



CAMPUS DE JACAREZINHO  
CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS  
PROGRAMA DE POS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

**ANDRESSA TANFERRI SENTONE**

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA NA  
DESCONSTRUÇÃO DO ESTIGMA SOCIAL DO CRIMINOSO**

JACAREZINHO – PR  
2019

**ANDRESSA TANFERRI SENTONE**

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA NA  
DESCONSTRUÇÃO DO ESTIGMA SOCIAL DO CRIMINOSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para qualificação como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

Autorizo a reprodução e divulgação total ou parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional ou eletrônico, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

SENTONE, Andressa Tanferri.

A Justiça Restaurativa como novo paradigma na desconstrução do estigma social do criminoso. / Andressa Tanferri Sentone. Jacarezinho (PR): UENP/Campus Jacarezinho, 2019.

121 f.

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia.

Dissertação (Mestrado) — UENP/Campus Jacarezinho/Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica - Mestrado e Doutorado, 2019.

Referências bibliográficas: f. 113

1. Discursos legitimadores do sistema punitivo e a sua ineficácia. 2. Os processos estigmatizantes à luz das teorias criminológicas do *Labelling Approach* e da Vergonha Reintegrativa. 3. A Justiça Restaurativa como ferramenta de reinserção social. I. Sentone, Andressa Tanferri. II. Giacoia, Gilberto. III. Universidade Estadual do Norte do Paraná. IV. Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica. V. A Justiça Restaurativa como novo paradigma na desconstrução do estigma social do criminoso.

**ANDRESSA TANFERRI SENTONE**

**A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO NOVO PARADIGMA NA  
DESCONSTRUÇÃO DO ESTIGMA SOCIAL DO CRIMINOSO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica (Área de Concentração: Teorias da Justiça – Justiça e Exclusão; Linha de Pesquisa: Função Política do Direito) da Universidade Estadual do Norte do Paraná, para defesa final como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica, sendo aprovada pela Banca de Qualificação

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

---

Orientador: Prof. Dr. Gilberto Giacoia

---

Prof. Dr. Luiz Fernando Kazmierczak

---

Prof.<sup>a</sup> Dra. Bruna Azevedo de Castro

Jacarezinho/PR, 30 de novembro de 2019.

---

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves

Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UENP

*Dedico este trabalho a todos aqueles que acreditam na verdadeira justiça e na restauração dos laços rompidos.*

## AGRADECIMENTOS

O mestrado vai muito além de um processo que culmina no título de mestre, é um aprendizado constante e transformador que modifica a nossa visão do mundo e, especialmente, do Direito. Não seria justo finalizar essa trajetória sem agradecer aqueles que tanto contribuíram para que ela acontecesse.

Agradeço primeiramente à Deus, que me capacitou para que eu pudesse concluir mais essa etapa da minha formação.

Agradeço ao meu parceiro de vida, Bruno, por sempre me incentivar a ser uma pessoa melhor e por acreditar tanto em mim, agradeço pelo suporte durante todo o mestrado, por me apoiar nos momentos difíceis e comemorar cada conquista. Obrigada por ser o meu revisor oficial, a minha banca simulada e o meu avaliador crítico e compassível.

À minha família, obrigada pelo incentivo, suporte e amor que me concederam sempre e em especial nesta caminhada.

Agradeço ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, em nome de todos os professores e funcionários, pela oportunidade de poder pesquisar em uma área na qual me identifico tanto e pela qual tenho enorme apreço.

A todos os amigos que tive a oportunidade de fazer na Turma XV e que foram fundamentais para que pudéssemos vencer essa etapa de forma mais leve e descontraída.

O agradecimento especial ao meu orientador, Prof. Giacoia, que sempre sábio, humilde e gentil, retornava prontamente cada contato com suas palavras de afeto e encorajamento. Sou extremamente grata pela feliz oportunidade de receber seus ensinamentos e lições de Direito, justiça e humanidade.

Agradeço a todos que de alguma forma contribuíram para essa conquista.

*Captar o outro, em seu rosto, não é fácil. A complexidade do alheio é sempre perturbadora, difícil, deixa uma estrela de insatisfação que precisa ser, permanentemente, mediada. Captar o outro, muitas vezes, serve como espelho das coisas que resultam insuportáveis em nós mesmos e não queremos ver.*  
*Luis Alberto Warat*

SENTONE, Andressa Tanferri. **A justiça restaurativa como novo paradigma na desconstrução do estigma social do criminoso**. 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## RESUMO

A justiça criminal nos moldes tradicionais, com bases ideológicas voltadas para a defesa da sociedade, exerce o controle social notadamente por meio de sanções retributivas. Em que pese a existência de diversas teorias que buscam justificar as penas, apresentando finalidades que vão do próprio castigo à recuperação do indivíduo, verifica-se que o sistema punitivo apresenta falhas cada vez mais graves que reproduzem a estigmatização e a exclusão dos infratores. Nessa perspectiva, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar o papel da justiça restaurativa como uma alternativa tangível na dinâmica criminal e como método mais eficaz para a ressocialização e a desconstrução do estigma social do criminoso, visando uma mudança de paradigma na própria forma como a sociedade compreende a justiça. Para tanto, inicialmente apresenta uma abordagem sobre os discursos legitimadores da pena e as razões de sua ineficácia. Na sequência, o estudo versa sobre as abordagens criminológicas que conceituam a estigmatização social e aborda o fenômeno da criminalização sob o enfoque da criminologia crítica, apresentando as ideias principais da Teoria do Etiquetamento e da Teoria da Inibição Reintegradora, que analisam a visão da sociedade frente o criminoso, bem como estudam a dificuldade de se desconstruir a visão social que o afasta da comunidade. Como possível solução a esta problemática, é apresentada a justiça restaurativa, a fim de se demonstrar que o respeito às diferenças, o diálogo, a oportunidade de compreender a dor do outro e de colocar-se no lugar dele são aspectos essenciais para a restauração dos laços desfeitos pelo crime e, conseqüentemente para a recuperação dos seus envolvidos. Para fundamentar estas premissas são revisitados os conceitos Emmanuel Lévinas sobre a “ética alteridade” e também de Luís Alberto Warat com a noção de outridade, que se encaixam perfeitamente aos ideais da justiça restaurativa. Por fim, são apresentados os desafios existentes para a sistematização prática dos processos restaurativos, que encontram obstáculos na própria cultura e na aceitação social, além das barreiras legislativas que impedem a propagação de seu uso. Ainda que distantes do ideal de utilização da justiça restaurativa como regra na solução de controvérsias penais, o seu formato apresenta uma luz à falência do sistema tradicional, servindo como verdadeira ponte de transição entre a marginalização e a inclusão social.

