e informado das partes para que, voluntariamente aceitem ou não este procedimento, que será confidencial. Caso consintam, e respeitada a legalidade do direito penal, é imprescindível preservar o respeito às partes e fomentando seu engajamento e participação ativa, com auxílio comunitário, no processo restaurativo, com vistas a satisfação das necessidades das partes envolvidas, respeitadas suas particularidades e limitações socioeconômicas de cada envolvido.

Em relação ao consenso acerca da autoria ou existência do delito, pode ser que as partes não concordem integralmente, mas é imprescindível que elas estejam dispostas a discutir e apresentar seu ponto de vista acerca do ocorrido – e ainda assim o processo será iniciado – e, com diálogo, elas podem assumir responsabilidades e chegarem a um acordo restaurativo, pois o processo restaurativo é, sobretudo, um processo de conscientização e participação comunitária (SALIBA, 2007, p. 147-148), oportunidade em que esta poderá enxergar humanidade também no autor do ato delitivo, compreendê-lo como sujeito dotado de historicidade em prol de uma sociedade mais inclusiva.

John Braithwaite (2003) sugere que os valores perseguidos pela justiça sejam divididos em três grupos: (i) valores obrigatórios (*constraining values*), que, se ausentes, podem comprometer o caráter restaurativo do procedimento; (ii) valores que devem ser estimulados (*maximizing values*); (iii) valores que podem emergir (*emerging values*) de um encontro restaurativo bem-sucedido, mas sempre de forma espontânea dos participantes, nunca sob coação ou solicitação.

Nesse passo, são valores obrigatórios: (i) não-dominação (*non-domination*), devendo os programas serem ativos na prevenção de dominação entre os participantes, estimulando a fala de todos os participantes, para que participem ativamente, e controlando aquele que talvez queira se impor sobre o outro, seja com um discurso dominador ou por não dar espaço de fala, buscando o equilíbrio na participação e corrigindo eventuais distorções que possam existir no caso concreto; (ii) empoderamento (*empowerment*), para garantir que as partes possam participar livremente e de forma igual dentro do processo; (iii) respeito aos limites (*honouring limits*), impondo que os efeitos positivos sejam superiores aos negativos, evitando a estigmatização do ofensor ou tratamento humilhante da vítima; (iv) escuta respeitosa (*respectful listening*), como condição de participação dos debates, devendo censurar ou interromper a participação de quem se recuse a respeitar este valor; (v) igualdade de preocupação por todos

participantes (*equal concern for all stakeholders*), devendo haver preocupação não só com a vítima, mas também com o ofensor e com a comunidade afetada; (vi) *accountability/appealability*: as partes devem ter direito de recorrer, em casos legalmente relevantes, à um tribunal e, também, preferir o sistema formal à justiça restaurativa. Estes valores são aqueles que o processo restaurativo é democraticamente ativo, convencendo à comunidade de que ele é o melhor procedimento, além de, paulatinamente, reduzir a necessidade de punição e castigo como forma quase que exclusiva de retribuir ao mal causado pelo delito (BRAITHWAITE, 2003).

Os procedimentos restaurativos não podem perder de vista tais valores, para que se obtenha resultados satisfatórios e livremente decididos pelas partes, ativamente envolvidas no processo, de modo a promover a dignidade e a proteção dos direitos humanos e fundamentais dos envolvidos no conflito. A inobservância de quaisquer destes princípios gerará um cenário desigual, quebra de autonomia, de possível dominação ou desrespeito aos direitos humanos de outrem, que é exatamente tudo isto que a justiça restaurativa anseia combater.

É salutar as observações de Silva e Saliba (2008, p. 82), relatando que a Justiça Restaurativa deve sempre zelar pelo respeito aos valores do ser humano, notadamente em uma sociedade multicultural como o Brasil – e isso independe, então, de raça, etnia, religião ou classe social –, permitindo que as partes possam expor, com honestidade, todos os sentimentos que o fato lhe causou, como raiva ou alegria, dor ou prazer, desonra ou desonra. Mas é preciso que sejam humildes para reconhecer a defectibilidade do ser humano, bem como a necessidade de interconexão dos laços sociais das pessoas envolvidas direta ou indiretamente no conflito, num processo comunitário. Para tanto, é imprescindível responsabilidade das partes por sua conduta e seus reflexos, notadamente do ofensor, bem como empoderamento das partes, para que possam livremente manifestar sua vontade e interesses. No segundo grupo, por sua vez, tem-se os valores que podem orientar o objetivo a ser perseguido pelo procedimento restaurativo, que podem incluir, por exemplo, a reparação de danos e realizar o possível para reduzir as consequências emocionais do conflito, reafirmar a autonomia e dignidade das partes e prevenção de novos delitos. O terceiro grupo relaciona-se com manifestações voluntárias no curso do encontro, ou após, como pedido de desculpas pelo ato injusto, perdão, remorso, censura pelo ato, entre outras manifestações que não poderão ser exigidas das partes⁸⁰

⁸⁰ Não é um valor a ser perseguido a vergonha reintegradora (*reintegrative shaming*), pois ela não é um valor, nem um bem em si mesmo. É uma dinâmica explicativa que visa explicar em que condições ocorrem remorso, censura, desculpa, perdão e outros valores (BRAITHWAITE, 2003, p. 13).

(BRAITHWAITE, 2003 p. 12-13). Além disso, Leonardo Sica (2007, p. 234) aponta que a justiça restaurativa possui como requisitos básicos: (i) a voluntariedade, consistente no consentimento livre e informado; (ii) a confidencialidade do que for dito pelas partes; (iii) oralidade do procedimento; (iv) informalidade; (v) imparcialidade do facilitador; (vi) engajamento da comunidade; (vii) extrajudicialidade; (viii) autonomia em relação ao sistema de justiça penal formal. Entretanto, a despeito de sua autonomia, o sistema restaurativo só poderá ser iniciado caso preenchidas as condições para início da ação penal.

O artigo 9º do Projeto de Lei nº 7.006, de 2006, traz como princípios norteadores da justiça restaurativa a “voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé”.

Com vistas à unificação dos princípios já mencionados, Silva e Saliba (2008, p. 82-83) elencam quatro princípios que entendem como norteadores da justiça restaurativa, a saber: “1) princípio do processo comunicacional; 2) princípio da resolução alternativa e efetiva dos conflitos; 3) princípio do consenso; 4) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana”.

O primeiro deles aponta a necessidade de diálogo das partes, para interpretação da realidade que vive e viveu cada um dos envolvidos, aproximando ofensor, ofendido e comunidade na construção de uma solução justa e duradoura. A *resolução alternativa e efetiva de conflito*, por sua vez, tem intuito de apresentar alternativas para obliteração da lide, com vistas à restauração dos danos e dos laços sociais, sem censuras, sem mordanças, mas sim com múltiplas respostas para o caso, em prol da melhor resposta para o fato. Além disso, o envolvimento das partes no processo restaurativo possibilita uma resposta mais efetiva e que satisfaça aos interesses dos envolvidos, aumentando o empoderamento das partes. O *princípio do consenso* exige, primeiramente, solidariedade e respeito mútuo, como forma de humanizar o ofensor, dentro da justiça penal, para estabelecer uma convivência harmônica, inclusive, entre pessoas com realidades e culturas tão distintas. Por derradeiro, o *princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e dignidade da pessoa humana* emerge como baliza para atuação da justiça restaurativa, como meio de protegerem quaisquer violações a eles mesmos, além de servirem para fortalecimento e estabilização dos direitos e garantias, pois em uma “época em que falar de direitos humanos e dignidade da pessoa humana para pessoas envolvidas em delitos causa desconforto, afigura-se da máxima importância seu reconhecimento como princípio absoluto, irrenunciável e intransponível” (SILVA; SALIBA, 2008, p. 83-84).

A despeito de ainda não existir um sistema restaurativo integral, as práticas restaurativas podem ocorrer em diversos momentos ainda, destacando cinco fases distintas: no momento anterior à acusação, (i) com encaminhamento realizado pela polícia ou (ii) pelo juiz ou Ministério Público, após o recebimento da *notitia criminis* e da verificação dos requisitos mínimos para oferecimento da denúncia; (iii) pós-acusação ou pré-instrução, com encaminhamento após o oferecimento da denúncia; (iv) pré-sentença, encaminhado pelo juiz, após encerramento da instrução, até como forma de possibilitar aplicação de pena alternativa, como reparação do dano ou ressarcimento; e (v) pós-sentença, encaminhado pelo tribunal, com intuito de inserir elementos restaurativos já na fase de execução da pena (SICA, 2007, p. 29-30) e poderiam redundar em arquivamento do inquérito policial ou da queixa-crime, suspensão condicional do processo ou da pena, extinção do processo, caso o ofensor cumpra o acordo, sob o fundamento da extinção da punibilidade (a exemplo de como ocorre com o art. 84, parágrafo único, da Lei nº 9.099/95) ou renúncia à pena (mais adequada para a dogmática criminal⁸¹), por parte do juiz. (ACHUTTI, 2015, p. 83; 236).

A decisão atingida pelas partes, ainda, deverá ser analisada pelo juiz, para verificar se não houve quaisquer violações aos direitos humanos das partes ou à legalidade, pois a censura advinda de um processo restaurativo não pode ser mais danosa que a pena imposta ao crime, pela lei penal (sistema formal).

Ante essas possibilidades, defende-se que o acordo realizado pelo delegado de polícia, caso seja adotado, deve ser implementado com maior cautela, tendo em vista as possibilidades de ser verificado o fenômeno denominado “net-widening”⁸² (alargamento da rede), ou seja, tendo em vista que as condições da ação penal ainda não foram analisadas minuciosamente, pode ocorrer que casos que, anteriormente, não seriam abrangidos pelo processo penal (hipótese de arquivamento ou absolvição sumária) acabem sendo por eles abarcado. Nesse mesmo sentido, a Resolução nº 2002, de 2012, da ONU aponta que os processos restaurativos devem

⁸¹ Esta hipótese é encontrada, inclusive, no Código Penal alemão, no §60 StGB em leitura conjunta com o §46a.

⁸² “Por essa expressão (literalmente “alargamento da rede”), ficou mundialmente conhecida a principal metáfora cunhada por COHEN para demonstrar o efeito paradoxal comumente observado quando da implantação de penas não privativas de liberdade e medidas processual-penais alternativas: ao invés de diminuir o ingresso ou manutenção de pessoas no “sistema penal”, acabam tendo o efeito diametralmente oposto. Isto porque, diante da imagem de que os substitutivos penais são mais “suaves” que os tradicionais instrumentos de persecução e sanção penal, são atraídos para esse sistema penal (aí incluídos, obviamente, órgãos como os nossos juizados especiais criminais) pessoas e situações que, em princípio, deveriam estar isentas de qualquer providência pelo sistema penal (formal ou informal) – hipóteses típicas de esperada descriminalização. Assim, ao invés de o sistema penal diminuir o seu escopo de atuação como estratégia de controle social, acaba ampliando-o [...] quando não provoca até aumento do índice de aprisionamento, decorrente da quebra das condições impostas com as medidas penais alternativas, retardando sua saída do sistema penal [...] (“thining the mesh”, literalmente, “estreitando a malha” da rede)” (SILVA, 2005, p. 183).

ser utilizados apenas “quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor”.

Assim, a justiça restaurativa acaba surgindo como uma forma de desenvolver as comunidades em prol de abordagens para os conflitos penais não-violentas, encorajar o respeito aos direitos humanos e, paulatinamente, conduzir as comunidades a uma cooperação mútua, com agências regulamentadoras (MCEVOY; ERIKSSON, 2008, p. 332), de modo a respeitar a pluralidade e a autodeterminação dos cidadãos.

Como resultado desejado desses encontros tem-se a reparação dos danos, materiais e/ou morais, e reintegração do ofensor à sociedade, mais consciente e responsável por seus atos e sem o fardo do estigma trazido pela justiça formal (SALIBA, 2007, p. 137-138). Como consequência disso, obtém-se uma reparação mais intensa: a restauração dos laços sociais e comunitários. Saliba salienta que isso faz com que a justiça restaurativa possibilite o reconhecimento de diversas comunidades, com suas particularidades e heterogeneidade cultural, numa conversa em que não haja privilégios ou qualquer diferença entre os interlocutores – como há hoje, com um juiz em um plano distinto, insinuando certa superioridade sobre as partes, por exemplo.

Como alerta Saliba (2007, p. 144), a composição civil dos danos patrimoniais, apesar de importante, pode restar impossível, ante a miserabilidade de uma das partes, por exemplo – algo frequente na realidade brasileira. Entretanto, a justiça restaurativa não será prejudicada, pois o diálogo servirá para buscar outras formas de recompor o dano, conforme o caso concreto, com satisfação dos interesses da vítima e do desviante, com assunção de responsabilidades pelas partes, o que torna a justiça um procedimento de difícil, porém realizável implementação. Inclusive, a justiça utiliza-se da comunicação não-violenta (CNV) justamente para atingir estes objetivos. Esta é composta por quatro etapas sucessivas: observação, sentimento, necessidades e pedido. No primeiro momento, cada participante relata o que ocorreu e como seu bem-estar foi afetado; em seguida, expõe seus sentimentos quanto à ofensa realizada (tristeza, decepção, irritação etc.), para dar vazão a estas emoções muitas vezes reprimidas ou contidas; para, em um terceiro momento, os envolvidos apresentarem seus valores, desejos e necessidades e, por fim, o que poderia ser feito para auxiliá-los e o porquê (TIVERON, 2014, p. 179-180).

Como forma de estimular a empatia, o ouvinte é estimulado a responder tudo o que ouviu da parte contrária com afirmações como “eu ouvi você dizendo que...”, para demonstrar que realmente ouviu o que o outro tinha a dizer e compreendeu a mensagem. Durante a sessão,

todos os envolvidos poderão reivindicar, argumentar e questionar o ponto de vista dos demais, dando oportunidade de diálogo a todos. (TIVERON, 2014, p. 181).

Esta comunicação poderá ter um terceiro imparcial, o facilitador ou mediador, como um terceiro que criará um ambiente calmo e respeitoso, que priorize o diálogo entre as partes e auxílio recíproco – e não busque somente um acordo – o que pode envolver diversas sessões, inclusive pré-encontros para preparação das partes para o diálogo ou que não haja frustração das partes, caso o outro não queira assumir a responsabilidade pelo ato ou não esteja aberto a conversa. Além disso, a assistência por advogado é admitida, caso a parte julgue necessário (TIVERON, 2014, p. 301-306).

Conforme a Portaria conjunta nº 052, de 2006, do Distrito Federal, os facilitadores terão a atribuição de:

Art. 6º [...]

I preparar e realizar o pré-encontro das partes e comunidades de referência, separadamente aquelas que estão em posição diversa no conflito;

II abrir e conduzir o encontro restaurativo;

III aplicar a boa técnica de mediação vítima-ofensor, sempre visando à autocomposição do conflito;

IV redigir o Termo de Acordo, quando alcançado, ou atestar a inviabilidade do seu alcance.

§ 1º - É dever dos facilitadores manterem-se com neutralidade e imparcialidade, garantirem a voluntariedade de participação das partes na intervenção restaurativa e assegurarem a confidencialidade das informações prestadas na condução do pré-encontro e do encontro restaurativo;

§ 2º - Aplicam-se aos facilitadores os impedimentos e as suspeições previstas na legislação processual civil e penal.

Leonardo Sica (2007, p. 176) aponta que as vítimas que participaram de encontros restaurativos bem estruturados, como acima exposto, foram menos vindicativas que às expostas ao sistema tradicional de justiça penal. A vítima, nesses encontros, não se confunde com o sujeito passivo do delito: o conceito engloba não só quem sofreu efetivamente com a ofensa, mas também todos aqueles que sofreram com o ato, como familiares, amigos, instituições, e quanto mais envolvidos, maiores as chances de cumprimento integral do acordo. Complementando esta visão, Tiveron (2014, p. 321) afirma que todos eles devem ser reintegrados – todavia, esta abertura deve ser bem regulamentada, com intuito de evitar a união da justiça com discursos reacionários e contrários ao ideal de redução de violência ou caminhar para a privatização do sistema de justiça penal, ainda mais quando inflados por uma mídia sensacionalista ou políticos com discursos demagógicos.

Esta forma de comunicação aproxima-se muito com o modelo proposto de ética da libertação, em que, a partir de que uma vítima aparece, ela deve apresentar seu rosto e, com isto, relatar as condições materiais do mundo que não a permitem seu desenvolvimento. Por intermédio de um diálogo com iguais oportunidades de manifestação, o Outro mostra suas necessidades para que possa ser respeitado e recuperar sua autonomia, participando ativamente deste momento, para, por fim, identificar ações concretas plausíveis de serem realizadas. A figura do facilitador do diálogo se aproxima dos peritos, que intermedeiam a relação entre as partes e analisam a factibilidade das ações que auxiliarão a vítima a satisfazer suas necessidades e recuperar sua autonomia, abaladas com o cometimento do crime.

Dentro disso, abrem-se várias práticas restaurativas possíveis, dentre as quais Daniel Silva Achutti (2015, p. 79-81) destaca oito principais. A primeira prática está atrelada ao (i) apoio à vítima, que busca um processo que dê maior relevo às suas necessidades. Também é considerada prática restaurativa a (ii) mediação vítima-ofensor, com objetivo de compensar os danos morais e materiais oriundos do delito, bem como as (iii) conferências restaurativas, consistentes em encontros entre vítima, ofensor e membros da comunidade de apoio, com intuito de buscar solução mais adequada para os problemas e danos gerados; e os (iv) círculos de sentença e cura, que podem ser realizados de duas formas: círculos de cura (*healing circles*), para restauração da paz abalada pelo ato cometido e os círculos de sentença (*sentencing circles*), que seria uma forma de “comunidade de cojulgamento”, em que a comunidade passa por um processo deliberativo, que pode demandar mais de um encontro, com a presença de um juiz – entretanto, como pressupõe uma comunidade muito ativa e com vínculos muito fortes e, por isso, dificilmente será utilizada no cenário urbano atual, notadamente em grandes metrópoles. Têm-se também os (v) comitês de paz, que tem como objetivo a pacificação (*peace-making*) das disputas particulares na comunidade e a construção da paz (*peace-building*), cujo objetivo é lidar com problemas mais amplos da comunidade, envolvendo também questões de segurança (diferentemente do modelo anterior). Ao lado destes surgem (vi) os conselhos de cidadania, que atuam na fase de execução da pena, com condenados por pequenos delitos para reparar o dano causado e, eventualmente, pedidos de desculpas, serviços comunitários entre outros, onde a decisão final caberá ao conselho, não tanto às partes. A prestação de (vii) serviços comunitários também é apontada como uma prática restaurativa, que pode ser oriunda de um processo restaurativo ou até da decisão judicial. Por fim, uma das mais promissoras práticas restaurativas está relacionada com a (viii) penetração de princípios da justiça restaurativa em iniciativas de

pacificações decorrentes de violações de direitos humanos, tal como ocorre na comissão da verdade e reconciliação, da África do Sul.