**Palavras-chave:** Justiça Restaurativa. Ressocialização. Etiquetamento. Estigma. Sistema punitivo.

SENTONE, Andressa Tanferri. **A justiça restaurativa como novo paradigma na desconstrução do estigma social do criminoso.** 2019. Dissertação de Mestrado — Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica — Universidade Estadual do Norte do Paraná.

## ABSTRACT

Criminal justice in the traditional way, with ideological bases aimed at the society's defense, exercises social control especially through retributive sanctions. Despite the existence of several theories that seek to justify penalties, presenting purposes ranging from the punishment itself to the recovery of the individual, it appears that the punitive system has increasingly serious flaws that reproduce the offenders' stigmatization and exclusion. From this perspective, this paper aims to demonstrate the role of restorative justice as a tangible alternative in criminal dynamics and as the most effective method for the resocialization and deconstruction of the criminal social stigma, aiming at a paradigm shift in the very way society understands justice. To this end, it initially presents an approach to the penalty's legitimating discourses and the reasons for its ineffectiveness. Following, the study deals with the criminological approaches that conceptualize social stigmatization and addresses the phenomenon of criminalization from the perspective of critical criminology, presenting the main ideas of Labeling Approach Theory and Theory of Reintegrative Shaming, which analyze the view of society towards the criminal as well as study the difficulty of deconstructing the social vision that distances him from the community. As a possible solution to this problem, restorative justice is presented in order to demonstrate that respect for differences, dialogue, the opportunity to understand the pain of others and to put themselves in their place are essential aspects for the restoration of ties broken by the crime and, consequently, for the recovery of those involved. To support these assumptions, the concepts Emmanuel Lévinas about "alterity ethics" are revisited, as well as Luís Alberto Warat's notion of the otherness, which perfectly fit the ideals of restorative justice. Finally, it presents the challenges for the practical systematization of restorative processes, which encounter cultural obstacles of social acceptance, as well as the legislative barriers that prevent the spread of their use. Although far from the ideal of using restorative justice as a rule in the settlement of criminal disputes, its format sheds light on the failure of the traditional system, serving as a true transition bridge between marginalization and social inclusion.

**Keywords:** Restorative Justice. Resocialization. Labeling. Stigma. Punitive system.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>1 DISCURSOS LEGITIMADORES DO SISTEMA PUNITIVO E A SUA INEFICÁCIA .....</b>	<b>14</b>
1.1 A Ideologia da Defesa Social e os Princípios Legitimadores da Pena .....	19
1.2. Teorias Justificadoras da Pena.....	24
1.3 Do Cárcere à Sociedade: As Falhas do Sistema Prisional .....	34
<b>2 OS PROCESSOS ESTIGMATIZANTES À LUZ DAS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS DO LABELLING APPROACH E DA VERGONHA REINTEGRATIVA .....</b>	<b>45</b>
2.1 A Construção do Estigma Social a Partir do Desvio.....	46
2.2 O Processo de Criminalização de Acordo com a Teoria do <i>Labelling Approach</i> .....	53
2.3 A Teoria da Inibição Reintegradora de Braithwaite como Contraponto à Reação Social Desintegradora .....	60
<b>3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA DE REINserÇÃO SOCIAL .....</b>	<b>67</b>
3.1 Um Novo Conceito de Justiça: Estrutura, Dimensões e Princípios da Justiça Restaurativa.....	68
3.2 A Desconstrução do Estigma a Partir da Humanização do Infrator em uma Perspectiva Restaurativa.....	80
3.3 Desafios à Mudança de Paradigma: A Sistematização Prática da Justiça Restaurativa .....	93
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>113</b>

## INTRODUÇÃO

O sistema punitivo atual está em colapso. O projeto idealizado pelo conjunto das normas do ordenamento jurídico brasileiro está longe de ser concretizado, a ausência de estruturas básicas de implementação de programas consistentes revela a precariedade do sistema contribuindo para o enraizamento do indivíduo nas malhas da criminalidade e para a manutenção de sua posição à margem da sociedade. Conseqüentemente, o que se tem como resultado é o afastamento das duas principais finalidades da pena: a ressocialização e a prevenção.

Vagarosamente, a noção da pena como elemento de pura retribuição reativa ao mal constitutivo vem sendo superada. A partir da análise da necessidade social, adotou-se a concepção de que a pena deve servir também como meio de controle da violência, uma vez que o crime não se esgota com o cumprimento da pena, mas que estabiliza certos padrões de convivência social mínimos. Assim, a sociedade busca soluções para tal colapso no sistema penal preocupando-se com a situação vigente, visando o ideal da prevenção especial positiva que se dispõe a atingir não a coletividade, mas sim a pessoa do condenado com a finalidade de reintegrá-lo aos poucos ao convívio social (e evitando, assim, a reincidência).