Com base nisso, Ted Wachtel (2013) afirma que a restauratividade de um procedimento será determinada pela quantidade de pessoas envolvidas no diálogo. Serão parcialmente restaurativas aquelas que envolverem apenas um grupo interessado, como aquelas focadas somente na vítima, para compensação de danos; ou apenas no autor do delito, para impor serviços comunitários; ou, então, apenas na comunidade. Por sua vez, serão classificados como predominantemente restaurativos quando incluírem dois grupos na discussão: a vítima e o ofensor, o ofensor e a comunidade ou vítima e comunidade, como a mediação entre vítima-ofensor ou círculos comunitários de suporte às vítimas. Por derradeiro, serão totalmente restaurativos aqueles que englobarem os três grupos conjuntamente: vítima, ofensor e comunidade.

Entretanto, deve-se evitar a sobreposição dos dois modelos (punitivo e restaurativo), como forma de se evitar o *bis in idem* para o ofensor e a revitimização do ofendido: se o processo obteve êxito na fase restaurativa, não se deve censurar, mais uma vez, o transgressor com a justiça penal tradicional: somente o fracasso da justiça restaurativa possibilitaria deflagrar a justiça penal formal (SICA, 2007, p. 30)

Deste modo, ainda não se mostra factível um sistema exclusivamente restaurativo, sendo inevitável a convivência deste com o sistema penal formal. Diante disso, André Giamberardino (2015, p.206) aponta as três formas possíveis para conciliar:

(a) estraneidade total, ou perspectiva macrossistematica, com a autonomia das práticas restaurativas em relação ao processo e com a mutua exclusão entre as esferas; de (b) complementaridade estrutural coexistindo em ambos sistemas mediante a colonização da mediação pelo direito, estabelecendo-se apenas uma “divisão de competências” e de (c) complementaridade funcional, com a manutenção da “ameaça” do processo ou da pena em face da possibilidade de conversão no caso de “fracasso” do instrumento mediatório.

Como já se afirmou, o primeiro modelo não é o mais indicado por incidir no *bis in idem* punitivo, pois o agente seria censurado duas vezes pelo menos fato. O segundo seria marcado por regras bem definidas, para se determinar quando seria caso de aplicação de processos restaurativos e quando será recomendável a utilização da justiça formal. O último modelo não seria muito indicado, pois retiraria a autonomia e liberdade do indivíduo, pois o

ofensor se sentira, muitas vezes, coagido a aceitar a proposta, não por vontade livre, mas por medo de desencadear o processo penal.

Um quarto modelo denominado “alternatividade estrategicamente não-excludente” é igualmente apontado como uma possibilidade de admissão de adoção de práticas restaurativas de forma não complementar, mas autônoma e alternativa, onde seria admissível uma convivência provisória entre procedimentos restaurativos e formas tradicionais de justiça penal como forma de transformar as representações sociais do que vem a ser censura, pena, justiça (GIAMBERARDINO, 2015, p.206)

3.1.2 Mediação

A mediação penal surge como um dos instrumentos para a ampliação dos espaços de participação e deliberação, democratizando o sistema penal e possibilitando o contato face-a-face e oportunidades reais de interferência da comunidade, de modo a perceberem as variadas formas de interferirem ativamente nas decisões penais, que não somente pela escolha de parlamentares que os representarão. Entretanto mediação e justiça restaurativa não se confundem, tendo em vista a existência de inúmeras práticas diversas da mediação e que, mesmo assim, são restaurativas. A mediação é apenas uma das facetas da justiça restaurativa.

Etimologicamente, mediação significa “dividir, abrir ao meio”, mas foi adaptada para indicar a necessidade de enfrentar uma situação conflituosa e expandir canais de comunicação, oportunizando a expansão dos canais de comunicação para a comunidade, abrindo novos espaços democráticos. Por intermédio dela, dois ou mais sujeitos livremente decidem participar do processo, para compreender o problema de diferentes pontos de vista e encontrar a solução mais adequada para o caso, e podem ser auxiliados por um terceiro, imparcial, que garantirá a confidencialidade do encontro e terá a tarefa de facilitar a comunicação entre as partes. A imparcialidade dos mediadores que porventura intervenham no processo não diz respeito apenas aos interesses das partes, mas também eventuais relações de poder que possam surgir entre elas – eventuais desigualdades devem ser progressivamente desconstruídas naquele processo armando os sujeitos apenas com igual oportunidade de fala e escuta das emoções, para que compreendam as necessidades e valores dos envolvidos (SICA, 2007).

Para tanto, é imprescindível a existência de regras claras para regular as deliberações e que, quando os membros da sociedade que intervierem, haja alternativas reais para que a

escolha entre as opções existentes – um tribunal penal com mais de uma porta de entrada – seja verdadeiramente livre, pois o modelo inflexível, vertical e fechado de justiça penal atual é incapaz de atender às demandas por democracia e tem dado margem à práticas e discursos de nuances fascistas e não dá a possibilidade aos jurisdicionados de escolher outros meios de solucionar seu conflito que melhor atendam aos seus interesses (SICA, 2007).

A justiça penal formal apresenta apenas uma porta de entrada para solução dos conflitos: o processo penal, que redundará na aplicação de pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. As partes pouco ou em nada influem na escolha de outros procedimentos ou da censura aplicável. Um processo penal em que não há margem para opção do método mais eficaz e que melhor atenda aos interesses dos envolvidos é incompatível com um sistema que pretenda ser democrático, pois não respeita o direito de autodeterminação e nem o pluralismo. Delitos de naturezas tão diversas, envolvendo os mais variados indivíduos e experiências recebem respostas e procedimentos similares.

Nesse cenário, Raquel Tiveron (2014, p. 53) aponta que as “as chances terapêuticas do ofensor são tão maiores quanto mais existirem” e, justamente por isso, defende que “baixíssimo grau de criatividade para se pensar sanções que sejam adequadas e eficientes para lidar com as mais diversas modalidades de crimes são as causas da obsolescência do sistema penal”. Justamente por isso é que o acordo restaurativo tende a ser justo e eficaz para satisfação das necessidades dos envolvidos e da comunidade: suas decisões são lastreadas na diversidade, respeitando as condições de pessoais dos envolvidos e factibilidade de seu cumprimento.

Outro grande entrave da justiça formal é que o processo, muitas vezes, começa com criação de estereótipos em relação principalmente ao réu, onde a figura do criminoso é vista como em uma categoria distinta de (não)cidadão, que podem certamente influir no resultado da demanda, notadamente pelo distanciamento entre as partes – e entre estas e o juiz. Somente a aproximação entre as partes, o face-a-face, pode ser eficaz no desvelamento do outro e uma melhor compreensão das causas e consequências do ato. Sobre a necessidade de aproximação, como tentativa de obtenção de resultados entre diálogo entre as partes e a ruptura de estereótipos, André Giamberardino (2015, p.139) pontua que:

Trabalhei com crimes e penas a maior parte da minha vida, mas nunca conheci um monstro. [...] Há pessoas das quais não gosto, mas nenhuma delas é completamente impossível de se alcançar, ao menos para alguns momentos importantes. Minha suposição é que todos nós, como seres humanos, temos algumas experiências em comum.

Ainda que pareça uma proposta utópica, a África do Sul passou por uma experiência bem-sucedida, mesmo tendo como desafio inicial assegurar sua transição democrática e evitar desejos de vingança pós-apartheid. Ou seja, mesmo diante de uma situação de graves violações de direitos humanos, as comissões para verdade e conciliação basearam-se no perdão, anistia, reparação às vítimas e conciliação demonstraram ser possível abrir mão de respostas repressivas em detrimento de soluções pacíficas para o conflito.

Nesse cenário, então, surge a mediação penal, uma das mais importantes expressões da justiça restaurativa, com objetivo de construir um novo sistema de regulação social para superar o déficit comunicativo existente no modelo formal e, outrossim, produzir uma solução consensual com base na recomposição dos danos e restauração da paz jurídica. Assim, seria possível construir uma cultura de paz, contendo a expansão do direito penal e romper com a compreensão débil de democracia – que acredita que os espaços públicos (tribunais, parlamentos) devem estar ocupados exclusivamente por experts, pois os demais seriam incapazes de solucionar os problemas que emergem na sociedade – tendo em vista que a mediação pode ser aplicada em diversos âmbitos, inclusive já na execução, dentro das instituições carcerárias, como forma de humanizar o cumprimento da pena. Assim sendo, a justiça restaurativa, enquanto um novo paradigma, pode ser realizada por intermédio da mediação penal e, em razão de sua natureza extrajudicial, mantém-se dissociada do sistema formal, impedindo ocorrência de *bis in idem*, estigmatização do ofensor e restaurando a paz (SICA, 2007).

3.1.2.1 Requisitos e fases da mediação

A mediação não será desenvolvida pelo juiz e deve acontecer fora das salas de audiência, com instrumentos necessários não só para a compreensão do caso, mas também que possibilite a vazão de sentimentos e reconhecimentos de valores das partes. Deste modo, o seu fim precípua não será construir processualmente uma verdade, mas instigar o diálogo entre as partes, em um espaço confidencial para que as partes possam se expressar livremente. Em caso de eventual acordo, ou até mesmo a manifestação do desejo de resolver seu conflito pela via da mediação, o juiz deverá realizar o controle destes atos, justamente para evitar uma “privatização do Estado”, isto é, não deixar que a justiça se torne uma espécie de “administração pública de

interesses privados”, devendo ele zelar pelo respeito às garantias constitucionais penais e processuais-penais e promoção da dignidade humana. A partir disso, os “requisitos para qualificar a mediação penal são: (i) voluntariedade; (ii) confidencialidade e oralidade; (iii) informalidade; (iii) imparcialidade do mediador; (iv) ativo envolvimento comunitário; (v) autonomia em relação ao sistema de justiça” (SICA, 2007, p. 54-55).

A mediação é composta de quatro fases distintas: (i) inicia-se com o envio do caso para o ofício da mediação, que será responsável pelo conflito; em seguida, passa-se para a (ii) fase preparatória para mediação, em que os mediadores fazem contato com as partes e passam as informações necessárias para um procedimento exitoso e, em seguida, colhem seu consentimento. Posteriormente, iniciam-se as (iii) sessões de mediação, que podem ser diretas, caso haja contato face-a-face entre ofensor e ofendido, ou indiretas, hipótese em que o ofendido teme o ofensor e o mediador repassa as informações e impressões de um para o outro. Estas opções são de suma importância, pois empodera as vítimas, que poderão escolher o melhor procedimento de discussão do seu caso, que melhor satisfaça seus interesses. Por derradeiro, haverá o (iv) monitoramento da mediação e reenvio do caso à autoridade inicial (SICA, 2007, p. 58).

Ainda que haja a possibilidade de se optar pela mediação indireta, recomenda-se sua utilização pela via direta, pois possibilita maior contato e conhecimento do Outro, facilita a percepção dos sentimentos, angústias e dores sentidas pela outra parte e facilita um acordo. A sessão de mediação direta, ainda, ela poderá se articular em seis etapas:

1. Exposição de algumas considerações introdutivas pelo mediador
2. Narrativa da experiência vivida pela vítima e reconstrução do fato pelo autor
3. Esclarecimento do desenvolvimento dos fatos e encorajamento à compreensão recíproca das emoções provocadas pelo crime
4. Análise do tipo de dano sofrido pela vítima
5. Formalização de um acordo escrito de reparação
6. Considerações conclusivas do mediador. (SICA, 2007, p.59-60)

Caso bem conduzido o processo restaurativo, abrindo margem para que os envolvidos escutem um ao outro e juntos decidam por um acordo de reparação de danos, ampliam-se os canais de comunicação e participação social nos conflitos, o que estimula uma maior responsabilidade e autonomia dos cidadãos, além de que eles estarão utilizando linguagens acessível e que passe o comando claro de que a censura imposta ao ofensor não advém somente

da infração da norma, mas pelos danos que a vítima sofreu, pelo senso de controle sobre sua própria vida que fora abalado pelo crime.

A mediação será feita por uma equipe multidisciplinar, inclusive com membros da comunidade e evitando o predomínio de profissionais do direito, deverá ocorrer em um ambiente sediado fora dos tribunais, mesmo que anexo, para que se constitua em um espaço distinto e não tenha influência das autoridades judiciárias (SICA, 2007, p. 238)

Esta equipe de profissionais servirá para proteção de pessoas mais vulneráveis, quando constatar que há, entre as partes, alguma desigualdade, seja no aspecto de poder econômico ou político, grupos minoritários, mulheres ou crianças que vivem em relações abusivas, para que não haja interferência no processo restaurativo. Os bairros, inclusive, podem ter muito sucesso para aplicação dessas formas de solução de conflito, por serem partes pequenas de uma cidade e ser mais viável o envolvimento dos participantes, já que estaria estariam em jogo questões relativas à sua própria comunidade e o deslocamento não seria custoso. Com isso, haveria uma valorização até de valores locais, respeitando a pluralidade de cada comunidade.

O mediador, inclusive, funcionará como esse canal com a sociedade, pois serão pessoas selecionadas e treinadas dentro comunidade, como forma de desburocratizar a justiça e facilitar no diálogo e linguagens mais acessíveis. Mesmo em grandes centros, membros das comunidades envolvidas tem muito mais condição de compreender a realidade vivenciada pelas partes do que juízes e promotores (que vivem realidade socioeconômica, muitas vezes, distinta daquela vivida pelos “clientes” do direito penal), o que permite encontrar uma base interpretativa comum e facilitar o diálogo.

Conforme Leonardo Sica (2007, p. 70), a mediação penal terá um encontro considerado bem-sucedido quando verificado que:

- (i) as partes obtenham a consciência de revalorização e reconhecimento que lhes foi oportunizada durante a mediação;
- (ii) as partes estejam esclarecidas quanto às metas, alternativas e recursos para, em seguida, adotar uma decisão refletida, livre e informada acerca de sua decisão e
- (iii) a mediação tenha viabilizado que as partes outorguem-se conhecimento, quando sua decisão manifeste-se nesse sentido

Como dito, a mediação ainda permite que as partes dialoguem e considerem todos os fatos que concorreram para o delito e reflitam sobre todas as consequências, ao contrário da realidade de muitas varas criminais, onde os juízes pré-julgam o caso e, com base na sentença

que pretendem prolatar, selecionam fatos que coadunem com sua escolha solipsista e alheia à realidade subjetiva de cada envolvido – que teve de ser objetivo em sua oitiva ou inquirição, relatando apenas os fatos ocorridos, sem dar vazão a quaisquer outros pontos, consequências ou sentimentos.

Alguns doutrinadores apontam que o método da mediação seria prejudicial à vítima, por forçá-la a reviver o evento traumático (DALY, 2008, p. 141). Todavia, esquecem que a mediação é facultativa, jamais imposta; além disso, o contato direto com o ofensor não é imprescindível, haja vista a mediação indireta. Por fim, o relato do fato já é igualmente estimulado pelo paradigma atual (que os retribucionistas justificam), mas a diferença é que na mediação a satisfação seria maior, pois é permitido dar vazão aos sentimentos e, outrossim, as vítimas passam por pré-encontros de preparação para o evento – o que não é possibilitado no modelo tradicional.

Em consequência disso, verifica-se que a mediação vem suprir um déficit comunicativo em dois níveis distintos, existente na justiça formal – entre o próprio sistema e os cidadãos e outro entre as partes envolvidas no conflito – por intermédio de uma linguagem comum que esclarece o fato ocorrido às partes, o que auxilia em uma composição entre as partes, tanto na censura aplicável quanto nas decisões prévias que pautarão a marcha processual. Além disso, a comunicação contribui na compreensão do caráter ilícito da conduta e expressa um efeito preventivo-geral muito mais eficaz do que aquele gerado pela ameaça simbólica da pena, apresentado pelas teorias preventivas atuais, pois a lei penal apenas transmite expectativas de comportamento, mas que nem sempre são conhecidas em sua totalidade pela população ou nem todos compreendem a norma da mesma forma, dada a pluralidade e heterogeneidade de nossa sociedade (SICA, 2007).

Caso o acordo seja descumprido, vislumbra-se como resposta mais adequada a manutenção de uma certa indefinição: a depender do caso concreto, o caso poderia ser enviado ao sistema formal de justiça penal ou reencaminhado ao centro de mediação, para diálogo entre as partes e oportunizando o cumprimento do que foi acordado, principalmente quando o ofensor apresente justificativa plausível para o não-cumprimento. Todavia, não se vislumbrando meios de cumprir o acordo, o caso é enviado à justiça penal (SICA, p.237-238).

3.2 Modelos institucionais de justiça restaurativa implantados

A mediação penal, enquanto um dos métodos de implementação de justiça restaurativa, tem encontrado acolhida em diversos países. Deste modo, este tópico apontará algumas experiências e modelos exitosos no mundo, na América latina e, principalmente, no Brasil.

3.2.1 Programa de conciliação vítima-ofensor (VORP), conferências familiares (FGC) e os círculos de sentença

A mediação, em sentido estrito, onde há a figura de um terceiro imparcial, o mediador, que estimula o diálogo entre vítima e ofensor (na presença ou não dos familiares e membros da comunidade), pode ser realizada por intermédio de programa de conciliação relativamente dependente (pois, apesar de externo ao sistema de justiça, trabalham em cooperação) do sistema de justiça formal denominado *victim-offender reconciliations programs* (VORP), desenvolvido no Canadá, na cidade de Kitchener, em Ontário, e nos Estados Unidos, em Elkhart, Indiana.

Por intermédio deste, realizam-se encontros presenciais entre ofensor e ofendido, após o início do processo penal, admissão de autoria do dano e concordância das partes. É obrigatório que ocorram encontros prévios de preparação das partes para a sessão e para terem certeza se é este o procedimento que desejam, bem como a presença de facilitadores externos ou mediadores, para incentivar a fala de todos (GIAMBERARDINO, 2015).

Os mediadores são, preferencialmente, voluntários da comunidade e treinados para não impor sua vontade, interpretação ou solução. Os encontros devem enfatizar três elementos, a saber, fatos, sentimentos e acordos, e cada parte narrará sua versão sobre os fatos, descobrindo na parte contrária sobre as causas, experiências, impactos, consequências do delito para, ao fim, chegarem a um acordo. É, assim, uma oportunidade para exprimir as emoções, informações, recomposição dos danos e estimular o senso de autonomia dos envolvidos. Isto porque à vítima é oportunizada a possibilidade de “fazer algo” para reaver seus prejuízos, empoderando-as e auxiliando a recuperar seu senso de autonomia – tanto é que apenas 11% das vítimas manifestaram alguma insatisfação e 97% afirmaram que adotaria esse procedimento novamente e recomendariam aos amigos e familiares (ZEHR, 2008, p. 181-183).