No entanto, ao adentrar aos circuitos carcerários, o indivíduo recebe imediatamente o rótulo de criminoso juntamente com as mais variadas formas de identificação no sentido negativo do termo. Essa prática de prevenção em vistas de reintegração está longe de se realizar, figurando apenas como mais uma das utopias do tempo presente. Não é possível distinguir hoje, pela impressão dos preconceitos sociais na pessoa do condenado, o cumprimento da pena da integralidade humana, pois mesmo que se tenha quitado sua obrigação perante o direito, o que ainda persiste é a dívida moral social. Além disso, ao adentrar no sistema penitenciário o infrator incorpora a subcultura do cárcere, que está muito aquém do modelo legal proposto, assumindo o papel de criminoso profissional, ainda que seu crime tenha sido de baixa relevância ou praticado uma única vez.

A reação social nos moldes atuais é uma verdadeira barreira à ressocialização, e a teoria crítica do *Labelling Approach* aborda com enfoque criminológico a forma como a sociedade reage aos comportamentos humanos, definindo-os ou não como desviados. A partir dessa interação social, alguns indivíduos são etiquetados como delinquentes e passam a ser encarados como pessoas não confiáveis para viver de acordo com as regras do grupo. De acordo com a Teoria da Inibição Reintegradora, uma das vertentes modernas do *Labelling Approach*, a reação social é decisiva para que o indivíduo permaneça na carreira criminosa ou a abandone.

Diante disso, uma mudança de paradigma social e cultural se faz necessária, uma vez que a resposta da comunidade tem funcionado apenas como fator inibitório e desintegrador do infrator, sendo necessária a busca de alternativas para este desmesurado problema social.

A justiça restaurativa surge então como um recurso atingível e eficaz, contraposto à concepção tradicional de justiça criminal, na busca de ao menos amenizar o problema. Esta forma de justiça prega a participação ativa dos interessados na solução do conflito: criminoso, vítima, sociedade e Estado, envolvendo-os na construção em conjunto da melhor forma de reparação. A justiça restaurativa implementa uma forma onde o ganho é mútuo: a vítima não se sente excluída do processo e tem a chance de obter uma satisfatória reparação pelo dano sofrido, e o infrator tem a oportunidade de se arrepender e agir positivamente para compensar o prejuízo. Como resultado, tem-se que o Estado é atingido pelo produto de todo o processo restaurativo com altas probabilidades de ressocialização dentro desta sistemática e que o Direito Penal perde o seu caráter eminentemente punitivo e atinge os efeitos preventivo e reintegrador que, em regra, não são obtidos com a pura aplicação da sanção.

Diante disso, a proposta do presente trabalho não é a de adotar uma postura abolicionista do sistema punitivo tradicional, tampouco profetizar a justiça restaurativa como uma solução para todas as mazelas do sistema de justiça criminal. O que se pretende é demonstrar que a justiça restaurativa, visualizada como uma nova forma de fazer e encarar a justiça, é um caminho viável para amenizar o problema da estigmatização social que dificulta e até mesmo impede a ressocialização. Diante desta nova espécie de Justiça, que pode com acerto atuar paralelamente ao sistema tradicional de Justiça, complementando-o em vez de substituí-lo, é possível vislumbrar uma forma de recuperação do criminoso e ao mesmo tempo alterar a visão pragmática da sociedade frente ao delito e seu autor.

Dividido em três partes, respectivamente aos seus capítulos, as páginas seguintes se debruçam sobre o questionamento mencionado na tentativa de oferecer alguns pontos cardeais como contribuição para que a discussão em torno do tema possa se dar.

Na primeira parte, diante da situação generalizada dos fracos laços sociais, é apresentado simbolicamente um aparato de defesa do cidadão e instrumento imprescindível na manutenção do controle social e prevenção da criminalidade. A partir da desconstrução imaginária das funções da pena que tentam reforçar ainda mais a exclusão social, a segregação naturalizando as condutas criminosas como desvios do autor (como se vê nas lições do “direito penal do inimigo”), quer-se apontar que tais fatos têm ocorrido para reproduzir e até justificar o modo de funcionamento da seletividade penal.

Contrariando as pretensões originárias, as funções pensadas da pena estão desvirtuadas de seu compromisso último que, por seu histórico, a ideologia da defesa social aparece como um discurso recente como o mandamento essencial da pena. Também são apresentadas algumas teorias da pena quanto suas funções e finalidade como meio de demonstração da ineficácia dessas penas quanto aplicadas na realidade carcerária.

Na segunda parte, após demonstrar o problema nas falhas do sistema punitivo, é preciso comentar a construção feita pela sociedade do crime e do criminoso, uma vez que essa reação social inaugura qualquer investigação sobre os paradigmas da justiça. A reação social hodierna configura uma verdadeira barreira à ressocialização, nessa perspectiva, alguns indivíduos são vistos como delinquentes, passando a ser vistos como alvos hostis – uma curiosa comparação revela que o perfil dos criminosos é bastante similar e a maioria dos presos segue um padrão relacionado à classe social.

O processo de criminalização e rotulação do sujeito como criminoso tem início na construção histórica e cultural do estigma social. A sociedade elege determinados comportamentos como corretos e aqueles que não se enquadram em tais comportamentos são automaticamente associados a um estigma social negativo. A teoria crítica do *Labelling Approach* busca compreender, então, como a reação social pode ser decisiva para a estigmatização do sujeito, abordando, com enfoque criminológico, o processo de eleição desses comportamentos humanos e definindo a rotulação como fator determinante para a criminalização.

Ainda neste capítulo será abordada a Teoria da Inibição Reintegradora, uma das vertentes modernas do *Labelling Approach*, que propõe uma abordagem positiva da reação social a partir da vergonha. É nesse sentido que se verifica que o controle social penal fundamenta as mazelas do estigma social, sendo preciso encontrar propostas concretas de política criminal que fortaleçam a consciência individual e que reajam à criminalidade de forma efetiva, rechaçando a ideia da estigmatização.

Na terceira parte, após a análise dos fundamentos do sistema punitivo ideológico da defesa social, busca-se discorrer como tais alicerces agravam ainda mais a situação de crise cujas falhas nas funções de prevenção e ressocialização desafiam a legitimidade do sistema. É possível afirmar que o padrão de justiça penal é eficaz o suficiente para solucionar o problema. Nesse contexto, os métodos consensuais de solução de conflitos complementam o sistema formal de justiça, surgindo como uma alternativa palpável de controle no modelo alternativo apresentado pela justiça restaurativa, a forma como ocorre o processo restaurativo modifica o pensamento estancado de que o criminoso é um ser inatingível e inajustável, justamente por

contar com a participação ativa da comunidade esta modalidade de justiça faz transparecer outro lado do crime como um problema social, trazendo a ideia de que a humanização do procedimento transforma as partes em sujeitos de direito em oposição à objetificação dos envolvidos em processos penais tradicionais.

Ainda neste capítulo, apresenta-se os elementos da teoria do reconhecimento do outro (de Emmanuel Lévinas sobre a “ética alteridade” e também de Luís Alberto Warat com a noção de outridade), como fundamentos éticos para a construção de relacionamentos para embasar a hipótese da justiça restaurativa. Por fim, apresenta-se as principais dificuldades na aplicação prática do sistema restaurativo, que perpassam pelas barreiras culturais de aceitação de um novo paradigma de justiça diferente até os obstáculos existentes na própria legislação brasileira.

O objetivo do presente estudo é apresentar a justiça restaurativa como um método mais eficaz que, ao redefinir o conceito de punição como uma violação a relações interpessoais, possibilita uma participação mais ativa dos interessados e da própria comunidade e isso tende a modificar a reação da sociedade. Somente seria possível reverter a sistemática atual por meio de propostas concretas de política criminal que fortaleçam a consciência individual, envolvendo a conciliação, a reparação, a aproximação entre agressor e vítima, agressor e comunidade. Ao compreender que o crime é um problema social e que, portanto, depende da participação ativa da comunidade para que o seu desfecho seja de fato restaurador.

O método escolhido para desenvolver a pesquisa, de caráter eminentemente teórico, foi o dedutivo, com revisão bibliográfica e documental, partindo de premissas gerais e verdadeiras relacionadas à falência no sistema punitivo tradicional, pautado em discursos de defesa social e teorias que buscam justificar a aplicação da pena, pontuando, ainda, a respeito da construção do estigma social do criminoso e das teorias que estudam a reação social, objetivando chegar a uma conclusão específica a respeito da utilização da justiça restaurativa, baseada, entre outros pilares, no diálogo, no empoderamento das partes e na ética da alteridade, como método mais eficaz para a ressocialização do criminosos e, conseqüentemente, para o controle da criminalidade.

## 1 DISCURSOS LEGITIMADORES DO SISTEMA PUNITIVO E A SUA INEFICÁCIA

O direito penal, diante do crescimento da sensação generalizada de desconfiança e desordem social, é apresentado simbolicamente como um verdadeiro aparato de defesa do cidadão e instrumento imprescindível na manutenção do controle social e prevenção da criminalidade. A promoção desta imagem pode ser atribuída notadamente a interesses políticos de legitimação de poder, bem como à forte influência da mídia na formação de opinião em massa.

A legitimidade do sistema penal pode ser entendida como “a característica outorgada por sua racionalidade”, ou seja, o sistema penal se apresenta utopicamente como um “exercício de poder planejado racionalmente”, entretanto, esta racionalidade não se sustenta pela falta de coerência e veracidade em sua aplicação prática.<sup>1</sup> Com o aumento da popularidade do direito penal crescem também os discursos punitivistas que defendem a criminalização de novas condutas, o agravamento das penas existentes, a ampliação da intervenção estatal e até mesmo a possibilidade de aplicação de penas severas proibidas constitucionalmente no ordenamento jurídico pátrio, ainda que em flagrante retrocesso social, como se a “inflação do direito penal” pudesse solucionar o problema da criminalidade moderna.

Nesse diapasão se insere o chamado “direito penal simbólico”<sup>2</sup>, que consiste no conjunto de normas penais elaboradas no clamor da opinião pública, suscitadas geralmente na ocorrência de crimes violentos, envolvendo pessoas famosas, com grande repercussão na mídia, dada a atenção para casos determinados, específicos e escolhidos sob o critério exclusivo dos operadores da comunicação, objetivando escamotear as causas históricas, sociais e políticas da criminalidade, como se a única resposta para a segurança da sociedade residisse na criação de novos e mais rigorosos comandos normativos penais.

Este discurso, no entanto, não é atual, a busca de soluções por meio do direito penal, mais especificamente nas punições por ele previstas, remontam aos discursos legitimadores da própria pena, que perpassam primeiramente pela ideia de vingança, suplício, onde o mal somente poderia ser retribuído com outro mal, posteriormente pela escravidão dos aprisionados

---

<sup>1</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 16.

<sup>2</sup> Este termo é usado para caracterizar dispositivos penais "que não geram, primariamente, efeitos protetivos concretos, mas que devem servir à manifestação de grupos políticos ou ideológicos através da declaração de determinados valores ou o repúdio a atitudes consideradas lesivas. Comumente, não se almeja mais do que acalmar os eleitores, dando-se, através de leis previsivelmente ineficazes, a impressão de que está fazendo algo para combater ações e situações indesejadas" (ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2ª ed. Org. e Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 47).

e exploração dos trabalhos forçados, até a ideia correccionalista<sup>3</sup> que busca corrigir o comportamento do indivíduo embasando a sua legitimidade na concepção de ressocialização e prevenção.