Realizado o acordo, passar-se-á à fase de acompanhamento, realizada por um funcionário que monitorará o cumprimento do contrato celebrado e eventuais problemas que

surgirem do descumprimento. Estes acordos são cumpridos em sua maioria: em geral de 80 a 90% dos contratos são levados a bom termo (ZEHR, 2008, p. 155).

Um segundo modelo são as conferências familiares, do inglês *family group conferences* (FGC), elaboradas a partir das práticas milenares dos índios neozelandeses, os Maori, e australianos, os Wagga Wagga, que foram absorvidas pelo sistema de justiça penal destes países em, respectivamente, 1989 e 1991.

Surgiram para lidar com casos de adolescentes infratores e poderiam ser encaminhados tanto no início da persecução penal, durante a instrução ou quando do julgamento. As conferências são processos nos quais um grupo de pessoas, entre si vinculadas, se reúnem para discutir algum fato passado, suas consequências e motivações. Aqui, a figura do facilitador imparcial é prescindível, mas ele está quase sempre presente nos modelos mais desenvolvidos. Ele é denominado *care and protection coordinator*, sendo independente da figura judiciária e com formação específica para atender a demanda, que auxiliará na discussão e na fase anterior ao encontro, com sessões em separado entre ofensor e vítima, para posterior diálogo entre as partes. Caso não haja acordo, o caso será remetido à polícia ou ao judiciário (GIAMBERARDINO, 2015)

Por fim, os círculos restaurativos (*sentencing circles*), que são mecanismos com aplicáveis em casos de adolescentes em conflito com a lei⁸³. Os participantes sentam-se em círculos, como regra, e o coordenador oportuniza a abertura de espaços de fala respeitosa dos envolvidos – a vítima, que normalmente inicia o processo, o adolescente, familiares e amigos de ambos, bem como representantes da polícia, assistente social e, eventualmente, o magistrado e advogados – com objetivo de criarem um plano para lidar com o fato ocorrido, como um todo. Todos os participantes terão oportunidade de relatar o que sabem sobre o caso, reservando aos advogados a intervenção somente se verificar violação de direitos na condução do encontro. Após a fala de todos e as opções apresentadas para reparação do dano, a vítima e jovem reúnem-se com suas respectivas famílias para discutir os planos de reparação dos danos que, caso seja aceito por todos, a conferência se encerra, muitas vezes, com partilha de comida (GIAMBERARDINO, 2015, p.169).

⁸³ No Canadá, esta prática “também [foi] influenciada pela experiência de práticas indígenas locais, mas introduzida na lei canadense apenas na década de 90, fazendo-se relevância a necessidade de atentar às especificidades culturais e as alternativas a prisão no caso condenados aborígenes. O alcance é maior, pois inclui adultos, porém não para todos os crimes; e é prevista a participação não só de familiares, mas também do juiz e do promotor e outros membros da comunidade” (GIAMBERARDINO, 2015, p.170).

3.2.2 Experiências e projetos implementados na América do Sul: possibilidades em países periféricos

A aplicação da justiça restaurativa em países periféricos nos quais o *ethos* violento do conquistador se enraizou nas instituições sociais e perduram desde a colonização (de exploração) até os dias atuais é um grande desafio, notadamente pelo descrédito pela sociedade em práticas que a censura não esteja atrelada ao castigo e pela desigualdade social abissal existente.

O problema maior a ser enfrentado seriam os casos em que as vítimas moram distante e com realidades de mundo muito diferentes entre si – e até mesmo antagônicas, o “ser” e o “não-ser”, por exemplo, um negro periférico e um executivo da classe alta, que defende a violência policial e o sistema opressor. O encontro, de fato, pode trazer vários riscos, incluindo “a produção de discursos moralistas, o reforço dos estereótipos, a imposição de falsos acordos. Mas, traz também potencialidades” (GIAMBERARDINO, 2015, p. 189). Além disso, não se pode olvidar que esses problemas estão presentes e são muito mais alarmantes no modelo atual, que distancia os atores e é baseado em discursos reais *versus* discursos latentes para justificar suas instituições reprodutoras de violência e que impedem o outro de viver e ter sua alteridade respeitada enquanto sujeito distinto, livre e autônomo.

Entretanto, isso não pode ser visto como um obstáculo, mas sim como um motivo ainda maior para buscar mecanismos menos violentos de contenção da violência e nem se deve desacreditar na possibilidade de união da comunidade para resolver os problemas de seus integrantes. Corroborar-se tal afirmação com a análise da favela carioca (favela do Jacarezinho), denominada de “pasárgada” por Boaventura de Sousa Santos (1974), que resolvia seus próprios conflitos relativos à moradia, propriedade e controvérsias entre vizinho por intermédio de um “direito paralelo” aplicado pela associação de moradores, como forma de mediação e os acordos eram cumpridos graças às pressões exercidas pelas instâncias de controle informal do delito, notadamente a própria comunidade.

No Chile, em 1996 houve alteração do Código Processual Penal (Lei 19.696, de 1996, art. 6º e art. 241 a 246) possibilitando que as partes possam firmar um acordo reparatório, desde que o bem jurídico afetado seja disponível de caráter patrimonial, lesões menos graves ou em delitos culposos. O acordo só poderá ser firmado se verificado que as partes agiram de forma livre e com conhecimento de todos os seus direitos, caso contrário o juiz poderá rejeitá-lo de ofício ou a requerimento do Ministério Público. Além disso, ele poderá ser requerido a qualquer

momento, após a formalização do inquérito policial e será mantido em sigilo. A decisão que homologa o acordo será executada pelo próprio juiz de garantias, mas observando as regras do código de processo civil. Caso haja pluralidade de vítimas ou acusados e o acordo não os abranja, o processo prosseguirá quanto a eles. Cumprido o acordo, o juiz decretará a extinção, total ou parcial, da responsabilidade do acusado pelo fato imputado.

No Uruguai, a mediação é utilizada largamente em matéria civil. Em matéria penal, ela é prevista no Código da Infância e Adolescência, para menores infratores (art. 83). O Código Geral de Processo, por sua vez, estabelece no artigo 223 a possibilidade de conciliação ou transação em qualquer estado do processo, desde que antes da sentença, e deverá versar sobre direitos disponíveis.

Constata-se, então, que a aplicação do Chile é mais antiga que no Brasil, já contando com a positivação da prática restaurativa desde 1996 e em ambos (Chile e Uruguai) há um espectro de abrangência maior (já que seria possível sua aplicação em crimes de furto, por exemplo, o que não acontece aqui). Além disso, constata-se uma preocupação do legislador chileno em formalizar acordos com sujeitos conscientes de seus direitos na reparação dos danos e o juiz deve zelar por isso, ao passo que o legislador uruguaio fomenta o acordo reparatório em qualquer fase processual, desde que anterior à sentença.

Na Colômbia, as práticas de justiça comunitária estão mais avançadas. A lei nº 23, de 1991, em seu capítulo sétimo, criou a “Conciliação em equidade”, como uma instância de resolução de conflitos. Os conciliadores serão voluntários escolhidos a partir uma lista apresentada pelas organizações civis dos bairros, composta por cidadãos eleitos pela comunidade, de acordo com procedimento próprio. Da lista, os juízes dos Tribunais Superiores, nas capitais, ou os juízes do nível mais alto, em outras comarcas, escolherão qual deles será o conciliador e fornecerão curso de capacitação por intermédio do Ministério da Justiça.

O Código Processual Penal colombiano, em seu artigo 348, autoriza a realização de pré-acordos que podem gerar a extinção do processo, desde que voltados a humanizar a pena, reparar os danos, obter uma pronta justiça e solucionar os conflitos sociais advindos do delito. O pré-acordo é realizado entre o procurador e autor do delito, mas há a possibilidade de intervenção da vítima, que deverá ser ouvida e informada sobre o acordo e, posteriormente, o juiz da causa decidirá se o aprova ou não. Em casos, ainda, de crime patrimonial, o acordo só será celebrado caso haja restituição de, ao menos, cinquenta por cento do valor equivalente e se assegure saldar o remanescente e o acusado reconheça sua culpabilidade. Em caso de

cumprimento, o acusado terá redução em sua pena, podendo não incluir alguma agravante, tipificar a conduta em outra menos gravosa, ou uma causa de redução de um terço da pena, aplicada na sentença.

3.2.3 Experiências e projetos aplicados no Brasil

No Brasil, algumas práticas de justiça restaurativa foram instituídas em algumas cidades específicas. Apesar de terem sido apenas experiências isoladas e independente de qualquer base legislativa, os resultados foram satisfatórios. Logo, ainda que, em um primeiro momento, se tenha um pouco de receio quanto a práticas baseadas em um diálogo, a participação dos envolvidos para a construção da justiça e dicção do direito poderá aumentar o engajamento social, fortalecendo nossa democracia, além de auxiliar a incrementar no acesso à justiça, além de contribuir para a desconstrução de estereótipos desqualificadores das massas e da população periférica, abandonando a ideia discriminatória de existir uma relação simbiótica entre pobreza e criminalidade. Assim, defende-se a possibilidade de adoção de práticas restaurativas com vistas ao descobrimento do outro, respeitando sua alteridade e estimulando o diálogo.

Conforme relatório do Ministério da Justiça (BRASIL, 2005a, p. 14), em parceria com a Secretaria de Reforma do Judiciário e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no ano de 2005 existiam 67 programas alternativos de administração de conflitos, sediados em 22 estados brasileiros, sendo 33 deles criados por instituições públicas governamentais, 32 por organizações não-governamentais e apenas dois programas criados por universidades. A maior parte desses programas estava relacionado à solução de conflitos interpessoais (59,7%) e conflitos de gênero e familiares (26,9%), incluídos nestes os problemas de adolescentes infratores, que tem encontrado grande aceitação. Com menor incidência, há programas para solução de conflitos trabalhistas (3%) e também para solucionar conflitos de posse e propriedade, relações de consumo, acidente de trânsito e moradia, saúde e educação (todos com 1,5% de incidência).

De todos os programas, ainda, pelo menos 55,3% são focados exclusivamente em algum grupo vulnerável⁸⁴ e em pelo menos 79,1% destes há predominância de sua utilização

⁸⁴ Do total de programas, 29,9% são focados para bairros da periferia; 13,4%, para famílias (jovens e mulheres); 4,5% para conflitos de grupo étnico ou racial; 3% para o público LGBT ou portadores de HIV; e 3% para

pelas classes populares⁸⁵, além de a maioria dos usuários possuir média ou baixa escolaridade (predominância em 70,1% dos programas). Quando se analisa pelo gênero, em apenas 9% deles há predominância de sua utilização por homens⁸⁶. Tudo isso se coaduna com o objetivo e embasamento filosófico deste trabalho: buscar medidas alternativas e não violentas de solução de conflitos voltadas para o descobrimento do outro, encoberto pela totalidade, por intermédio de mecanismos factíveis que possibilitem o diálogo, contato face-a-face e a produção, reprodução e desenvolvimento de suas vidas.

Moema Dutra Freire Prudente (2012), atualizando o levantamento de 2005 do Ministério da Justiça, apontou a existência de 145 iniciativas para solução alternativas de litígio⁸⁷, ou seja, aquelas que não se relacionam com o procedimento da lei dos juizados especiais, nem com o procedimento comum. Foram excluídos da análise, também, as práticas alternativas informais (negociação cotidiana, em igrejas, lideranças comunitárias), sendo analisadas apenas projetos relacionados à justiça restaurativa, comunitária ou mediação. Destes projetos, 34% tem como objetivo a construção de uma cultura de paz para resolução dos conflitos e 23% promoção do acesso à justiça para a população de baixa renda, sendo que 53,3% das práticas são de atuação local e 43,5% tem atuação estadual.

Nesse cenário, destacam-se no Brasil os projetos-piloto de justiça restaurativa em São Caetano do Sul/SP, Porto Alegre e Brasília. Os dois primeiros possuem práticas voltadas para adolescentes em conflito com a lei e o último, para delitos de menor potencial ofensivo.

O projeto de São Caetano do Sul adota o modelo círculos de sentença para solução dos conflitos. Este método restaurativo é coordenado pela Vara da Infância e da Juventude e, inicialmente, atuava de duas esferas distintas: na esfera jurisdicional, englobava os atos infracionais; na educacional, as infrações disciplinares ou atos infracionais cometidos no interior das escolas parceiras do projeto eram encaminhados à Vara que analisaria o acordo realizado e, após pedido do Ministério Público, seria concedida a remissão, sem que fosse aplicada medida socioeducativa. Posteriormente, o projeto foi revisado, no ano de 2006, para

trabalhadores rurais ou sem-terra. Além disso, 10,4% são voltados para usuários de serviço público e acesso à justiça e, apesar de serem largamente utilizados pela população mais vulnerável, não foi incluído no cálculo apresentado como “exclusivamente utilizados por minorias”. Por fim, 34,3% não possuem seleção de seus usuários, podendo englobar quaisquer cidadãos. Logo, 44,7% dos programas também dão acesso aos grupos minoritários, mas não são focados somente neles.

⁸⁵ Em relação aos demais, apenas 3% tem predominância da classe média e alta; em 11,9% não há predominância; e 6% dos programas não possuíam os dados.

⁸⁶ Em detrimento 34,3% que são utilizados por mulheres e 50,7% não apresentam nenhuma predominância.

⁸⁷ Foram encontradas 193 iniciativas de solução de conflitos, porém apenas 145 delas correspondiam a práticas alternativas.

ampliar a utilização da justiça restaurativa e os círculos restaurativos começaram a ser utilizados também nas comunidades de onde os adolescentes provinham – e não só na escola ou no fórum (ACHUTTI, 2015, p. 228-229). Em Porto Alegre, por sua vez, a despeito de em 2002 ter sido a primeira iniciativa e em 2005 ter elaborado o “Projeto Justiça para o Século XXI”, somente em 2010 foi criada a “Central de práticas restaurativas” (CPR), no Juizado da infância e juventude, pela Resolução nº 882/2010, do Conselho de Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ/RS).

Serão selecionados os casos em que o adolescente admitir sua responsabilidade pelo ato e houver vítima identificada, desde que não se trate de latrocínio, homicídio, estupro e conflitos familiares. Utilizam-se do método dos círculos restaurativos, mas somente durante a execução da medida socioeducativa, como forma de apresentar aos envolvidos o sentido ético do atendimento socioeducativo realizado a partir da ótica da justiça restaurativa. Apesar de reconhecer que este não é o melhor momento, dado o largo período entre o fato e a sessão, infelizmente houve muita resistência para a implementação deste modelo somente restando esta alternativa aos responsáveis pelo programa (ACHUTTI, 2015, p. 230-231).

No estado de Santa Catarina foi implementado no ano de 2003, em Joinville, o “Projeto Mediação”, por meio da Portaria nº 05/2003, pela iniciativa de Alexandre Morais da Rosa, juiz da Vara da Infância e Juventude, com a proposta de implementar justiça restaurativa em casos de adolescentes em conflito com a lei, como forma de aplicar uma resposta mais rápida ao caso apresentado, além de, especialmente, um atendimento personalizado e individualizado para cada situação específica (NOEKIFORUK; ÁVILA, 2010, p. 58).

A referida portaria instituiu uma equipe multidisciplinar, com conhecimentos na área de serviço social, direito, psicologia e educação, que poderá emitir parecer oral ou por escrito sobre o caso antes de recebida a representação, ou mesmo depois, desde que no decorrer do procedimento (art. 4º), que analisará as possibilidades restaurativas do caso, independentemente se leve ou grave o caso. Entretanto, a necessidade de parecer fica à mercê da autoridade condutora do feito, a depender da fase em que o procedimento se encontre, mas deve atender, preferencialmente, adolescentes primários e que tenham praticado ato infracional análogo a crime de menor potencial ofensivo (art. 5º). A autoridade judiciária, por sua vez, poderá aplicar remissão suspensiva ou definitiva (art. 6º), desde que compatíveis com as particularidades do caso concreto – gravidade e circunstâncias, ausência de violência e grave ameaça – e nas hipóteses em que tenha ocorrido conciliação do adolescente com a vítima – reconhecendo o dano causado e pedindo perdão à vítima, que deve aceitá-lo (art. 7º) –, com compromisso de

recomposição dos danos e assumo o compromisso de realizar atividades educativas propostas pela equipe multiprofissional – equipe essa que será responsável pela mediação entre o adolescente e prejudicado e seus responsáveis (art. 8º e 11), além da presença opcional de advogados (art. 12), que, comunicará o resultado da mediação à autoridade judiciária (art. 9º). Em caso de descumprimento do acordo (art. 10), o processo terá continuidade (NOEKIFORUK; ÁVILA, 2010, p. 59-60).

Antes dos encontros, há a fase de pré-mediação, que consiste na entrevista que a equipe multiprofissional dará ciência do funcionamento do procedimento como um todo – seus objetivos, técnicas, responsabilidades – e analisará se as partes optarão livremente pelo procedimento. Ela será conduzida pelo mediador, com a presença do adolescente, seus responsáveis e, caso optem, seu procurador, além de um representante da Vara da Infância e Juventude. Após essa fase, inicia-se a primeira sessão de mediação, que buscará, por diálogo entre as partes, a conscientização do adolescente por suas falhas, bem como compreender a realidade vivida também pelo jovem, permitindo que o adolescente se perceba como alguém ativo e responsável por seus atos. A vítima, caso exista, também relatará sua experiência e as consequências advindas do ato. Alertam Noekiforuk e Ávila, nem todos os casos são passíveis de mediação, dependendo do encaminhamento do juiz e parecer da equipe multisetorial, favorável a aqueles que melhor se adaptem ao procedimento (2010, p. 64-65).

O sucesso do referido projeto fez com que fosse implementado um plano piloto, em abril de 2012, junto ao Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na capital do estado, voltado para adolescentes infratores, contando com apoio do Ministério Público, Secretaria de Segurança Pública, universidades e serviços das redes públicas e privadas. As práticas restaurativas podem ser instituídas de forma extrajudicial (ou pré-processual) ou judicial. Nesta, fica a critério do juiz e do membro do Ministério Público encaminhar o processo à Câmara de Justiça Restaurativa. Já na pré-processual, o caso é recebido por estagiários de Psicologia, capacitados para mediação de conflitos com adolescentes. O processo, que é confidencial, passará por uma fase de pré-mediação, nos mesmos moldes daquela implementada em Joinville/SC. Em seguida, haverá uma primeira audiência com o adolescente e seus responsáveis, para aferir seu nível de reparar o dano, responsabilidade, capacidade, envolvimento com a família e comunidade, informando, outrossim, as regras básicas de mediação. Nas demais sessões, investigar-se-á as necessidades do jovem, como tentativa de sua revalorização e reconhecimento, por intermédio de diálogo – é nesta fase que poderá ser acionado um representante da Vara da Infância e Juventude, para orientar o adolescente sobre o ato cometido e suas consequências. A depender

do resultado, várias sessões de mediação poderão ocorrer, com uma hora e meia de duração mínima (SANTA CATARINA, 2012, p. 05).

Caso haja consentimento, poderá ocorrer mediação do adolescente com a vítima – e esta também será informada sobre os propósitos, regras e princípios da justiça restaurativa. Eventual acordo será homologado pelo juiz, que pode envolver desde simples pedido de desculpas a reparação do dano ou participação voluntária em programas educacionais ou tratamento, conforme o caso. Caso o ofendido não compareça, trabalha-se com o adolescente atividades positivas, como acordo com juiz ou envio de carta à vítima comprometendo-se a não cometer o ato novamente e pedindo perdão pelo ocorrido (SANTA CATARINA, 2012, p. 05).

Em Brasília, por sua vez, a mediação penal, em sua forma direta, funciona nos juizados especiais criminais, excluídos os casos de violência doméstica. É um projeto-piloto que pretende avaliar a percepção deste modelo de justiça pelos usuários e pelos operadores do sistema de justiça formal. Os responsáveis pela iniciativa dividiram-se em dois grupos: o grupo gestor e o grupo técnico. Este grupo é composto por uma supervisora, uma coordenadora de capacitação dos mediadores, uma coordenadora executiva e vinte e dois facilitadores e um estagiário. O primeiro é composto por dois juízes, três promotores de justiça e um defensor público, e também da supervisora, das duas coordenadoras e de um facilitador. (ACHUTTI, 2015, p. 231-232)

A seleção dos casos será feita quando for possível for possível “identificar ‘conflitos subjacentes a conflitos penais’, passíveis de solução pela via restaurativa”. Por conflitos subjacentes, entende-se que são aqueles que “[...] envolve vínculo ou relacionamento [entre as partes] que se projete para o futuro e cuja situação envolva um conflito permanente”. Não existindo vínculo entre as partes, os casos poderão ser remetidos à mediação penal se verificada a necessidade de reparação emocional ou patrimonial. Mas, em nenhum caso, será possível abarcar crimes envolvendo drogas ou violência doméstica (ACHUTTI, 2015, p. 232).

Realizado o acordo durante a sessão, os facilitadores elaboram um relatório e enviam ao juizado, para que o juiz e o promotor de justiça analisem se está em conformidade com a lei. Caso positivo, o juiz homologa e encerra o caso; se discordar, retomará o processo perante o juizado (ACHUTTI, 2015, p. 232)

Atento a todas essas experiências exitosas, o Conselho Nacional de Justiça (2016c) elencou como uma de suas metas, para o ano de 2016, a implementação, pela justiça estadual,

de equipe capacitada para aplicar práticas restaurativas. Em 05 de abril de 2017, foi editado a análise da meta 8, sobre a justiça restaurativa, e sua aplicação nos tribunais estaduais⁸⁸.

O maior cumprimento das metas se deu na região Centro-Oeste, contando com 100% das metas cumpridas pelos estados de Goiás e Mato Grosso do Sul, e pelo Distrito Federal, ao passo que Mato Grosso cumpriu 85,71% (descumprindo apenas o item 6). No Mato Grosso do Sul, inclusive, a aplicação da Justiça Restaurativa na justiça juvenil situada na capital completou seis anos de sua implementação (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2016b). Em Goiás (2017) e Mato Grosso (2015), a aplicação ainda é direcionada aos casos de delinquência juvenil.

O Sudeste constou com a segunda maior adesão, sendo cumprida a meta integralmente por São Paulo, Minas Gerais e Espírito Santo, e preenchido 71,43% dos requisitos pelo Rio de Janeiro, em razão da falta de treinamento adequado aos mediadores. Em 2017, inclusive, o Espírito Santo emitiu a Resolução nº 11, para estimular as práticas restaurativas, no âmbito da justiça juvenil, em razão dos exitosos resultados obtidos no Estado.

Na região Sul obtiveram cumprimento integral das metas Paraná e Rio Grande do Sul. Santa Catarina ficou com 71,43% das metas cumpridas, por não ter sido formalmente instituída e não contar com atendimento para pessoas indiretamente atingidas. No Rio Grande do Sul há o programa “Justiça Restaurativa para o século XXI”, que busca ir além da justiça juvenil e alcançar os juizados especiais criminais, casos de violência doméstica e execução penal, bem como junto ao Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania do Rio Grande do Sul – CEJUSC.

A região Norte apresentou grande adesão, tendo Acre, Amapá, Pará, Tocantins e Roraima cumprido 100% dos requisitos exigidos; Amazonas ainda apresenta alguns pontos a serem implementados (regulamentação formal e capacitação dos mediadores); e, infelizmente, Rondônia não cumpriu nenhum dos requisitos solicitados pelo CNJ.

⁸⁸ As práticas implementadas foram analisadas com base nos seguintes critérios:

- 1) O Tribunal instituiu formalmente programa para a realização de procedimento de Justiça Restaurativa?
- 2) O tribunal destinou espaço físico adequado para o atendimento restaurativo, diretamente ou por meio de parcerias, de forma adequada e segura para receber a vítima, o ofensor e as suas comunidades de referência, além de representantes da sociedade?
- 3) O Tribunal disponibiliza, direta ou indiretamente, as condições materiais para a realização do procedimento de Justiça Restaurativa?
- 4) O Tribunal disponibiliza recursos humanos para a realização do procedimento de Justiça Restaurativa?
- 5) O Tribunal disponibiliza ações de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento em Justiça Restaurativa, para desenvolver as competências profissionais requeridas no procedimento de Justiça Restaurativa?
- 6) O procedimento de Justiça Restaurativa promove encontros entre as partes (vítima e agressor), de modo a incentivar a reparação do dano e o resgate das relações sociais e afetivas?
- 7) O procedimento de Justiça Restaurativa do Tribunal oferece atendimento para as pessoas indiretamente atingidas (familiares das vítimas, familiares dos ofensores e comunidades, etc)?

O Tocantins (2016) ainda tem tentado aplicação da Justiça Restaurativa até mesmo junto à 2ª Vara Criminal e Execuções Penais. Isto ocorreu, inclusive, dentro de um processo em que os infratores estavam envolvidos na prática de roubo majorado pelo emprego de arma de fogo. Na hipótese, um dos envolvidos cumpriu integralmente o acordo, o que ensejou a revogação de sua preventiva; o outro, mesmo após dois meses do círculo restaurativo, não cumpriu o acordado e teve sua prisão preventiva novamente decretada. Aos adolescentes, por sua vez, a aplicação de práticas restaurativas durante a execução de medidas socioeducativas, no Tocantins (2017), tem se mostrado eficaz e serve como forma antecipada de progressão de regime.

O Pará (2017), por intermédio da portaria nº 563/2017-GP, implementou a Justiça Restaurativa na Vara da Infância e Juventude, que será aplicada por intermédio dos círculos de paz – e até o momento, casos submetidos ao procedimento mostram satisfação dos envolvidos pois “oportuniza a escuta mútua em um ambiente seguro, onde diminui a sensação de medo e perseguição por parte do ofensor, que tem a oportunidade de pedir desculpas” Em benefício ao adolescente, vislumbram-se “novas possibilidades de inserção social, muitas vezes com o retorno à escola e cursos extracurriculares ou profissionalizantes e tratamento contra uso de drogas”.

O Nordeste, por fim, apresentou, no geral, a adesão mais baixa do país. Apesar do cumprimento de 100% pelos estados da Bahia, Pernambuco, Rio Grande do Norte e Sergipe; Piauí e Alagoas zeraram no índice e Maranhão atingiu apenas 14, 29%, por ter apenas ofertado cursos de capacitação. Paraíba fez 42,86% da meta, por não ter instituído formalmente o programa, nem destinado espaço físico ou capacitação para os mediadores, bem como pela falta de atendimento aos indiretamente atingidos pelo evento. Já o Ceará cumpriu com 57,14% da meta, pela falta de sua constituição formal e disponibilização de recursos humanos e amparo aos indiretamente atingidos.

A Bahia (2016), inclusive, elaborou uma cartilha para divulgação e conscientização da Justiça Restaurativa, como forma de incentivar sua prática no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. O Rio Grande do Norte (2016), Ceará e Sergipe têm sua atuação voltada para a justiça juvenil.

No âmbito do legislativo, há o projeto de lei nº 7.066, de 2006, proposto pela Comissão de Legislação Participativa em 10 de maio de 2006, para facultar o uso da justiça restaurativa na seara penal. Já foi arquivado em três ocasiões (31/01/2007, 31/01/2011 e 31/01/2015), mas

teve seu desarquivamento determinado em 19 de março de 2015, tendo sido apensado ao Projeto de Lei nº 8.045/2010 (Projeto de Código de Processo Penal), aguardando parecer desde 18 de março de 2016.

O referido projeto prevê a inclusão de o cumprimento do acordo restaurativo ser uma causa de extinção da punibilidade, além de autorizar que a autoridade policial possa sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento do caso às vias restaurativas e prever a possibilidade de suspensão do processo penal, quando se constatar a possibilidade de aplicar a justiça restaurativa.

A maior modificação realizada pelo projeto está, ainda, na inclusão de um capítulo VIII ao atual Código de Processo Penal, versando apenas sobre o processo restaurativo. Entretanto, Daniel Achutti (2015, p. 236-237) realiza algumas críticas aos artigos. O artigo 556 condiciona o envio do caso à personalidade e os antecedentes do autor e às consequências e circunstâncias do crime. Todavia, há uma remissão a “conceitos demasiadamente vagos, e que abrem enorme porta para decisões não amparadas em critérios objetivos ou de fácil verificação, ou até mesmo para decisões arbitrárias de denegação de eventuais pedidos de encaminhamento de casos”, e também pode, se mal aplicado, reforçar as mazelas e potencializar aplicação seletiva do direito penal.

Além disso, o parágrafo único do art. 563 facultaria ao juiz a possibilidade de não homologar o acordo se entender que o princípio da razoabilidade ou proporcionalidade não foram observados ou se o acordo não atender às necessidades dos envolvidos. Isto, num primeiro momento, fere o princípio da confidencialidade das práticas restaurativas, pois o juiz deveria ter acesso apenas a um informativo objetivo com as obrigações de cada parte e se o acordo foi cumprido. Teme-se, além disso, que essa centralidade em torno do Judiciário, além de não ser desejada dentro de processos restaurativos, pode facilitar na colonização estrutural e linguística da justiça restaurativa pelo direito penal (ACHUTTI, 2015, p. 237-238).

3.2.3.1 Justiça restaurativa e a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95)

Muitos defensores da justiça restaurativa apontam o fracasso da Lei dos Juizados Especiais e sua incompatibilidade para efetivação de práticas reconstrutivas. Apesar de apresentar como objetivos a busca da conciliação entre as partes, a realidade é bem diferente, pois busca-se a celeridade processual acima de tudo, bem como propostas de transação penal

em casos que não deveriam estar submetidos ao controle penal, seja pela insuficiência de provas, seja por ser um crime insignificante (crimes de bagatela).

Isso expande as redes do sistema penal, o fenômeno *net-widening* e o *thinning the mesh*, produzindo censura em excesso e enfraquece as áreas realmente merecedoras de censura. Por mais paradoxal que seja, este efeito aconteceu muito quando da implantação das medidas alternativas à pena de prisão: movimentos ideológicos intentavam aplicar formas diversas para punir, como forma de limitar a intervenção do Estado, porém o efeito foi o oposto: em vez de reduzir o controle, ele foi expandido. Como afirma Stanley Cohen (1979, p. 347-349), as “‘alternativas’ não se tornam alternativas, mas novos programas que complementam o sistema existente [thinning the mesh] ou então o expandem atraindo novas populações [net-widening]”, passando a incluir aquelas pessoas que não seriam processadas ou condenadas, seja pela pequenez de seu ato, como em crimes de bagatela, seja pela falta de provas robustas da autoria ou materialidade do crime, justamente por ser uma forma de punição mais branda. Esta afirmação é corroborada pela pesquisa apresentada por Cohen que aponta um levantamento realizado na Califórnia concluiu que 51% dos processados realmente teriam sido penalizados e, realmente, o sistema de penas alternativas para eles foi melhor; porém, os outros 49% não teriam recebido nenhuma pena, caso não houvesse as alternativas à prisão.

Entretanto, tais críticos realizam sua análise a partir da experiência que se teve com os juizados especiais, e temem, com razão, que este efeito possa acontecer também com a justiça restaurativa. No entanto, como alerta Leonardo Sica (2007, p. 150), a expansão da rede é “efeito colateral da sobreposição de duas lógicas distintas e incompatíveis (punitiva e consensual)”, o que não pode ser aplicado à mediação ou justiça restaurativa, tal como proposto aqui, pois o que se propõe são modelos alternativos, em dois espaços distintos, uma nova porta de entrada – e não uma nova forma de aplicar pena ou atingir os efeitos preventivos dentro da pena privativa de liberdade, intentando legitimar o sistema penal atual.

Isto porque, como assevera Daniel Achutti (2015, p. 153), a rotina da justiça tradicional colonizou este sistema e, muitas vezes, sem a presença do Ministério Público e com as partes desprovidas de assistência jurídica, além do descumprimento do procedimento previsto para a audiência preliminar. Some-se isso o fato de não ter reduzido a carga de trabalho das varas criminais, pois muitos promotores de justiça não observam a presença dos requisitos mínimos para oferecimento da denúncia, antes de propor a transação e se utilizam dela como forma de imposição de pena. Por parte das vítimas, há uma insatisfação muito grande em relação aos juizados, pois se encontram excluídas do processo e quase não há incentivo para o

diálogo das partes buscando a reparação dos danos oriundos do delito. Além disso, os juízes têm pouca ou nenhuma preparação ou disposição para estimular o diálogo entre os envolvidos o que dificulta qualquer oportunidade de acordo na audiência e, por via reflexa, prevalece uma justiça penal adversarial.

Deve-se, então, não pensar em reutilizar o sistema dos juizados para aplicação da justiça restaurativa, pois ele se encontra colonizado pelas práticas de justiça formal penal. A mediação e demais práticas restaurativas deverão ser disciplinadas, então, e aplicadas de forma e espaço diversos, para evitar sua contaminação com o modelo vigente.

3.3 Críticas e obstáculos à implantação da justiça restaurativa

A justiça restaurativa, enquanto um modelo proposto para superação do atual paradigma punitivo, não está imune a críticas, notadamente dos defensores do retribucionismo. Ademais, reconhece-se pontos polêmicos e obstáculos a serem superados para sua implementação efetiva e, nesse momento, pretende-se apontar quais os caminhos e soluções factíveis.

3.3.1 A vergonha reintegradora (*reintegrative shaming*)

John Braithwaite (2001, p. 39), em sua obra “Crime, shame and reintegration” defendia o conceito da vergonha reintegradora como forma de sancionar um indivíduo e reduzir os conflitos sociais (ainda que não seja um objetivo da justiça restaurativa, a vergonha reintegradora seria capaz de prevenir novos crimes, pelo condenado envergonhado por sua conduta. Ela pode ser definida como “todo processo social de expressão de desaprovação que tenha intenção ou efeito de invocar remorso na pessoa por parte daqueles que tomaram conhecimento do fato”.

Axel Honneth (2009, p.224), dissertando sobre o conceito de vergonha, entende que ela estaria atrelada a um rebaixamento do valor que o sujeito atribui a si mesmo, envergonhado pelo rechaço de sua ação. Em uma análise psicanalítica, isso não atingiria o superego, seria apenas uma experiência vivenciada na presença de sujeitos com os quais ele mantém interação por ter infringido uma norma moral e o impede de continuar a agir daquela forma. São nessas reações de vergonha que pode emergir uma luta por reconhecimento, pois a tensão afetiva que

esse sofrimento “ [...] força o indivíduo a entrar só pode ser dissolvida por ele na medida em que reencontra a possibilidade da ação ativa”.

É nesse contexto que se seria possível falar da inclusão da vergonha reintegrado na mediação entre autor e vítima, junto com seus familiares e a comunidade, de modo a auxiliar o ofensor a dimensionar as consequências de seu ato e sinta vergonha pelo que fez.

Entretanto, este conceito deve ser visto com muito cuidado, pois ele pode ser uma proposição que, apesar de revestido de boas intenções, ele pode ser interpretado pelos ofensores como algo estigmatizante. Assim, é preciso que este conceito seja sensível às peculiaridades culturais de cada comunidade, notadamente de quando a vergonha é indicada e quando não será. Inclusive, John Braithwaite, revendo sua teoria, reconheceu que, em contextos que são altamente vergonhosos, esta vergonha reintegradora adicional é desnecessária e pode ser interpretada, sim, como estigmatizante. Por isso, parte da literatura defende que o conceito mais adequado seja falar em remorso, em vez de vergonha, por ser direcionado ao próprio sujeito, mas sem estimular nenhum sentimento auto-negativo (HARRIS; MARUNA, 2008, p. 457).

3.3.2 Justiça restaurativa em caso de crimes sexuais

Um ponto de grande controvérsia para aplicação da justiça restaurativa em crimes sexuais. Alguns argumentam que o contato entre autor e vítima poderia ser muito traumático para esta, que reviverá o evento e será revitimizada no curso do processo restaurativo. Outra parcela defende a aplicação, afirmando que esta via alternativa só será utilizada caso a vítima manifeste concordância, ou seja, ela prefere este meio para resolução de conflitos; além disso, ela passará por pré-encontros para prepará-la para a sessão.

Bárbara Fachinelli Nishi de Souza (2016, p. 16; 49) aponta que, antes de qualquer resposta, o sistema patriarcal ao qual a vítima está submetida, por si só, já exerce uma violência contra ela, ainda que simbólica, pois muitas vezes a condena e culpabiliza pelo estupro. Além disso, o sistema penal atual é ineficaz para evitar novos delitos sexuais, pois só sabe se comunicar por intermédio da pena privativa de liberdade, pois as agressões não ocorrem somente para a satisfação da libido, mas “exteriorizam manifestações de poder e de dominação, principalmente do homem em relação à mulher”.

Este apontamento é salutar para esta pesquisa, tendo em vista que denuncia o machismo presente nas estruturas sociais que impede a mulher de viver, sua vida não é

desenvolvida e por isso é preciso apontar caminhos a se percorrer para construir um sistema que possibilite a inclusão de todas elas, enquanto um Outro, compreendido em sua alteridade.