O marco temporal da origem da pena não pode ser exatamente definido, mas certo que é tão antigo quanto a própria humanidade. Já a pena privativa de liberdade considerada como sanção penal pode ser atribuída ao século XVIII. Antes disso, é possível encontrar alguns resquícios de correção e moralização de delinquentes por intermédio da pena de prisão, porém, durante vários séculos ela servia apenas como depósito daqueles que aguardavam o julgamento com a aplicação da verdadeira pena, que poderia consistir em penas de morte, corporais, infamantes e de trabalhos forçados.<sup>4</sup>

Quando passou a funcionar como sanção, os fundamentos iniciais da pena se encontravam no mercantilismo e exploração de mão de obra, sem critérios definidos para determinar a sua duração e sequer a sua própria aplicação, assim, por não haver uma concepção adequada do relacionamento entre punição e crime, as sentenças eram desproporcionais em sua maioria.<sup>5</sup> Na idade moderna, calcados nas bandeiras do Iluminismo e com ideais que influenciaram diretamente o movimento revolucionário francês, filósofos, moralistas e juristas se insurgiram contra as concepções arbitrárias e incertas da legislação penal vigente, demandando por condições de cumprimento da pena que respeitassem as liberdades e a dignidade do indivíduo.<sup>6</sup>

Neste contexto foi escrita a obra *Dos Delitos e das Penas* de Marquês de Beccaria, que serviu como um marco de mudança na visão, função e aplicação das penas. A obra de 1764, que orienta até os dias de hoje a aplicação da pena e o processo penal, defendeu a formalização do direito processual e substantivo por meio da utilização de princípios basilares nos julgamentos, como a legalidade, a proporcionalidade, a imparcialidade do juiz, a presunção de inocência, a igualdade, sob a justificativa de que “todo exercício do poder que deste fundamento

---

<sup>3</sup>“A teoria correccionalista sustenta a ideia de que a pena deve ser utilizada com a finalidade curativa. Não deve castigar ou infligir mal, mas regenerar o delinquente, a partir da aplicação de métodos ressocializadores adequados às suas tendências e falhas da sua personalidade.” (GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 189-190). Em outras palavras, urge que o direito ajude o criminoso, considerado um incapaz, a fazer as suas escolhas, restringindo a sua liberdade para evitar influências negativas e possibilitar um trabalho direcionado à correção para a eliminação de sua vontade injusta. (CEREZO MIR, José. *Derecho penal: parte general*. Lima: Ara/RT, 2007, p. 132.)

<sup>4</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 27-28.

<sup>5</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 109.

<sup>6</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 52.

se afastar constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo”<sup>7</sup>.

Sob a influência das concepções de Beccaria e outros expoentes do período, como Voltaire, Montesquieu e Bentham, no início do século XIX inicia-se a fase de humanização da pena, “esse movimento tinha por raiz a palavra ‘humano’, o que significava que o homem era colocado no centro do universo, na condição de atenção de todas as preocupações políticas, econômica e sociais”.<sup>8</sup> Nesses moldes, a utilidade comum e o contrato social são a base da justiça humana, o contrato legitima o exercício do poder punitivo pelo próprio Estado e justifica o sacrifício necessário de parte da liberdade individual em prol da máxima felicidade do maior número. O dano social constitui, pois, a essência e a medida do delito no direito penal e a defesa social constitui o elemento fundamental da teoria da pena.<sup>9</sup>

Nos anos do século XVIII e na primeira metade do século XIX, após a contribuição de Cesare Beccaria, desenvolveram-se os estudos da Escola Clássica Criminal, também chamada idealista, filosófico-jurídica ou crítico-forense, que, fazendo uso do método lógico-abstrato ou dedutivo, fundamenta-se no livre-arbítrio<sup>10</sup>, de matizes individualista e liberal, considerando o crime como instituto jurídico e a pena, meio retributivo. Para os clássicos, a pena é uma retribuição jurídica à violação voluntária do contrato causada pelo sujeito, que tem como objetivo o restabelecimento da ordem jurídica violada.<sup>11</sup>

Mais de um século após a publicação da obra de Beccaria, Cesare Lombroso<sup>12</sup>, sucedido por Enrico Ferri<sup>13</sup> e Rafael Garofalo<sup>14</sup>, publica a obra *O homem delinquente* e inaugura

---

<sup>7</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007, p. 19-20.

<sup>8</sup> ANITUA, Gabriel Ignácio. Histórias dos pensamentos criminológicos. Rio de Janeiro: Revan, 2008. p.70.

<sup>9</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 34-35.

<sup>10</sup> “Para os clássicos, a explicação dos delitos é a vontade inteligente e livre dos homens, porque eles têm liberdade moral. [...] Os defensores da tese livre-arbitrista afirmam que nós temos a consciência da liberdade das nossas ações e que tal consciência prova existir a liberdade moral”. (GARCIA, Basileu. Instituições de direito penal. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 197).

<sup>11</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 86.

<sup>12</sup> Lombroso foi o criador da Antropologia Criminal e sua pesquisa é voltada para justificar o mal e o crime através de características físicas e fisiológicas do sujeito, indicando que o criminoso é geneticamente determinado para o mal por razões congênitas. (LOMBROSO, Cesare. O homem delinquente. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007).

<sup>13</sup> Ferri descrevia que “antes de estudar o crime como ‘ente jurídico’ e infração da lei penal, era preciso estudá-lo e conhecê-lo como ação humana, isto é, como fenômeno natural e social, notando-lhe as causas tanto naturais como sociais e avaliando-o como expressão antissocial de uma dada personalidade delinquente”. (FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998, p. 62).