É nesse ponto que se deve perquirir exatamente quais as causas deste tipo de violência e como criar mecanismos, programas e instituições factíveis para o erradicar o sistema patriarcal que subjuga a mulher e a vê enquanto um mero objeto para satisfação da lascívia. O resgate da autonomia das vítimas é imprescindível, por intermédio de um sistema de justiça que permita que elas falem, quando elas mesmas julgarem necessário, demonstrando que elas são um ser humano também dotado de voz e que tem autonomia para se autodeterminar, sem que isso também implique na perda ou restrição de direitos do infrator.

A possibilidade de se aplicar a justiça restaurativa nesses casos também pode ser aferida por se perceber que, em 70% dos casos o ofensor conhecia a vítima. Além disso, dos 12.087 casos notificados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação (SINAM), do Ministério da Saúde, mais de 65% dos casos ocorreram dentro da residência da vítima ou do agressor, por terem algum vínculo. Logo, por conhecerem seu algoz é que muitas vítimas deixam de comunicar o fato ou representar contra ele, pois ou não desejam sua prisão ou são coagidas pelos familiares a não darem continuidade ao processo, por inúmeros fatores. A prisão somente seria um paliativo para o problema e, ainda que o agressor seja condenado, em um momento ele será liberto e, dependendo da proximidade que tinham (como algum grau de parentesco), terão de voltar a conviver. Quando o caso chega a autoridade policial, a vítima, muitas vezes, só quer que a polícia interfira para cessar a violência, intimidando o ofensor, mas ela não quer ou não pode se separar de seu ofensor, apenas quer que ele deixe de ser violento (SOUZA, 2016, p. 19-21)

Logo, as estruturas construídas sob o atual paradigma retributivo podem se mostrar incapazes de satisfazer as necessidades dessa vítima, que provavelmente tornará a procurar ajuda e continuará em um ciclo de violência – e talvez graves, em razão da raiva que o ofensor pode sentir da vítima, por relatar o abuso, ou pelo processo de aculturação sofrido dentro da prisão (capítulo 1.2.2) – e em nada auxiliará na relação entre aquelas pessoas e não demonstra, ao ofensor, os reais problemas daquela violência, que está em na estrutura patriarcal de dominação do masculino sobre o feminino.

Os defensores de sua aplicação apontam duas principais formas de aplicação da justiça restaurativa nesses casos: uma seria o tratamento diversificado, como uma alternativa ao sistema de justiça penal, para tratamento dos ofensores; o outro seria sua aplicação após o

cumprimento da pena, sendo uma nova forma de punição (ou ressocialização), não uma alternativa – inclusive sendo esta última via a mais defendida (MCALINDEN, 2008, p. 305-306).

Entretanto, em que pese tais argumentos, a aplicação das práticas restaurativas após o cumprimento da pena teria pouca eficácia por três grandes motivos já expostos nesse trabalho: o lapso temporal entre o fato e o processo restaurativo, o que dificultaria a compreensão das consequências do crime; além disso, tem-se como fator negativo e obstrutor o fenômeno da aculturação, ou prisionização, que os detentos são submetidos dentro do cárcere, sujeito a tantas sevícias e violências que a possibilidade de se colocar no lugar do outro e compreender suas dores e sofrimentos será mais difícil; e, por derradeiro, esta prática poderia ser classificada, dependendo do modo de sua implementação, em um *bis in idem*, pois o condenado estaria passando duas vezes por mecanismos de justiça em decorrência de um mesmo fato.

É preciso, então, não só dar voz à vítima no processo, sempre que ela mesma entender necessário, ou auxiliá-la psicologicamente: é preciso pensar em uma transformação social maior, que modifique como as relações de gênero são estabelecidas na sociedade, para que só aí, então, haja uma modificação e reconhecimento da mulher enquanto um Outro, que era oprimido pela totalidade, mas deverá se transformar em um ser-vivente.

As relações de gênero e dominatórias que permeiam a sociedade não são levadas em consideração para o atual sistema – o que o torna ineficaz para prevenção de novos delitos, seja por não reeducar o infrator, já que não compreende a ilicitude de sua conduta e, provavelmente, sofrerá abusos dentro da prisão e passará por um processo de aculturação do valores daquele meio – e poderá voltar pior; seja porque as estruturas patriarcais devam ser reformuladas para que a mulher deixe de ser algo ou alguém dominado e que tem sua existência condicionada à satisfação da lascívia do homem.

Nesse sentido é que Souza (2016, p. 17) propõe como resposta mediata para uma macrotransformação seja a educação de gênero, como forma de desarmar este poder patriarcal, “onde ainda prepondera uma visão androcêntrica de mundo e de desigualdade dos sexos”. Todas as estratégias, inclusive a mediação, podem ser realizadas, inclusive, por intermédio da sociedade civil, para atendimento das vítimas e agressores envolvidos em casos de violência doméstica e sexual.

Um exemplo disso é a Associação Fênix, organização não-governamental, que atende famílias portadoras de HIV ou com problemas de violência familiar ou sexual, bem como com

a mediação penal e orientação jurídica e atua por intermédio de coletivos. Os encaminhamentos são realizados pelos municípios do Paraná, notadamente da região metropolitana, e de alguns outros estados, além das demandas que se originam espontaneamente pelas vítimas. Além disso, o espaço da ONG é bem diferente daqueles encontrados em prédios de fóruns: parece-se uma casa comum, para deixar os envolvidos mais familiarizados com o ambiente e menos apreensivos.

O procedimento de atuação é assim sintetizado por Souza (2016, p. 48)

O primeiro atendimento ocorre com assistentes sociais e, após a entrevista com todos os membros da família envolvidos no conflito, é feita uma proposta de tratamento aos mesmos. Em relação ao agressor, este tem à disposição atendimento psicológico individual [depende de seu consentimento] cujo objetivo é, através do diálogo e de reflexões, entender os impactos de seu ato na vida da vítima e de outros familiares, bem como as motivações que o levaram a reagir de maneira extremada e violenta a fim de evitar a prática de uma nova agressão.

Esta abordagem propicia ao ofensor conhecer as dimensões do seu ato e compreender a mulher e as crianças não como sua propriedade ou objetos para satisfazer sua libido, são sujeitos autônomos e livres, que merecem viver e ter sua alteridade respeitada. Para tanto, oferece cursos na área psicossocial (sobre sexualidade, abuso sexual, violência de gênero etc.), com pelo menos 20 horas de duração. Com isso, estimula-se empatia pela vítima e, muitas vezes, sentirá culpa ou remorso pelo ato praticado, modificando seu comportamento. Além disso, também ampara a vítima fornecendo, além de cursos na área psicossocial, cursos profissionalizantes, para, caso decida viver longe do agressor, consiga ser independente financeiramente e se inserir no mercado de trabalho.

Assim, para combater este tipo de violência é preciso mudar as lentes que se olha para o problema: é preciso olhar fora para além do que o paradigma retributivo nos proporciona e ver na mediação, sim, formas de pacificação social, aliadas a práticas que promovam a vida das vítimas do sistema machista, por intermédio da educação de gênero e auxílio psicossocial às vítimas, para que também possam compreender que, em eventuais casos, precisaram romper os grilhões de um relacionamento abusivo e ter suporte para seguir a diante.

3.3.3 O princípio da legalidade: é possível a conciliação?

Os defensores da justiça restaurativa possuem grande resistência por parte dos defensores do garantismo penal, pois acreditam que esta prática violaria os direitos e garantias fundamentais dos acusados, sendo um dos maiores problemas a violação do princípio da legalidade, pois acabariam informalizando o sistema penal.

Jesus Maria Silva-Sánchez (1992) defende que a redução de reações violentas ao crime, tanto do Estado, quanto pela sociedade, só poderá ocorrer se partir de sólidas bases garantistas – caso contrário, tenderia ao aparecimento imediato de sistemas informais de controle (dentre os quais, frise-se, não está incluída a justiça restaurativa, para Luigi Ferrajoli⁸⁹), que seriam muito piores que o próprio direito penal. Esta corrente entende, então que, não existindo o direito penal, tal como está formulado hoje, surgiriam novas formas de controle dos delitos e que, por não serem necessariamente institucionalizadas, seriam ainda mais danosas ou violentas.

Em resposta a tais argumentos, Leonardo Sica (2007) aponta que este pensamento acredita na premissa – falsa e não demonstrada – de que há uma *necessidade psicossocial de castigo*, quando, em verdade, a evolução do direito penal demonstra que há, em verdade, “um hábito de punir que tomou conta da noção “moderna” de justiça. Esse hábito, não é uma necessidade psicossocial, mas uma necessidade político-institucional” com intuito de manter o isolamento de determinadas pessoas e criando inimigos sociais, atuando, então, o direito penal com uma função diversiva: esconde “os problemas reais e mais graves, através da supervalorização e dramatização de alguns problemas selecionados”. Silva-Sánchez, ao defender a atuação da justiça punitiva como forma exclusiva de controle da violência, esquece-se que o modelo atual fracassou na prevenção do delito (vide capítulo 1.2) e, em verdade, apenas contribui para a reprodução de práticas violentas.

A verdade, denuncia Leonardo Sica, é que a doutrina garantista “é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta, alimentando o ‘desejo psicossocial do castigo’ e a necessidade de sempre punir com pena de prisão ou suas penas alternativas, sem outra saída”, cerrando as possibilidades para práticas alternativas e pacíficas para solução de conflitos.

⁸⁹ “Os sistemas de controle antigarantistas seriam: (a) social-selvagem, expresso nos ordenamentos arcaicos, baseados na lei do mais forte, na vingança de sangue, duelo, etc; (b) estatal-selvagem, expresso nos ordenamentos despóticos antigos e nos modernos autoritários, onde a pena é imposta de acordo com os interesses de quem a comina; (c) social-disciplinar, próprio das comunidades moralistas ou ideologizadas, que submetem o indivíduo a forte autocensura, pressões coletivas, policiamento e linchamento moral, demonização pública, etc.; (d) estatal-disciplinar, produto tipicamente moderno, caracterizado pelo desenvolvimento de funções preventivas de polícia e segurança pública” (SICA, 2007, p. 124).

Aury Lopes Júnior (2002) afirma, entretanto, que estas formas alternativas de resolução de conflito ferem o direito ao processo, justo e de qualidade, criticando a busca por uma justiça penal rápida e utilitária. Leonardo Sica (2007, p. 126-127) aponta que estas críticas são parcialmente procedentes: se tomada como base o modelo implementado (e fracassado) pela Lei nº 9.099/95, ou o *plea bargaining* do direito anglo-saxão, as críticas estão corretas, pois a celeridade processual é o foco destes institutos. Entretanto, a justiça restaurativa e a mediação não têm uma justiça célere como objetivo de sua proposta – até porque envolve etapas de preparação das partes para a(s) sessão(ões), e tanto os atos preparatórios quanto a fase de diálogo podem demandar horas e até mais de um encontro. Até por isso, recomenda-se que os núcleos de aplicação de mediação, por exemplo, sejam aplicados em ambientes fora dos tribunais, como forma de evitar a colonização de procedimentos ou sai visão como “alívio” para a hipertrofia do judiciário – o que redundaria em seu fracasso.

Ademais, o direito ao processo não restaria violado, pois as partes podem se recusar a via restaurativa, lançando mão do processo penal – até porque é um *direito* ao processo, não uma obrigação: e a mediação traria formas alternativas, para que se possa escolher se a parte deseja escolher a via processual ou a via restaurativa. A verdade, como afirma Leonardo Sica (2007, p. 131), é que o como “o garantismo é um sistema fechado (em tese, ao arbítrio), pode ensejar uma leitura que acaba por torná-lo, ao invés de um avanço, [...] uma barreira epistemológica ao enfrentamento e conhecimento da questão criminal em toda sua complexidade”. A justiça e qualidade do processo, que os garantistas pretendem tutelar são, em verdade, qualidades quiméricas ao processo penal, que podem ter acepções variadas (e subjetivas), o que impede a contenção da violência e seletividade do sistema.

A construção aberta e plural do sistema restaurativo não significa que ele funcione ao arrepio da lei e das garantias constitucionais: a lei será o ponto de referência para estimular o diálogo entre perspectivas muitas vezes diversas de compreensão do mundo – e até mesmo da norma. Em contraposição, o sistema penal atual, a despeito de apresentar inúmeras garantias, sabe-se que, contra a população mais vulnerável, apresenta uma função meramente simbólica e insuficiente para conter a violência estrutural (SICA, 2001, p. 125).

Como adverte Saliba (2007, p. 159), a despeito de ser impossível a construção de um procedimento ideal para todo o Brasil dada sua extensão continental e multiculturalidade que devem ser levados em consideração para sua aplicação, a presença dos valores e princípios comuns, apresentados no item 3.3.1, são inafastáveis, além do fato de que a justiça restaurativa apresenta um limite, que “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” e o Judiciário servirá como um fiscalizador de eventuais violações. Andrew von Hirsch, Andrew Ashworth e Clifford Shearing (2003) apontam que a justiça restaurativa, pela sua informalidade, traria três principais problemas: (1) vários objetivos vagamente formulados e sem prioridades especificadas entre eles; (2) mecanismos não especificados; e (3) pouco ou nenhum critério, pois as decisões tendem a ser discricionárias.

Em resposta, Andrew Moss (2010, p. 16) assevera que a prevenção, censura, reforma e composição dos danos não conflitam entre si, dentro do processo restaurativo. Através do diálogo, as partes podem mensurar as consequências do delito, arrepender-se do ato e buscar não mais fazê-lo, bem como ressarcir a vítima pelos danos sofridos. Além disso, a justiça restaurativa tem como maior objetivo a construção de uma sociedade justa com práticas pacíficas para solução de conflitos, atendendo aos interesses das vítimas, como forma de arrefecimento da violência sistêmica existente, mas a cultura de paz, por si só, traria outros efeitos reflexos, como a prevenção do delito – até porque a forma de comunicação da ilicitude do ato é muito mais eficaz através do processo comunicativo realizado pela justiça restaurativa àquele pela norma penal.

A não-determinação de um processo único a ser adotado serve para atender a pluralidade da sociedade, que poderão, dentre os vários modelos existentes, escolher aquele que melhor se adapte e atenda aos anseios daquela comunidade. Aliás, como forma de responder a segunda e terceira indagação é que os modelos mais recomendados de justiça restaurativa tendem a possuir a figura de um facilitador ou mediador, capacitado para intermediar o conflito, que preparará as partes para o diálogo e participará da sessão, como forma de evitar a dominação de uma parte sobre a outra ou a imposição de decisões discricionárias, bem como violação de direitos – inclusive, as partes podem desistir de celebrar o acordo, caso sintam-se injustiçadas ou se suas garantias forem transgredidas.

Além disso, como se defende aqui a alternatividade entre os sistemas restaurativos e a justiça formal, ter-se-á as sanções estabelecidas pela lei penal como parâmetros máximos de censura, facultando-se, também, a participação de advogados durante o encontro e, posteriormente, a remessa do acordo, de forma objetiva, ao juiz, para que verifique o respeito às garantias e às penas previstas ao delito na lei e posterior homologação.

Como ressalta Leonardo Sica (2007, p. 179), “se a reserva legal é uma proteção do cidadão contra o arbítrio [estatal], pode admitir-se sua flexibilização para evitar a ação

desnecessária do poder punitivo sobre o indivíduo”, pois a justiça restaurativa pode admitir delito sem pena, desde que atinja seus objetivos precípuos, ou seja, restringe e reduz os níveis de punição, o que é mais benéfico ao réu. Entretanto, muitas visões ainda estão condicionadas ao paradigma punitivo que vê o princípio da legalidade de uma forma invertida e ser justo não é mais uma relação com o sujeito, mas somente com o cumprimento do mandamento legal, por vezes destacado da realidade, e que aplica uma sanção aflitiva e, quase sempre, severa. O que era para proteger, então, acaba vulnerando o sujeito, dentro de uma racionalidade fechada que se preocupa apenas com como e quanto punir, tirando de cena a principal questão “quando não punir”.

O princípio da legalidade, no paradigma restaurativo, deveria ser assim visualizado: (1) demarcar o tipo penal a ser interpretado dentro da atividade comunicativa; (2) delimitar a reação penal e dos termos dos acordos. A lei, então, trará o tipo penal com termos claros e tipos mais fechados, bem como os limites para as sanções, que serão informados às partes antes e durante as sessões. Com isso, preserva-se, de forma simples e efetiva, o princípio da legalidade de forma compatível com o Estado Democrático de Direito e naquilo que realmente importa aos cidadãos. Além disso, abre as portas para participação da comunidade, em conformidade os anseios de nossa Constituição, notadamente em seu artigo 1º, parágrafo único (SICA, 2007).

3.3.4 Reincidência

A despeito de não ser o objetivo principal da justiça restaurativa a redução da reincidência penal, ela pode ser uma das consequências esperadas de um encontro restaurativo, em que há uma comunicação eficaz ao ofensor e à sua comunidade sobre as expectativas criadas pela comunidade em torno da norma e as consequências de sua violação.

Realizando um estudo sobre as taxas de reincidência em programas restaurativos, Paula Smith, Claire Goggin e Paul Gendreau (2002) apontaram que maior tempo de encarceramento não implicará em redução da reincidência: pelo contrário, houve um incremento das taxas. As práticas intermediárias, como monitoração eletrônica, por sua vez, não tiveram nenhum impacto.

A partir desse estudo, inclusive, é possível inferir que o paradigma punitivo sempre aponta o incremento na pena como forma de tutelar de forma mais severa, mas essa atitude é comprovadamente ineficaz, tendo em vista que mais tempo de prisão não funciona, muito pelo contrário, agrava ainda mais a situação da violência. Em decorrência disso, inclusive, existem

inúmeras propostas que visam a alterar essa realidade. O “Caderno de propostas legislativas: 16 medidas contra o encarceramento em massa”, traz algumas projetos nesse sentido, como a análise das consequências da aprovação de projetos de lei que impliquem em novos tipos penais ou incremento na pena⁹⁰; a possibilidade de o juiz, de forma fundamentada, substituir a pena privativa de liberdade, mesmo se reincidente em crime doloso ou em crimes cometidos com violência ou grave ameaça⁹¹; a possibilidade de extinção da punibilidade, em caso de arrependimento posterior⁹²; possibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal, caso presente alguma circunstância atenuante⁹³; causa de redução de pena nos crimes de roubo, quando praticado sem violência real, com objeto inidôneo para ofender a integridade física ou se a coisa for de pequeno valor⁹⁴; e a possibilidade de concessão de indulto coletivo para aqueles condenados com base na Lei nº 11.343, de 2006⁹⁵; todas com o fim de reduzir o prazo de cumprimento da pena privativa de liberdade que tem se apresentado incapaz de reduzir a reincidência.

Todavia, Bonta et. al. afirmam que o que foi capaz de, efetivamente, ter algum impacto positivo nas taxas de reincidência foi a intervenção por intermédio de programas humanos,

⁹⁰ Art.1º O inciso X do art.32 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar acrescido da seguinte alínea:

“Art. 32.

X -

m) aspectos financeiros e orçamentários públicos de quaisquer proposições que tratem da criação de novos tipos penais, aumentem a pena cominada ou tornem mais rigorosa a execução da pena, considerando a quantidade de vagas necessárias no sistema prisional.

⁹¹ Art.4º O Art.44 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade

Parágrafo único: quando o crime for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e o réu for reincidente em crime doloso, caberá ao juiz fundamentar de forma objetiva a substituição da pena (nova redação)”.

⁹² Art.2º O Art.16 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até a sentença condenatória, por ato voluntário do agente, extinguir-se-á sua punibilidade. (NR)

⁹³ Art.7º O Art.65 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena, ainda que a pena base tenha sido fixada no mínimo legal: (nova redação)

⁹⁴ Art.3º O Art.157 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, passa a vigorar acrescido dos seguintes parágrafos:

“Art. 157 – (...)

(...)

Roubo privilegiado

§ 4º Se o crime for praticado sem violência real e o meio empregado for inidôneo para ofender a integridade física da vítima, ou se o bem for de pequeno valor, o juiz reduzirá a pena de um sexto a um terço”.

⁹⁵ Art.5º O Art.44 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 44. Os crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 desta Lei são insuscetíveis de graça e anistia, quando cometidos com objetivo de lucro.

Parágrafo único. É permitida a concessão de indulto coletivo aos condenados pelos crimes referidos no caput deste artigo, nos termos de decreto presidencial.”

como terapia familiar, desenvolvimento de habilidades, auxílio aos usuários de entorpecentes: para quem recebeu este tipo de resposta, os índices de reincidência foram 12% menor do que aqueles que não passaram por estes programas. Entretanto, a interferência nos índices acaba sendo mais significativa em criminosos definidos pelos pesquisadores como de “menor risco” em relação aqueles classificados como de “maior risco” de reincidência (BONTA et. al, 2008, p. 116).

A resposta para essa diferença, apontada pelos pesquisadores, é que o criminoso de “alto risco” teria necessidades maiores para serem supridas, até por, em regra, possuir laços fracos com a sociedade. Para ele, o mais adequado seriam mais intervenções para tratamento, que não foram realizadas quando do estudo, pelo fato de que “profissionais de justiça restaurativa estão mal preparados para lidar com esses infratores. Os estudos que analisamos constataram que, quando o tratamento foi dado, o tratamento era provavelmente inadequado”. Além disso, os autores apresentam que os criminosos de alto risco, para que se obtenha resultados satisfatórios, ele deve compreender a linguagem ali envolvida e ser motivado a modificar isso, de alguma forma (BONTA et. al, 2008, p. 112; 117). Essa pesquisa reforça a ideia da justiça restaurativa enquanto uma *utopia possível*: ainda que a atual realidade agressiva e desumanizadora não tenha bons resultados na ressocialização de criminosos de alto risco, ela é possível, hoje, para aqueles considerados de “baixo risco” e, conforme o sistema se transforma e descortina inúmeras pessoas coisificadas pelo sistema, as possibilidades de alargamento da utilização da justiça restaurativa podem ser ampliadas, conforme esses sujeitos vão se tornando mais humanizados e sensíveis a dor do outro.

Deste modo, exposto, aponta-se que a justiça restaurativa tem obtido resultados satisfatórios para a solução de litígios, de modo a evitar a reincidência. Todavia, os criminosos considerados de baixo risco têm tido resultados bem elevados – e superiores àqueles que procuram a justiça forma. Em relação àqueles tidos como de alto risco, ainda que os efeitos tenham sido de pouca diferença em relação à justiça tradicional, essa ineficácia pode ser atribuída à falta de vínculos estabelecidos com a comunidade, o que poderá ser estimulado por intermédio das demais transformações (conforme capítulo 2.4), que visam fortalecer os vínculos sociais.

CONCLUSÃO

O atual cenário brasileiro aponta para uma persistência no paradigma punitivo: o direito penal é a grande baluarte para solução dos problemas sociais. Entretanto, esse paradigma vem apontando sinais de sua insuficiência para lidar com os quebra-cabeças contemporâneos e não tem apresentado respostas satisfatórias a toda a coletividade. Ainda que se pugne por incremento nas penas privativas de liberdade e criação de novos tipos penais, o medo, a insegurança e a sensação de impunidade ainda estão presentes no seio social – mesmo o Brasil sendo o quarto país com a maior população carcerária. Ainda que se invista em segurança pública, pouca (ou nenhuma) mudança acontece.

Com isso, constata-se que o atual sistema se comunica, no sistema penal, com a coletividade por intermédio da pena: ela elenca quais as condutas devem ser combatidas com mais veemência, quais os tipos mais graves e merecedores de maior reprimenda. Para sustentar esse sistema de aplicação das penas, justificam-nas com base em duas principais teorias: as retributivas e as preventivas. Aquelas, em linhas gerais, tendem a justificar a pena como uma forma de retribuição ao mal causado, tentando pagar na mesma moeda (o mal da pena para o mal do crime), sendo a aplicação da pena sendo desvinculada de qualquer outra finalidade: é o punir puro. As teorias preventivas, por sua vez, buscam evitar o cometimento de novos delitos, seja evitando o infrator volte a delinquir ressocializando-o (preventiva especial positiva), e retirando-o do convívio social por determinado tempo (preventiva especial negativa); bem como exercendo uma espécie de coação sobre a sociedade, desestimulando que os demais transgridam a mesma regra (preventiva geral negativa) e trazendo segurança jurídica de que a norma é vigente e deve ser respeitada, sob pena de sanção (preventiva geral positiva).

Entretanto, essa comunicação nem sempre atinge seus destinatários, seja por falta de conhecimento, seja pela linguagem jurídica pernóstica ou seja por falta de compreensão do que realmente é proibido, dada a realidade de cada um. Além disso, essa escolha das condutas e o *quantum* das penas não é realizada de forma neutra ou em consonância com a gravidade social do delito, pelo contrário, ela é realizada para atender os anseios de setores sociais que detém o poder político ou econômico. A partir disso, tem-se um sistema penal seletivo, que atua notadamente contra a população pobre e negra, que habitam o sistema carcerário brasileiro. Os tipos penais, em verdade, não selecionam condutas a serem recriminadas, mas pessoas que serão alvo do sistema penal e que, de fato, habitarão as prisões.

Ademais, as altas taxas de reincidência demonstram que a prisão não tem cumprido com sua função de ressocialização do condenado, pelo contrário, ela se tornou em uma escola do crime, berço de grandes organizações criminosas, como o Primeiro Comando da Capital e o Comando Vermelho, isto é, em vez de tornar os apenados pessoas mais preparadas pela vida em sociedade, a prisão o dessocializa, desumaniza e colabora com o fortalecimento da criminalidade violenta.

Nesse cenário, o negro e o pobre são, então, classificados ou como honesto ou não honesto: se é coisa útil ao sistema, vendendo sua mão de obra, ele é, de certa forma, respeitado pelo direito penal; caso contrário, será o inimigo social, que deve ser eliminado. Ao fim e ao cabo, a vida humana das comunidades periféricas quase sempre acaba sendo suprimida pela fome, realidade das favelas, ou pelo fuzil, nos confrontos armados existentes, em que morrem policiais militares, traficantes e a membros daquela comunidade, cenário dessa guerra. Ao lado disso, infelizmente, tem-se uma visão de que os direitos humanos, por sua vez, não são frutos de uma larga conquista histórica, mas como um empecilho para condenar e extirpar os “inimigos” sociais.

O sistema, então, só olha para a população marginalizada quando quer puni-los, mas esquece-se deles para consagração e efetivação de seus direitos. Não por menos que as prisões brasileiras se encontram em um estado permanente de violação de direitos humanos, o estado de coisas inconstitucional, que submetem seus *clientes* a condições desumanas e que torna quase impossível sua ressocialização. Prova disso são as constantes rebeliões que as penitenciárias brasileiras foram palco no ano de 2017, as quais operavam com uma quantidade muito superior à sua capacidade máxima, em um constante desrespeito à dignidade desses presos.

Têm-se, então, um sistema que não é capaz de reproduzir a vida de inúmeras pessoas, que foram – e são – excluídas dos debates por muito tempo. É preciso pensar, então, em um novo sistema que afirme a vida do Outro, construído democraticamente e que se mostre factível. Pensando nisso é que se propôs um sistema alicerçado em bases democráticas, que valorize o dissenso, mas que o veja por intermédio de um agonismo entre adversários (e não antagonismo entre inimigos) que legitimamente se reconhecem e possuem princípios ético-políticos de liberdade, responsabilidade e igualdade em comum. Nesse contexto surge uma teoria da democracia adequada para a filosofia da libertação, que considera as perspectivas das comunidades dos excluídos do sistema, com uma teoria da democracia que seja capaz de

conjugar os modelos deliberativos e agregativos, com igualdade de recursos, considerando as escolhas que são feitas por sujeitos concretos, cada qual com sua historicidade.

Como forma de buscar desvelar os excluídos do atual sistema é que a Ética da Libertação se apresenta como uma base possível para que se possa ouvir o Outro, que quer viver e pelo qual deve-se ser responsável. Com base nessa ética é que se deve buscar a transformação democrática do sistema, em busca de uma outra realidade factível e que seja possível afirmar a vida do maior número de sujeitos possível: a busca por uma utopia possível. A filosofia proposta por Enrique Dussel auxilia na transformação, então, do atual paradigma ao passo que parte de um atual sistema material e formalmente construído, dentro da factibilidade existente, para apontar a vida dessas pessoas, notadamente minorias, pobres e negros, que não têm suas vidas reproduzidas no atual sistema (princípio-Vida) e não participaram ou foram excluídas das deliberações e, agora, devem fazê-lo democraticamente (princípio-Democracia), para a construção de um sistema factível, uma utopia possível, em que sua vida seja respeitada, na condição de uma validade anti-hegemônica que surge das comunidades das vítimas em busca da práxis da libertação.

É neste contexto que se propõe algumas mudanças factíveis e que possibilitariam que a vida do Outro seja afirmada. Emergem aí a descriminalização de determinados tipos penais e a exigência de um novo olhar para as penas, visando uma maior proporcionalidade com a gravidade da conduta para a sociedade, desvinculando-se de outros interesses escusos e não mais utilizando-se da pena como instrumento de poder e controle social. A desmilitarização das polícias também vem ao encontro da proposta de democratização por buscar encerrar com a guerra existente nas periferias em que inúmeros membros daquela comunidade e policiais morrem – e a vida dos ditos “inimigos sociais” e dos policiais militares não é reproduzida pelo sistema. Como alternativa, propõe-se a polícia comunitária e a instituição ou fortalecimento dos conselhos de segurança pública, como forma de ouvir todos os cidadãos, notadamente aqueles que são coisificados pelo sistema atual, para que tragam suas necessidades para que, dentro de um debate democrático, sejam instituídas políticas factíveis para a afirmação da vida desses excluídos. Por fim, tem-se a redução de danos como uma filosofia de ação educativa e sanitária que busca a alteração de comportamentos danosos – para o sujeito e coletividade – com intuito de reduzir eventuais danos que possam surgir, mas sempre respeitando a autonomia e vontade do indivíduo, de forma tolerante.

Como forma de auxiliar na comunicação entre sociedade e Estado, emerge a justiça restaurativa como uma possibilidade factível de aprimorar o diálogo entre ofensor, ofendido e

comunidade com intuito de trazer maior participação da sociedade na solução de litígios, saindo de meros espectadores do processo penal para atuarem como protagonistas processuais, rompendo, assim, com o paradigma punitivo em busca de um paradigma restaurativo da pena, fazendo da justiça um novo *locus* da democracia, onde os atores sociais consigam maior visibilidade, participação e exigibilidade de suas aspirações democráticas que não tem acolhida em outras esferas públicas e resgatando a necessária dimensão comunicativa do Direito e, conseqüentemente, a própria legitimidade ética e democrática do direito penal.

A implementação da justiça restaurativa, hoje, se mostra factível se adotado o modelo denominado “alternatividade estrategicamente não-excludente”, como uma possibilidade de admissão de adoção de práticas restaurativas de forma não complementar, mas autônoma e alternativa, onde seria admissível uma convivência provisória entre procedimentos restaurativos e formas tradicionais de justiça penal como forma de transformar as representações sociais do que vem a ser censura, pena, justiça, ficando a justiça penal formal para casos em que não fossem utilizados a justiça restaurativa. Ainda que sua aplicação, no Brasil, seja incipiente e mais restrita à justiça juvenil ou crimes de pequeno potencial ofensivo, acredita-se que, conforme for se caminhando em busca dessa utopia possível de um paradigma restaurativo, novas possibilidades surgirão, ampliando a aplicação da justiça restaurativa para outras hipóteses, como em casos de crimes sexuais, desde que haja concordância da vítima.

Ainda que se possa pôr em xeque a instituição da justiça restaurativa no Brasil, dada a conjuntura histórica, política e social do Brasil – um país latino-americano, com altos índices de violência e uma população que adere e ainda defende políticas públicas de jaez retributivista – é justamente por esses motivos que a democratização do sistema penal deve ser realizada – pois, como se demonstrou, são os países que resistiram governar pelo crime que apresentam as menores taxas de criminalidade.

Ainda que muitos autores apontem a falta de respeito ao princípio da legalidade, notadamente em um processo penal rígido para a aplicação da pena como forma de evitar o aparecimento de sistemas informais de controle, como linchamentos, esse pensamento acredita numa necessidade psicossocial do castigo que, além de não demonstrada, pode estar associada ao paradigma retributivo, que será superada com o olhar restaurativo para o sistema, tentando romper com o hábito de punir existente, oriundo não de um desejo psicossocial, mas de uma necessidade político-institucional de controle de corpos indesejados para o sistema.

Além disso, muitos desses estudiosos analisam a justiça restaurativa tomando por base o fracassado sistema dos juzgados especiais, que não buscam por pacificação social, mas por celeridade processual – e é pensando nisso que se propõe sua aplicação fora dos fóruns e não por juízes, como forma de afastar qualquer interferência que possa desvirtuar sua finalidade. A construção aberta e plural do sistema restaurativo não significa que ele funcione ao arrepio da lei e das garantias constitucionais: a lei será o ponto de referência para estimular o diálogo entre perspectivas muitas vezes diversas de compreensão do mundo – e até mesmo da norma. Além disso, como se defende aqui a alternatividade entre os sistemas restaurativos e a justiça formal, ter-se-á as sanções estabelecidas pela lei penal como parâmetros máximos de censura, possibilitando, também, a participação de advogados durante o encontro e, posteriormente, a remessa do acordo, de forma objetiva, ao juiz, para que verifique o respeito às garantias e às penas previstas ao delito na lei e posterior homologação.

Ante o exposto, conclui-se que a justiça restaurativa emerge como um sistema factível de construção de um ambiente democrático dentro do direito penal, com vistas a redução da violência de sua atuação, possibilitando que os sujeitos, coisificados pelo atual sistema, possam ter suas vidas afirmadas e reproduzidas pelo sistema. O paradigma restaurativo possibilitaria a redução da violência, além de auxiliar a vítima na solução de suas necessidades – que não são ouvidas pelo atual paradigma –, o réu que será ouvido e poderá apontar a realidade em que vive e o que deve ser feito para alterá-la e, assim, evitar que mais pessoas reincidam na prática delitiva, bem como para a comunidade, que poderá participar na elaboração de estratégias para reduzir a criminalidade e também ser ouvida para efetivação de direitos que necessitem. Desse modo, entendendo a criminalidade não como um problema pontual, mas contextual, é que se pode construir uma práxis penal libertadora.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. São Paulo: Saraiva, 2015.

ADORNO, Sérgio França. **A gestão urbana do medo e da insegurança**: violência, crime e justiça penal na sociedade brasileira contemporânea. 282 p. Tese. Departamento de Sociologia, da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, 1996.

ADORNO, Theodor Ludwig Wiesengrund. A indústria cultural. Trad. Amélia Cohn. In: COHN, Gabriel (Org.). **Comunicação e indústria cultural**. 5. ed. São Paulo: T.A. Queiroz, 1987, p. 287-295.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

AGOSTINHO. **A cidade de Deus contra os pagãos**. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 1990.

ALMEIDA, Débora de Souza de. Populismo midiático. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Populismo penal midiático**: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 219-509.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013.

AMES, José Luiz. Republicanismo conflitual e agonismo democrático pluralista: um diálogo entre Maquiavel e Chantal Mouffe. **Princípios**. Natal (RN), v. 19, n. 31, Janeiro/Junho de 2012, p. 209-234 Disponível em: < <https://periodicos.ufrn.br/principios/article/view/7499>>. Acesso em: 25 jun. 2016.

ANCEL, Marc. **A nova defesa social**: um movimento de política criminal humanista. 2ª ed. Trad. Heleno Claudio Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

ANISTIA INTERNACIONAL. **Campanha Jovem Negro Vivo**. Disponível em: < <https://anistia.org.br/campanhas/jovemnegrovivo/>>. Acesso em 23 nov. 2015.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Trad. Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARGÜELLO, Katie. Do Estado social ao Estado penal: invertendo o discurso da ordem. In: **1º Congresso Paranaense de Criminologia**, Londrina/PR, 2013. Disponível em: < <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/Artigo-Katie.pdf>>. Acesso em 25 set. 2015.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 6ª ed. Trad.: Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2013.

ASHWORTH, Andrew. Sentencing. In: MAGUIRE, Mike; MORGAN, Rod; REINER, Robert (orgs.) **The Oxford Handbook of Criminology**. Oxford: Oxford University Press, 990-1017

ASHWORTH, Andrew; HIRSCH, Andrew von. Desert and three Rs. In: _____. **Principled sentencing: Reading on theory and police**. 2ª ed. Oxford: Hart Publishing, 2000. p. 331-335.

ASÚA, Luis Jiménez de. **El criminalista**. t. III. Buenos Aires: La Ley, 1943.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. **Cartilha do Núcleo de Justiça Restaurativa**. 3ª ed. Salvador, 2016. Disponível em: < http://www5.tjba.jus.br/images/cartilha_justica_restaurativa_130317.pdf >. Acesso em 14 abr. 2017.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução a Sociologia do Direito Penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Jorge. Enfrentar “novos riscos” e resgatar a cidadania perdida: práticas de Serviço Social no seio das políticas de redução de danos. **Revista Toxicodependências**, v. 17, n. 1, 2011, p. 71-84.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis**. Drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2010.