<sup>14</sup> Garofalo apresenta a ideia de sociologia criminal e busca conceituar o que ele denomina de delito natural através de estudos da sociedade: “Não podendo pedir ao homem da lei a definição do delito, como pediria ao químico a de sal ou de ácido e ao físico a de eletricidade, de som ou de luz, o sociólogo tem de procurá-la por si próprio. Só quando o naturalista souber dizer-nos o que entende por delito é que nós poderemos saber quem são os

um novo período científico e que marca o início da Escola Positiva<sup>15</sup>.<sup>16</sup> Conforme Roberto Lyra: “a Escola Positiva, também chamada italiana, nova ou moderna (Lombroso, Ferri, Garofalo, Fioretti), é determinista e defensivista, encarando o crime como fenômeno social e a pena como meio de defesa da sociedade e de recuperação do indivíduo”<sup>17</sup>.

De fato, a incessante busca intelectual por uma justificativa para o porquê de punir é uma questão de alta relevância e de inegável atualidade, pois envolve a legitimação e os limites do poder estatal. Deve-se ter em mente, de forma clara, com base em quais pressupostos justifica-se que o Estado prive a liberdade de algum de seus cidadãos ou intervenha de outro modo, restringindo os seus direitos, para que a atividade estatal não descambe em puro arbítrio.<sup>18</sup>

Além disso, verifica-se que o discurso também pode exercer uma função de dominação e de manutenção do poder. Logo, é fácil perceber porque as instituições jurídico-penais reproduzem estas racionalizações discursivas, como exemplificam os discursos punitivos de “caçar criminosos, vagabundos, marginais”. Tal retórica se constrói a partir da dicotomia entre cidadãos de bem e do mal e é bastante utilizada no movimento *Lei e Ordem*<sup>19</sup> e no fundamento teórico do Direito Penal do Inimigo<sup>20</sup>. Como reflexo desta ânsia punitiva denominada de

---

delinquentes. (GAROFALO, Rafael. Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal. Ed. Petrias. Campinas, 1997, p. 9).

<sup>15</sup> “A Escola Positiva, assentada ideologicamente no determinismo, afirmará que o delinquente não passa de um homem determinado a produzir aquela conduta, da qual não deve responder, por não haver sido livre. Seus traços biológicos ou patológicos são os que induzem a um ser humano à comissão de delitos, de condutas antissociais. O que importa destacar não é a culpabilidade, mas a eventual perigosidade dos cidadãos, frente aos quais há que se adotar medidas de segurança”. (CARBONELL MATEU, Juan Carlos. Derecho penal: concepto y principios constitucionales. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 239.)

<sup>16</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 87-88.

<sup>17</sup> LYRA, Roberto. Expressão mais simples do direito penal. Rio de Janeiro : Ed. Rio, 1976, p. 28.

<sup>18</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega: 1998, p. 15.

<sup>19</sup> A política de tolerância zero à criminalidade, chamada de “Lei e Ordem” (Law and Order), foi adotada na década de 90 em Nova Iorque pelo prefeito Rudolph Giuliani, e funcionou como um “cheque em branco para perseguir agressivamente a pequena delinquência e reprimir os mendigos e os sem-teto nos bairros deserdados”. Referida política foi midiaticamente difundida como a solução dos problemas para conter a criminalidade e a desordem “e com ela a retórica militar da guerra ao crime e da reconquista do espaço público, que assimila os delinquentes (reais ou imaginários), sem-teto, mendigos e outros marginais a invasores estrangeiros - o que facilita o amálgama com a imigração, sempre rendoso eleitoralmente” (WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 16-19).

<sup>20</sup> O chamado Direito Penal do Inimigo, desenvolvido pelo professor alemão Günter Jakobs, na segunda metade da década de 1990, procura traçar uma distinção entre um Direito Penal do Cidadão e um Direito Penal do Inimigo. Segundo Jakobs “o Direito penal conhece dois polos ou tendências de suas regulações. Por um lado, o trato com o cidadão, em que se espera até que este exteriorize seu fato para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o trato com o inimigo, que é interceptado prontamente em seu estágio prévio e que se combate por sua periculosidade”. (JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. Madrid: Editora Thosom Civitas, 2003, p. 42). Manuel Cancio Meliá, analisando a proposta de Jakobs, esclarece: “Segundo Jakobs, o Direito penal do inimigo se caracteriza por três elementos: em primeiro lugar, se constata um amplo adiantamento da punibilidade, quer dizer, que neste âmbito, a perspectiva do ordenamento jurídico-penal é

populismo penal, aumenta a vontade de controle, no qual se reproduz uma lógica racional totalitária. O direito, na sua narcísica dimensão, pretende dar conta de toda complexidade do real, na promessa de segurança e felicidade.<sup>21</sup>

Apesar da aparente transição realizada ao longo dos últimos dois séculos de uma política penal repressivista para uma idealização mais liberal e progressista de punição, observa-se que os problemas inerentes às ordens sociais atuais e à própria consciência social dos indivíduos impedem uma atividade de reforma verdadeiramente construtiva. Assim, acaba por prevalecer a ideia culturalmente arraigada no pensamento social de que a punição é o caminho mais eficaz para a manutenção da ordem social:

A consequência fatal é um retorno à doutrina pessimista de que a natureza perversa do homem só pode ser contida através da degradação do nível das prisões abaixo do das classes subalternas livres. A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver seus problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita.<sup>22</sup>

Diante da desconstrução das funções do direito penal, que, em verdade, reforçam e pregam a segregação, o extermínio e a neutralização dos criminalizados, frases como “bandido bom é bandido morto” no campo do senso comum, decorrentes de um populismo penal midiático, assim como o apego aos ideais do "Direito Penal do Inimigo" no campo jurídico, calcado no tratamento mais rigoroso aos violadores da norma penal, têm sido reproduzidos para justificar e até mesmo prescrever a forma atual de funcionamento do nosso sistema penal seletivo.

Essa é a grande celeuma que circunda o próprio conceito da pena na atualidade, notadamente se exerce as funções para as quais foi pensada (prevenção geral e especial) ou se encontra bases na dominação e manutenção do poder. No campo de disputa entre a consolidação de discursos repressivos ou humanitários da pena, mister sejam analisados os princípios que a alicerçam em paralelo com a ideologia de defesa da sociedade para a qual foi pensada.