_____. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2003.

_____. **Globalização: as consequências humanas**. Tradução: Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. **Medo líquido**. Trad. Plinio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2008

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Trad. Lucia Guidicini, Alessandro Contessa. São Paulo: Martin Claret, 2005.

BEDINELLI, Talita. Cracolândia pode, mais uma vez, ficar na mira da polícia. **El país**, 07 fev. 2015. Disponível em: < https://brasil.elpais.com/brasil/2015/02/06/politica/1423190147_818382.html >. Acesso em 05 jul. 2017.

BENTHAM, Jeremy. **Teoria das penas legais e tratados dos sofismas políticos**. Trad. José Perez. São Paulo: Edições Cultura, 1943.

BENTO, Berenice; PELUCIO, Larissa. Despatologização do gênero: a politização das identidades abjetas. **Estudos feministas**, Florianópolis, nº 20 (2), maio-agosto 2012, p. 569-581.

BICUDO, Tatiana Viggiani. **Por que punir?** Teoria geral da pena. São Paulo: Saraiva, 2010.

BISTAGNINO, Paula. **Lola Aniyar de Castro, precursora de la criminología en América Latina, visitó la UNSAM**. Disponível em: <<http://cosecharoja.fnpi.org/lola-aniyar-de-castro-precursora-de-la--criminologia-en-america-latina-visito-la-unsam/>>. Acesso em: 21 jul. 2013.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral. 15. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. **Direita e esquerda:** razões e significados de uma distinção política. Trad. Marco Aurelio Nogueira. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1995.

BOLDT, Raphael. **Criminologia midiática:** do discurso punitivo à corrosão simbólica do garantismo. Curitiba: Juruá, 2013.

BONTA, James et. al. Restorative justice and recidivism: promises made, promises kept? In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice**. Routledge: Nova Iorque, 2008. p. 108-120.

BRAITHWAITE, John. **Crime, Shame and Reintegration**, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

_____. Principles of restorative justice. In: BOTTOMS, Anthony E; ROBERTS, Julian; ROACH, Kent; SCHIFF, Mara; VON HIRSCH, Andrew (Orgs). **Restorative justice & criminal justice:** competing or reconcilable paradigms?. Hart Publishing: Oregon, 2003. p. 01-20.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Comissão Parlamentar de Inquérito do Sistema Carcerário**. Brasília: Edições Câmara, 2009.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 5.364, de 2005. **Dispõe sobre a punibilidade do aborto no caso de gravidez resultante de estupro**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=288053>>. Acesso em 28 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 7.006, de 2006. **Propõe alterações no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785>>. Acesso em 18 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 8.045, de 2010. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263&ord=1> >. Acesso em 18 dez. 2016.

_____. Câmara dos Deputados. Proposta de Emenda à Constituição nº 215, 2000. Acrescenta o inciso XVIII ao art. 49; modifica o § 4º e acrescenta o § 8º ambos no art. 231, da Constituição Federal. Disponível em: < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14562> >. Acesso em 03 jul. 2017.

_____. Conselho de defesa dos direitos da pessoa humana. **Resolução nº 08, de 21 de dezembro de 2012**. Disponível em: < <http://www.sdh.gov.br/sobre/participacao-social/cndh/resolucoes/2012/resolucao-08-auto-de-resistencia> >. Acesso em 20 mar. 2016

_____. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Brasil, 16 jun. 1934. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm >. Acesso em 26 jun. 2017.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Presidência, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7

_____. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Decreto nº 4.345, de 26 de agosto de 2002. **Política Nacional Antidrogas**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4345.htm >. Acesso em 16 jun. 2016.

_____. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1942. **Código de Processo Penal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 20 mar. 2016.

_____. Decreto nº 3.029, de 9 de janeiro de 1881. **Reforma a legislação eleitoral**. Brasil, 20 jan. 1881. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3029-9-janeiro-1881-546079-publicacaooriginal-59786-pl.html> >. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Decreto nº 21.076, de 24 de fevereiro de 1932. **Decreta o Código Eleitoral**. Brasil, 26 fev. 1932. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html> >. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Emenda Constitucional nº 25, de 15 de maio de 1985. **Altera dispositivos da Constituição Federal e estabelece outras normas constitucionais de caráter transitório**. Brasil, 16 maio 1985. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc25-85.htm >. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Lei nº 6.001, de 19 de dezembro de 1973. **Dispõe sobre o Estatuto do índio.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm >. Acesso em 03 jul. 2017.

_____. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. **Lei de Execução Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 20 mar. 2016.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm> Acesso em 20 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 20 dez. 2016.

_____. Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. **Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta e dá outras providências.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9430compilada.htm>. Acesso em 05 jul. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm >. Acesso em 03 jul. 2017.

_____. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. **Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em 29 jun. 2017.

_____. Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015. **Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência** (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113146.htm >. Acesso em 03 ju. 2017.

_____. Ministério da Educação. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas educacionais - INEP. **Mapa do analfabetismo no Brasil.** Brasília, 2003.

_____. Ministério da Fazenda. Portaria nº 130, de 19 de abril de 2012. **Altera a Portaria MF nº 75, de 22 de março de 2012, que dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.** Brasil, 24 maio 2013. Disponível em: < <http://www.fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria-no.-130-de-19-de-abril-de-2012>>. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Ministério da Fazenda. Portaria nº 75, de 22 março de 2012. **Dispõe sobre a inscrição de débitos na Dívida Ativa da União e o ajuizamento de execuções fiscais pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.** Brasil, 23 mar. 2012. Disponível em: <

<http://fazenda.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministerial/2012/portaria75>>. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Ministério da Justiça. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – INFOPEN**. Departamento Penitenciário Nacional, Brasília - DEPEN, 2014.

_____. Ministério da Justiça. Secretaria de Reforma do Judiciário. **Sistemas alternativos de solução e administração de conflitos**: mapeamento de programas públicos e não-governamentais. Brasília, 2005a.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1.190, de 04 de junho de 2009. **Institui o Plano Emergencial de Ampliação do Acesso ao Tratamento e Prevenção em Álcool e outras Drogas no Sistema Único de Saúde - SUS (PEAD 2009-2010) e define suas diretrizes gerais, ações e metas**. Disponível em: <
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2009/prt1190_04_06_2009.html >. Acesso em 16 jun. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 130, de 26 de janeiro de 2012. **Redefine o Centro de Atenção Psicossocial de Álcool e outras Drogas 24 h (CAPS AD III) e os respectivos incentivos financeiros**. Disponível em: <
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2012/prt0130_26_01_2012.html>. Acesso em 09 nov. 2016.

_____. Ministério da Saúde. Portaria nº 3.088, de 23 de dezembro de 2011. **Institui a Rede de Atenção Psicossocial para pessoas com sofrimento ou transtorno mental e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas, no âmbito do Sistema Único de Saúde (SUS)**. Disponível em: <
http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2011/prt3088_23_12_2011_rep.html>. Acesso em 09 nov. 2016.

_____. Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República. **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Instituto de pesquisa econômica aplicada – IPEA. Rio de Janeiro, 2015a.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3)** / Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. rev. e atual. Brasília: SDH/PR, 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 129.191/PR. **Habeas corpus. Penal. Descaminho (CP, art. 334). Pretensão à aplicação do princípio da insignificância. Incidência. Valor inferior ao estipulado pelo art. 20 da Lei nº 10.522/02, atualizado pelas Portarias nº 75 e nº 130/2012 do Ministério da Fazenda. Preenchimento dos requisitos necessários. Ordem concedida**. Brasil, 03 mar. 2015. Disponível em: <
<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8164504>>. Acesso em 27 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/DF. **SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS**

ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL –

CONFIGURAÇÃO. Relator: Marco Aurélio. Julgamento em 09 set. 2015b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 20 dez. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 580.252-RG/MS.

Considerando que é dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, manter em seus presídios os padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, é de sua responsabilidade, nos termos do art. 37, § 6º da Constituição, a obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento. Publicado em 16 fev. 2017. Disponível em: <

<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=580252&classe=RE&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 fev. 2016.

CANAVILHAS, João. **O domínio da informação-espectáculo na televisão.** Disponível em: <<http://www.bocc.ubi.pt/pag/canavilhas-joao-televisao-espectaculo.pdf>>. Acesso em: 14 abr. 2013.

CANO, Ignácio. Execuções Sumárias no Rio de Janeiro: o uso da força pelos agentes públicos. In: CEJIL, et. al, **Relatório do Rio de Janeiro sobre execuções sumárias.** Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: <

http://www.dhnet.org.br/dados/relatorios/r_jglobal/r_jg_rj_exec_sumarias_2003.pdf>. Acesso em 24 ago. 2016.

_____. **Letalidade policial no Rio de Janeiro:** a atuação da Justiça Militar. Rio de Janeiro: ISER, 1998.

CARRARA, Francesco. **Programa de derecho criminal:** parte general. Santa Fé de Bogotá/Colombia: Editorial Temis, 1996.

CARTA DE ARAÇATUBA. **Princípios da Justiça Restaurativa.** 30 abr. 2005. Disponível em: <<http://jjj.tjrs.jus.br/justica-restaurativa/carta-aracatuba>>. Acesso em 20 abr. 2017.

CARTA DO RECIFE SOBRE JUSTIÇA RESTAURATIVA. Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Disponível em: <http://justica21.web1119.kinghost.net/arquivos/bib_209.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2015.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil:** o longo caminho. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

CARVALHO, Salo. **Antimanual de criminologia.** 6ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

CASTRO, Lola Anyiar de. **Criminologia da libertação.** Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; VALENCIA, Luiz Iván; HANASHYRO, Olaya; MACHADO, Pedro Henrique G.; LIMA, Adriana dos Santos. **Atlas da Violência 2017.** Rio de Janeiro: IPEA/FBSP, 2017.

CERQUEIRA, Daniel; MOURA, Rodrigo Leandro de. O efeito das oportunidades no mercado de trabalho sobre as taxas de homicídio no Brasil. **Anais do 43º Encontro Nacional de Economia**. Florianópolis: ANPEC, 2015. Disponível em: <https://www.anpec.org.br/encontro/2015/submissao/files_I/i12-0ce869e09e6385120c0146e239bb5bf8.pdf>. Acesso em 08 jul. 2017.

CHAUÍ, Marilena. **Simulacro e poder: uma análise da mídia**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2006.

CHILE. Lei nº 19.696, de 19 set. 2000. **Código Procesal Penal**. Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595>>. Acesso em 20 nov. 2016.

CHRISTIE, Nills. **Limites à dor: o papel da punição na política criminal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia crítica e a reforma da legislação penal**. Trabalho apresentado na XIX conferência Nacional dos Advogados, set. 2005, Florianópolis/SC. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/criminologia_critica_reforma_legis_penal.pdf>. Acesso em 16 jun. 2016.

_____. **O direito penal do inimigo: ou o discurso do direito penal desigual**. Curitiba: ICPC, 2012. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2012/05/direito_penal_do_inimigo.pdf>. Acesso em 08 jan. 2016

COHEN, Stanley. The punitive city: notes on the dispersal of social control. **Contemporary Crises**, n. 3, 1979, p. 339-363.

COLOMBIA. Lei nº 23, de 1991. **Por medio de la cual se crean mecanismos para descongestionar los Despachos Judiciales, y se dictan otras disposiciones**. Disponível em: <<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6546>>. Acesso em 20 set. 2016.

_____. Lei nº 906, de 2004. **Código de Procedimiento penal**. Disponível em: <<http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/legislacion30901.pdf>>. Acesso em 20 set. 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Departamento de gestão estratégica. **Metas nacionais do Poder Judiciário 2016: glossário e esclarecimentos – Justiça estadual**. Brasília, set. 2016c. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/70dc1408d4ff3ec8f96b94e9a7e94f30.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. **Informativo Rede Justiça Criminal**. Brasília, jan. 2016a.

_____. **Justiça restaurativa atenderá menores infratores no Ceará.** 03 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/84564-justica-restaurativa-atendera-menores-infratores-no-ceara>>. Acesso em 20 abr. 2017.

_____. **Meta 8 de 2016 – Justiça Estadual.** Brasília, 05 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/04/bfffc27bc60f77f2850b4a22f525d992.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. **Novos dados sobre pessoas presas no Brasil.** Brasília: CNJ. Brasília, jun. 2014. Disponível em: <http://cnj.jus.br/images/imprensa/pessoas_presas_no_brasil_final.pdf>. Acesso em 02 nov. 2016

_____. **Projeto Justiça Restaurativa Juvenil completa 6 anos em Campo Grande.** 03 out. 2016b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/83585-projeto-justica-restaurativa-juvenil-completa-6-anos-em-campo-grande>>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Brasília: CNJ, 2016.

_____. **Resolução 125, de 29 de novembro de 2010.** Disponível em: <http://www.crpsp.org.br/interjustica/pdfs/outros/Resolucao-CNJ-125_2010.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2016.

_____. **Resolução 225, de 31 de maio de 2016.** Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/atos_normativos/resolucao/resolucao_225_31052016_02062016161414.pdf>. Acesso em: 18 abr. 2017.

_____. **Tribunal instala núcleo de justiça restaurativa na Comarca de Canindé.** 19 out. 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/judiciario/80709-tribunal-instala-nucleo-de-justica-restaurativa-na-comarca-de-caninde>>. Acesso em 16 abr. 2017.

CONVENÇÃO Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica.** 22 nov. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em 15 jan. 2017.

CORTE INTERAMERICANA de Direitos Humanos. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de setembro de 2005. Medidas Provisórias a respeito da República Federativa do Brasil. **Caso da penitenciária Urso Branco.** Presidente: Sérgio García Ramirez. Julgado em 21 set. 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_03_portugues.pdf>. Acesso em 15 jan. 2017.

_____. **Caso Favela Nova Brasil vs. Brasil.** Presidente: Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot. Julgado em 16 fev. 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_333_esp.pdf>. Acesso em 07 jul. 2017.

D'AGOSTINHO, Rosanne. **Acordo de delação premiada da JBS teve mais benefícios que os outros? Que critérios são usados? Entenda.** Globo, 26 maio 2017. Disponível em: <<http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/acordo-de-delacao-premiada-da-jbs->

teve-mais-beneficios-que-os-outros-que-criterios-sao-usados-entenda.ghtml>. Acesso em 05 jul. 2017.

DALY, Kathleen. The limits of restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice**. Routledge: Nova Iorque, 2008. p. 134-145

DECLARAÇÃO DA COSTA RICA sobre a Justiça Restaurativa na América Latina. Instituto Brasileiro de Justiça Restaurativa. Disponível em: < http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/carta_costarica.pdf>. Acesso em: em: 10 dez. 2015.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. Portaria Conjunta nº 052, de 09 de outubro de 2006. **Instituir o Programa de Justiça Restaurativa no Juizados Especiais do Fórum do Núcleo Bandeirante**. Disponível em: < <http://www.tjdft.jus.br/publicacoes/publicacoes-oficiais/portarias-conjuntas-gpr-e-cg/2006/00052.html> >. Acesso em 20 dez. 2016.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Trad. Luzia Araujo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação: na idade da globalização e da exclusão**. Petrópolis: Vozes, 2012.

_____. **Filosofia da Libertação: crítica à ideologia da exclusão**. Trad. de George I. Maissiat. São Paulo: Paulus, 1995.

_____. **Filosofia da Libertação na América Latina**. Coleção Reflexão Latino-americana. Trad. Luiz João Gaio. São Paulo, Piracicaba: Edições Loyola, Editora Unimep, s.d.

_____. **Método para uma Filosofia da Libertação**. São Paulo: Loyola, 1986.

ESPÍRITO SANTO. Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo. Resolução nº 11, de 2017. **Cria central de Justiça Restaurativa do Poder Judiciário do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: < <http://www.tjes.jus.br/11-cria-central-de-justica-restaurativa-do-poder-judiciario-do-estado-do-espírito-santo-disp-04042017/> >. Acesso em 20 abr. 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 3. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FERRI, Enrico. **La sociologie criminelle**. Trad. Leon Terrier. Paris: Félix Alcan Éditeur, 1905.

_____. **Princípios de direito criminal: o criminoso e o crime**. Trad. Paolo Capitanio. 2ª ed. Campinas/SP: Bookseller, 2003.

FLORESTI, Felipe. Canadá aprova uso da heroína para tratar viciados. **Revista Galileu, online**, 2016. Disponível em: <<http://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/11/canada-aprova-o-uso-da-heroina-para-tratar-viciados.html>>. Acesso em 17 nov. 2016

FOLHA de São Paulo. **Programa prevê ocupações como a do Alemão, diz Tarso.** Brasília, Cotidiano, 09 jul. 2007. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidian/ff0907200702.htm>>. Acesso em: 27 out. 2016

FORUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Opinião dos policiais militares sobre reformas e modernização da segurança pública.** São Paulo: FGV, 2015.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir.** 25ª ed. Trad. Raquel Ramallete. Petrópolis/RJ: Vozes, 2002.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa.** São Paulo: Paz e Terra, 1996.

_____. **Pedagogia do oprimido.** Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

FREUD, Sigmund, **Totem e tabu.** Rio de Janeiro: IMAGO, 1974, v. XIII.

GADAMER, Hans-George. **Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica.** Trad. Flávio Paulo Meurer. Petrópolis/RJ: Vozes, 1997.

GARAPON, Antoine. A justiça reconstrutiva. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Crítica da Pena e Justiça Restaurativa: a censura para além da punição.** Florianópolis/SC: Empório do Direito, 2015.

GLOBO. **Disputa de facções por tráfico motivou mortes em presídio na PB, diz polícia.** 2017a. Disponível em: <<http://g1.globo.com/pb/paraiba/noticia/2017/01/disputa-de-faccoes-por-traffic-motivou-mortes-em-presidio-na-pb-diz-policia.html>>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____. **Inspeção vê condições 'péssimas' em presídio de RR onde 31 morreram.** 2017c. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2017/01/inspecao-ve-condicoes-pessimas-em-presidio-de-rr-onde-33-morreram.html>>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____. **Rebelião em presídio chega ao fim com 56 mortes, diz governo do AM.** 2017b. Disponível em: <<http://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2017/01/rebeliao-no-compaj-chega-ao-fim-com-mais-de-50-mortes-diz-ssp-am.html>>. Acesso em 10 fev. 2017.

_____. **Rebelião em Roraima teve decapitação e coração arrancado.** 2017d. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/rebeliao-em-roraima-teve-decapitacao-coracao-arrancado-20737083#ixzz4f1FGKKJF>>. Acesso em 10 fev. 2017.

GOIÁS. Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. **Justiça Restaurativa.** Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/index.php/comarcas/jij/jij-de-goiania/projetos-e-acoess/justica-restaurativa>>. Acesso em 15 abr. 2017.