Após traçar brevemente o histórico da pena e discorrer sobre os discursos que a fundamentam, o presente trabalho irá abordar de forma mais aprofundada a ideologia da defesa

---

prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), em lugar de – como é habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido). Em segundo lugar, as penas previstas são desproporcionalmente altas: especialmente, a antecipação da barreira de punição não é tida em conta para reduzir em correspondência a pena ameaçada. Em terceiro lugar, determinadas garantias processuais são relativizadas ou, inclusive, suprimidas." (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal Del enemigo*. Madrid: Editora Thosom Civitas, 2003, p. 79-81).

<sup>21</sup> SCAPINI, Marco Antonio de Abreu; SAAVEDRA, Giovanni Agostini Saavedra. Pena e Democracia: uma análise da presentificação da barbárie e do sentido moral dos discursos legitimadores das práticas punitivas. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2009, p. 226.

<sup>22</sup> RUSCHE, Georg; KIRCHHERIMER, Otto. Punição e estrutura social. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 282.

social, que se vale da tutela da sociedade como discurso para justificar a atuação repressiva do Estado contra qualquer comportamento que ameace o seu bem-estar e harmonia. Em seguida, serão apresentadas as demais teorias justificadoras da pena aplicadas pelo sistema de justiça penal tradicional, ressaltando as suas funções e finalidades para, ao final, demonstrar como tais teorias são falhas quando transportadas para a realidade prática do sistema carcerário e não atingem os fins para os quais foram criadas.

### 1.1 A Ideologia da Defesa Social e os Princípios Legitimadores da Pena

O discurso da defesa social é utilizado para legitimar a aplicação da pena e aparece no cenário das ciências penais pregando a reação estatal frente à periculosidade do delinquente. Representada inicialmente por Von Liszt, a teoria defendia que a pena deveria garantir da forma mais efetiva possível a defesa da sociedade, rejeitando a imposição de penas insuficientes, rotineiramente abrandadas pela indulgência dos tribunais. Sendo assim, a missão do direito penal seria a luta contra a criminalidade, vista como fenômeno social, visando garantir a proteção aos bens jurídicos tutelados pela norma penal. “O dano social e a defesa social constituem, neste sistema, os elementos fundamentais, respectivamente, da teoria do delito e da teoria da pena”.<sup>23</sup>

Apesar da defesa social assumir diferentes significados no decorrer dos tempos, chegando, inclusive, a configurar conceitos contraditórios dentro de um mesmo contexto histórico, é certo que ela consiste em uma base teórica que permeia a ciência do direito penal na medida em que se apresenta de forma recorrente como justificção do poder punitivo<sup>24</sup>. Nesse sentido, a defesa social consistiria em um movimento de política criminal fundamentado em uma visão de defesa da sociedade em primeiro lugar, consolidando a posição do Estado nesse cenário, onde todas as ações de repressão devem voltar-se exclusivamente sobre a pessoa do autor, uma espécie de direito penal do autor, em detrimento do direito penal do fato<sup>25</sup> tradicionalmente adotado.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 34.

<sup>24</sup> SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940). Tese apresentada no Programa de Estudos Pós-Graduados em História da Ciência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 8.

<sup>25</sup> Segundo o Direito Penal do Fato “um ser humano responde legalmente por seu comportamento, não pelo que é ou pensa. Isso significa que o Direito regula a coexistência externa dos indivíduos, não a sua existência ou consciência” (ZEIDAN, Rogério. *Ius puniendi*, estado e direitos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 60).

<sup>26</sup> OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. Revista Direito em Debate. vol. 18, n.º 31, jan.-jun. 2009, p. 93-94.

Destaca-se que o termo ideologia é utilizado aqui em seu sentido negativo, para expor uma falsa crença, que legitima instituições sociais atribuindo-lhes funções ideais diversas das realmente exercidas, especialmente no que diz respeito às “idealizações mistificantes das funções reais dos institutos penais”, identificada como ideologia da defesa social.<sup>27</sup> Esta ideologia baseia-se na ideia de que a sociedade deve reagir em defesa da manutenção do bem-estar social contra qualquer ataque que ameace a sua conservação, sendo assim, a pena nada mais é do que um instrumento defensivo em resposta às investidas da criminalidade, nesse sentido conceitua Andrade:

Nestas condições, se o homem está fatalmente determinado a cometer crimes, a sociedade está igualmente determinada – através do Estado – a reagir em defesa de sua própria conservação, como qualquer outro organismo vivo, contra os ataques às suas condições normais de existência. A pena é, pois, um meio de defesa social. Contudo, na defesa da sociedade contra a criminalidade, a prevenção deve ocupar o lugar central, porque muito mais eficaz do que a repressão.<sup>28</sup>

Depreende-se, pois, que a defesa social constitui o fundamento dos discursos repressivos ligados ao sistema penal, direcionando sua atuação ao autor do delito, sendo que a medida da pena era sopesada com base no determinismo e na potencial periculosidade social do agente, que os positivistas identificaram como “anormalidade”, e a finalidade era a eliminação ou atenuação das suas causas.<sup>29</sup> Nessa perspectiva, a *temibilidade*, bastante similar à ideia de periculosidade presente ainda no sistema atual, deveria ser utilizada como base dosimétrica da punição e o fundamento do direito de punir seria a defesa social posta em perigo pela potencialidade de perigo do sujeito.

Nesse diapasão, a escola da defesa social, forjada por experiências penais e criminológicas, abdicou do convencional projeto de responsabilização do sujeito pelos resultados externos da ação (direito penal do fato) para submetê-lo à aplicação judicial da pena lastreada em suas condições pessoais, tais como sua história e suas opções de vida (direito penal de autor)<sup>30</sup>, e é justamente esta espécie de punição, fundada em qualidades próprias do sujeito que acabam por acentuar a seletividade do sistema.