GOMES, Luiz Flávio. Teoria geral do populismo penal. In: BIANCHINI, Alice; MARQUES, Ivan Luís; GOMES, Luiz Flávio (Coord.). **Populismo penal midiático: caso mensalão, mídia disruptiva e direito penal crítico.** São Paulo: Saraiva, 2013, p. 27-217.

GROS, Frédéric. Os quatro sentidos da pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia: e a justiça será.** Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

HARRIS, Nathan; MARUNA, Shadd. Shame, shaming and restorative justice: a critical appraisal. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice.** Routledge: Nova Iorque, 2008. p. 452-462

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología.** Valencia: Tirant lo blanch libros, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da filosofia do direito.** Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

HERNANDES, Nilton. **A mídia e seus truques: o que jornal, revista, TV, rádio e internet fazem para captar e manter a atenção do público.** São Paulo: Contexto, 2006,

HIRSH, Andrew von; ASHWOTH, Andrew; SHEARINF, Clifford. Specifying aims and limits for restorative justice: a ‘making amends’ model? In: BOTTOMS, Anthony et. al (Orgs). **Restorative justice & criminal justice: competing or reconcilable paradigms?.** Hart Publishing: Oregon, 2003. p. 21-41.

HOBBS, Thomas. **Leviatã.** Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz N. da Silva. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

HOBBS, Eric. J. **A era das revoluções.** Trad. Maria Tereza Teixeira e Marcos Pimentel. 25 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais.** Trad. Luiz Repa. São Paulo: Editora 34, 2009.

HORKHEIMER, Max. **Ocaso.** Trad. José Maria Ortega. Barcelona: Anthropos, 1986.

HUDSON, Barbara. **Understanding Justice: An Introduction to ideas, perspectives and controversies in modern penal theory.** Buckingham. Philadelphia: University Press, 2003.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS. **16 propostas contra o encarceramento em massa: caderno de propostas legislativas.** 2017. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/medidas-sistemapenal2017/>>. Acesso em 05 jul. 2017.

INSTITUTO DE DEFESA DOS DIREITOS HUMANOS. **Caso 12.568: Internos do Presídio Urso Branco vs. Brasil Amicus Curiae.** Disponível em: <<http://www.iddh.org.br/v2//upload/0a12901cf0d90d4a103b5c70f0fcbe58.pdf>>. Acesso em 28 dez. 2016.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal: parte general – fundamentos y teoría de la imputación.** Trad. Joaquín Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

_____. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patricia. **Manual de direito penal**: parte geral. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

KANT, Immanuel. **A metafísica dos costumes**. Trad. Edson Bini. Bauru/SP, EDIPRO, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. Pela abolição do sistema penal. In: PASSETTI, Edson (org.). **Curso livre de abolicionismo penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 69-107.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. **Direito penal constitucional e exclusão social**. Porto Alegre: Núria Fabris, 2010.

KNOPFHOLZ, Alexandre. Sociedade de riscos e poder de polícia: da administrativização do direito penal ao fortalecimento do direito administrativo sancionador. **Revista de Ciências Penais, on-line**, v. 15, p. 13-31, jul. 2011. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 15 jul, 2013.

KUHN, Thomas S. **A estrutura das revoluções científicas**. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 12. ed. São Paulo: Perspectiva, 2013.

LEHER, Roberto. Capitalismo dependente e direitos humanos: uma relação incompatível. **Segurança, tráfico e milícia no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll, 2008, p. 25-32.

LEVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Petrópolis-RJ, Vozes, 2004.

_____. **Humanismo do outro homem**. 4 ed. Petrópolis-RJ, Vozes, 2012.

LIMA, Cauê Nogueira de Lima. A delinquência juvenil sob o enfoque criminológico. In: SÁ, Alvinio Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade**. São Paulo: Atlas, 2008, p. 3-18.

LISZT, Frans von. **Tratado de direito penal alemão**. Trad. José Hygino Duarte Pereira. Tomo I. Rio de Janeiro: F. Briguet, 1899.

LOMBROSO, Cesare. **O homem delinquente**. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JÚNIOR, Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (orgs). **Diálogos sobre a justiça dialogal**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2002, pp. 99-129.

_____. **Introdução Crítica ao Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

LOZADA, Martín. **Democracia de opinión y castigo penal**. Disponível em: <<http://www.rionegro.com.ar/diario/rn/nota.aspx?idart=827272&idcat=9539&tipo=2>>. Acesso em: 20 ago. 2016

LUDWIG, Celso Luiz. Da ética à filosofia política crítica na transmodernidade: reflexões desde a filosofia de Enrique Dussel. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (Org). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. Filosofia da Libertação In: BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 327-333.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

LUZ, Yuri Corrêa da. **Entre bens jurídicos e deveres normativos: um estudo sobre os fundamentos do direito penal contemporâneo**. São Paulo: IBCCRIM, 2013.

MACEDO, Ana Raquel. Homens brancos representam 80% dos eleitos para a Câmara. **Câmara dos deputados**, Política, *on-line*, 09 out. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/475684-HOMENS-BRANCOS-REPRESENTAM-71-DOS-ELEITOS-PARA-A-CAMARA.html>>. Acesso em: 29 jan. 2017.

MALDONADO, Maria Tereza. **Os construtores da paz: caminhos da prevenção da violência**. 3ª ed. São Paulo: Moderna, 2012.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3ª ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. 2ª ed., São Paulo: Martins Fontes, 2008.

MARTINS, José de Souza Martins. **Linchamentos: a justiça popular no Brasil**. São Paulo: Contexto, 2015.

MATO GROSSO. Tribunal de Justiça do Mato Grosso. **Justiça Restaurativa chega à Vara da Infância**. 14 out. 2015. Disponível em: <<http://www.tjmt.jus.br/noticias/41660#.WQeM54jyvIV>>. Acesso em: 13 abr. 2017.

MCALINDEN, Anne-Marie. Are there limits to restorative justice? The case of child abuse. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice**. Routledge: Nova Iorque, 2008. p. 299-310.

MCEVOY, Kieran; ERICKSSON, Anna. Restorative justice in transition: ownership, leadership and “bottom-up” human rights. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice**. Routledge: Nova Iorque, 2008. p. 321-335.

MORAES, Luciane Patrício Braga de. **Pesquisa Nacional dos Conselhos de Segurança Pública**. Brasília: Ministério da Justiça, 2009.

MORAIS, Maurício Zanoide de. **Política criminal, Constituição e processo penal: razões da caminhada brasileira para a institucionalização do caos**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 101, jan/dez. 2006, p. 403-430.

MOSS, Andrew. **Specifying Aims and Limits for Restorative Justice Models: a Reply to von Hirsch, Ashworth and Shearing.** Victória/CA: University of Victoria, 2010. Disponível em: < <http://restorativejustice.org/am-site/media/specifying-aims-and-limits-for-restorative-justice-models-a-reply-to-von-hirsch-ashworth-and-shearing.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2016.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Política e sociedade.** Florianópolis, nº 03, outubro de 2003, p. 11-26.

_____. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia Política,** Curitiba, 25, p. 165-175, jun. 2006

NARDI, Henrique Caetano; RIGONI, Rafaela de Quadros. Marginalidade ou cidadania? A rede discursiva que configura o trabalho dos redutores de danos. **Psicologia em estudo,** Maringá, v. 10, n. 2, p. 273-282, mai./ago. 2005, p. 273-282.

NEV/USP, Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo. **Manual de Policiamento Comunitário: polícia e comunidade na Construção da Segurança.** Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo (NEV/USP) – dados eletrônicos, 2009, disponível em: http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/dh/manual_policiamentocomunitario.pdf. > acesso em: 10 jul. 2016

NEVES, Marcelo. **Entre têmis e leviatã: O Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas.** São Paulo: Martins Fontes, 2006.

NIEKIFORUK, Mahyra; ÁVILA, Gustavo Noronha. Justiça restaurativa em Santa Catarina: a experiência joinvillense na implementação do projeto de justiça restaurativa junto à Vara da Infância e Juventude. **Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina,** Tubarão/SC, v.1, ano 1, 2010. p. 55-67. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1034>. Acesso em 30 abr. 2017.

NUNES, Leandro Gornicki. O estado penal no Brasil neoliberal: reproduzindo o holocausto. **Revista Brasileira de Ciências Criminas: RBCCrim,** v. 19, n. 91, p. 201-226, jul./ago. 2011. Disponível em: <www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em: 03 fev. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Resolução nº 2002/12. **Princípios básicos para utilização de programas de Justiça Restaurativa em matéria criminal.** 24 jul. 2002. Disponível em: < <https://pt.scribd.com/document/110005565/resolucao-2002-12-da-Onu>>. Acesso em 22 jan. 2017.

PARÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. **Justiça Restaurativa humaniza soluções.** 06 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.tjpa.jus.br/PortalExterno/imprensa/noticias/Informes/433702-TJPA-institucionaliza-Justica-Restaurativa.xhtml>>. Acesso em 12 abr. 2017.

PASSOS, Eduardo Henrique; SOUZA, Tadeu Paula. Redução de danos e saúde pública: construções alternativas à política global de "guerra às drogas". **Psicologia & Sociedade,** v. 23, ano 1, jan-abr. 2011. Disponível em: < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822011000100017>. Acesso em 12 jan. 2017.

PAVARINI, Massimo. Do *front* italiano: la metafora della guerra e la democrazia di sicurezza. A proposito del “pacchetto sicurezza” legge 15 luglio 2009 . In: ZILIO, Jackson; BOZZA, Fábio, (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos. Curitiba: LedZe Editora, 2012. p. 445-478

PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In: GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. **Punir em democracia**: e a justiça será. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PRUDENTE, Moema Dutra Freira. **Pensar e fazer justiça**: a administração alternativa de conflitos no Brasil. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília, Brasília, 2012.

QUEIROZ, Jandira. **29 de janeiro**: Um dia nacional de luta pela dignidade para pessoas trans. Brasil: Anistia Internacional, 2015. Disponível em: < <https://anistia.org.br/29-de-janeiro-um-dia-nacional-de-luta-pela-dignidade-para-pessoas-trans/> >. Acesso em 03 jul. 2017.

QUIROS, Diego Zysman. **Sociologia del castigo**: genealogia de la determinación de la pena. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2012.

RESK, Felipe; CORDEIRO, Felipe; CARVALHO, Marco Antônio. Dependentes químicos deixam Praça Princesa Isabel e retornam à antiga Cracolândia. **O Estado de São Paulo**, 22 jun. 2017. Disponível em: < <http://sao-paulo.estadao.com.br/noticias/geral,dependentes-quimicos-deixam-praca-princesa-isabel-e-retornam-a-antiga-cracolandia,700018554920020> >. Acesso em 05 jul. 2017.

RIO GRANDE DO NORTE. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte. **Justiça Restaurativa conta com atuação de 25 facilitadores no RN**. 12 fev. 2016. Disponível em: < <http://www.tjrn.jus.br/index.php/comunicacao/noticias/10047-justica-restaurativa-counta-com-atuacao-de-25-facilitadores-no-rn> >. Acesso em 12 abr. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Programa Justiça Restaurativa para o século XXI**. Disponível em: < https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/tribunal_de_justica/corregedoria_geral_da_justica/projetos/projetos/justica_sec_21/J21_TJRS_P_e_B.pdf >. Acesso em 15 abr. 2017.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. **A racionalidade das leis penais**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RÖDER, Carlos David Augusto. **Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones**: ensayo crítico preparatorio para la renovación del derecho penal. Trad.: Francisco Giner. 3ª ed. Madrid: Librería Dr Victoriano Suarez, 1876.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SÁ, Alvino Augusto de. **Criminologia clínica, ideologia do inimigo e controle punitivo no sistema carcerário**. Disponível em: <www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em: 04 fev. 2013, p. 297-343.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa como perspectiva para superação do paradigma punitivo**. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2007.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Justiça restaurativa com adolescentes em conflito com a lei**. Abr. 2012. Disponível em: <<http://www.tjsc.jus.br/infjuv/documentos/acoeseoprojetos/Justi%C3%A7a%20Restaurativa/JRTribunalSCsite.pdf>>. Acesso em 15 abr. 2017.

SARDINHA, Edson. **A face e os números do novo parlamento**. *On-line*, 01 fev. 2015. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/a-face-e-os-numeros-do-novo-congresso/>>. Acesso em 29 jan. 2017.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORREA JUNIOR, Alceu. **Teoria da Pena: Finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SICA, Leonardo. **Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Lúmen Juris: Rio de Janeiro, 2007.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. **Filosofia Jurídica da Alteridade**. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-Maria. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedades pós-industriais**. 2ª ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo**. Barcelona: Bosch Editor, 1992.

SILVA, Eliezer Gomes da. **Fundamentos Éticos do Direito Penal: o conteúdo material do conceito de crime e a busca histórica por uma orientação humanista à criminalização**. São Paulo: 2002. 310 fls. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

_____. Sistema penal, democracia e direitos humanos: conexões locais e globais entre direito, poder e discurso na modernidade tardia. In: **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**, jun. 2010.

_____. Criminalidade violenta, sistema penal, desenvolvimento humano, igualdade e democracia: antigos e novos desafios da criminologia crítica. In: ZILIO, Jackson; BOZZA, Fábio (Orgs). **Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao professor doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário**. Curitiba: LedZe Editora, 2012b.

_____. Direitos humanos como fundamento ético-argumentativo para o conceito material de crime: uma proposta da superação da teoria do bem jurídico penal. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; SARLET, Ingo Wolfgang; PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. **Direitos humanos e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2012a. p. 237-376.

_____. Sistema penal, controle social e direitos fundamentais: reflexões sobre as penas e medidas processuais-penais alternativas. **Revista Crítica Jurídica**, México D.F., n. 24, jan.-dez. 2005. p. 177-198.

SILVA, Eliezer Gomes; SALIBA, Maurício Gonçalves. Justiça restaurativa, sistema penal, direito e democracia: intercessões ético-discursivas. **Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal**. Porto Alegre: Síntese, v.1, n.1, abr.-maio, 2000. p. 171-198.

SMITH, Paula; GOGGIN, Claire; GENDREAU, Paul. **The effects of Prison Sentences and Intermediate Sanctions on Recidivism: General Effects and Individual Differences**. User Report 2002-01. Ottawa: Solicitor General, 2002.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. A difícil reinvenção da democracia frente ao fascismo social. **Revista do Instituto Humanitas Unisinos on-line**. São Leopoldo/RS, 08 dez. 2016. Disponível em: < <http://www.ihu.unisinos.br/563035-a-dificil-reinvencao-da-democracia-frente-ao-fascismo-social-entrevista-especial-com-boaventura-de-sousa-santos>>. Acesso em 29 abr. 2017.

_____. **Law against law: Legal reasoning in Pasargada law**. Centro Intercultural de Documentacion, 1974.

_____. **Os tribunais na sociedade contemporânea: o caso português**. Porto: Edições Afrontamentos, 1996.

SOUZA, Bárbara Fachinelli Nishi de. Uso da mediação nos delitos sexuais: o resgate da dignidade da vítima. **Revista brasileira de ciências criminais**, ano 24, nº 125, nov. 2016. P. 15-56.

SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (org.). **Handbook of restorative Justice**. Londres e Nova York: Routledge, 2008, p. 422-434.

THE ECONOMIST UNIT. **Democracy index 2016: revenge of “deplorables”**. 2016. Disponível em: < <http://www.eiu.com/Handlers/WhitepaperHandler.ashx?fi=Democracy-Index-2016.pdf&mode=wp&campaignid=DemocracyIndex2016>>. Acesso em 14 abr. 2017.

TIVERON, Raquel. **Justiça restaurativa: a construção de um novo paradigma de justiça criminal**. Brasília: Thesaurus, 2014.

TOCANTINS. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Comarca de Araguaína é referência nacional na aplicação de justiça restaurativa**. 14 set. 2016. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/4345-comarca-de-araguaina-e-referencia-nacional-na-aplicacao-da-justica-restaurativa>>. Acesso em 10 abr. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins. **Justiça Restaurativa favorece progressão antecipada de regime em Araguaína**. 26 abr. 2017. Disponível em: <<http://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/4711-justica-restaurativa-proporciona-progressao-antecipada-de-regime-em-araguaina>>. Acesso em 10 abr. 2017.

TOLENTINO NETO, Francisco. Histórico do Crime Organizado. In: MESSA, Ana Flávia; Carneiro, José Reinaldo Guimarães. (Coords.). **Crime Organizado**. São Paulo: Saraiva, 2012.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. **Suma Teológica**. vol. V. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

TOMAZ, Kleber; ACAYABA, Cíntia. Travesti fica desfigurada após prisão; Defensoria diz haver indício de tortura. 16 abr. 2015. Disponível em : <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2015/04/travesti-fica-desfigurada-apos-prisao-defensoria-diz-haver-indicio-de-tortura.html>>. Acesso em: 03 jul. 2017.

URUGUAI. Lei nº 19.090, de 2013. **Código general del proceso**. Disponível em: <<https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp2798986.htm>>. Acesso em 20 out. 2016.

VALOIS, Luis Carlos. **Direito penal da guerra às drogas**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

VASCONCELLOS, Mércia Miranda. **Proteção internacional dos direitos humanos na realidade latino-americana**: reflexão filosófica sob a perspectiva da ética da libertação. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) - Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2008.

WACHTEL, Ted. Defining Restorative. **International Institute for restorative practices**. Paper apresentado em “Building a Worldwide Restorative Practices Learning Network”. The 15th IIRP World Conference. Disponível em:< <https://www.iirp.edu/pdf/Defining-Restorative.pdf>> Acesso em 20 set. 2016.

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

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da Violência 2014**: os jovens do Brasil. Rio de Janeiro: FLACSO, 2014

WALDORF, Lars. Rwanda's failing experiment in restorative justice. In: SULLIVAN, Dennis; TIFFT, Larry (Orgs). **Handbook of restorative justice**. Routledge: Nova Iorque, 2008.

WEIS, Carlos. **Direitos humanos contemporâneos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e direito**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

YOUNG, Jock. **A sociedade excludente**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002

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

_____. **Derecho penal: parte general**. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

_____. **O Inimigo do Direito Penal**. 2 ed. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

ZANONI, Péricles Jandyr. Sociedade moderna, direito penal clássico e descriminalização. **Revista Uniandrade**, Curitiba, v.11/n.01, jan-jun. 2010, p. 5-18.

ZEHR, Howard. **Justiça Restaurativa**. Trad.: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

_____. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Trad.: Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**. Trad. Thiago Novaes. Rio de Janeiro: Record, 2012.

ZIMMERMANN, Roque. **América Latina o não ser: uma abordagem filosófica a partir de Enrique Dussel (1962-1976)**. Petrópolis: Vozes, 1987.

ŽIŽEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões laterais**. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014.