*A posteriori*, já se aproximando das ideias do direito penal moderno, com a adoção e consolidação de um direito penal do fato, a teoria da defesa social precisou ser reformulada a

---

<sup>27</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 46.

<sup>28</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 38.

<sup>29</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 39.

<sup>30</sup> CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 219.

fim de conciliar um direito penal que ao mesmo tempo tivesse legitimidade para intervir sobre a “personalidade perigosa” do indivíduo e para proteger os seus direitos fundamentais, “daí em diante convivem o discurso de garantia do indivíduo com o discurso da defesa social; o discurso do homem como limite do poder punitivo e o discurso do homem como objeto de intervenção positiva desse mesmo poder, em nome da sociedade”.<sup>31</sup>

Alessandro Baratta faz uma reanálise detalhada da ideologia da defesa social condensando-a em princípios que são aplicados para fundamentar a pena, sendo que ao longo do seu livro *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal* dedica um capítulo específico para negar cada um destes princípios, analisando os argumentos que os negam:

a) Princípio de legitimidade: a sociedade atribui um poder legítimo ao Estado, que o exerce por meio das instâncias oficiais de controle social, tornando-o detentor do *jus puniendi*, cuja função é combater a criminalidade e manter a ordem social.

b) Princípio do bem e do mal: este princípio divide a sociedade em dois grupos, os cidadãos de bem, respeitadores dos valores sociais, e os desviantes, que representam o elemento negativo. Esse princípio representa basicamente a noção de “Direito Penal do Cidadão e Direito Penal do Inimigo” de Jakobs<sup>32</sup>.

c) Princípio de culpabilidade: há um paralelo entre a culpabilidade inerente ao crime e os delitos naturais, que seriam considerados comportamentos reprováveis pela sociedade antes mesmos de sua tipificação no ordenamento jurídico.

d) Princípio da finalidade ou da prevenção: a finalidade da pena vai além da retribuição e deve exercer precipuamente a função de ressocializar o sujeito, visando, pois, a prevenção da prática de novos delitos.

e) Princípio de igualdade: todas as leis, especialmente as penais, devem ser aplicadas igualitariamente para todos, portanto, qualquer um que praticar uma violação que contrarie o ordenamento jurídico estará sujeito às sanções previstas, independentemente de suas condições pessoais.

---

<sup>31</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 40.

<sup>32</sup> “[...] o Direito penal conhece dois polos ou tendências em suas regulações. Por um lado, o tratamento com o cidadão, esperando-se até que se exteriorize sua conduta para reagir, com o fim de confirmar a estrutura normativa da sociedade, e por outro, o tratamento com o inimigo, que é interceptado já no estado prévio, a quem se combate por sua periculosidade” (JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal Del enemigo*. Madrid: Editora Thosom Civitas, 2003, p. 37).

f) Princípio do interesse social e do delito natural: as condutas penais tipificadas são àquelas eleitas de acordo com o interesse social, a fim de tutelar os bens jurídicos considerados mais relevantes pela sociedade como um todo.

Na crítica à ideologia da defesa social, Baratta aponta a importância dos meios alternativos de controle, não menos rigorosos, mas que podem se mostrar mais eficazes, furtando-se de cair em uma política reformista que consiste em simples extensão do direito penal e que legitima o sistema repressivo tradicional. Neste sentido, destaca-se a proposta de uma política criminal alternativa ao direito penal desigual, uma reforma do processo, da organização judiciária, da polícia, além da substituição de sanções penais por formas de controle não estigmatizantes, a fim de reduzir a criminalização seletiva que opera em níveis institucionais e propagar o desenvolvimento de formas mais humanas de vida comunitária.<sup>33</sup>

A intervenção exacerbada do Estado no âmbito da repressão e da punitividade, ainda que justificada pela defesa da sociedade, demonstra radical potência para romper com a legalidade e produzir ofensa aos direitos fundamentais, em especial à liberdade.<sup>34</sup> Nesse trilhar, com base nas ideias defensivistas, qualquer forma de repressão estaria legitimada em nome do combate aos maus:

Se, de um lado, a defesa social exprime a ideia de proteção da sociedade contra o crime e os criminosos, por outro lado, coloca a questão da criminalidade como algo que precisa ser combatido, exprimindo-se a ideia de guerra, de “luta contra o crime”. Nesse enfoque, pressupõe-se que a sociedade é dividida entre indivíduos bons (pessoas de bem) e maus – perigosos, criminosos, por conseguinte transforma os réus em inimigos da sociedade, contra os quais estariam justificadas todas as formas de repressão.<sup>35</sup>

Dessume-se, ainda, que o discurso da defesa social é bastante sedutor, pois encontra respaldo na ideia de proteção de bens jurídicos para fundamentar o aumento da intervenção do poder punitivo estatal, mas, por outro lado, também serve de instrumento para facilitar a ampliação de ideologias repressivas e simbólicas que caracterizam Estados distintos dos democráticos.<sup>36</sup> Segue-se, no particular, o entendimento de Massimo Pavarini:

---

<sup>33</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 202-203.

<sup>34</sup> CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 227.

<sup>35</sup> SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940). Tese apresentada no Programa de Estudos Pós-Graduados em História da Ciência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010, p. 10.

<sup>36</sup> GOMES, Geder Luiz Rocha. O conflito entre a defesa social e o respeito às garantias fundamentais. Revista Jurídica. Unifacs. Salvador, 2008, p. 17

A defesa social reivindica o mérito de haver liberado a política criminal (e em particular a penal) das hipotecas de velhas interpretações transcendentais e míticas e de havê-la reconduzido a uma prática científica através da qual a sociedade se defende do crime. A defesa social é, portanto, uma ideologia extremamente sedutora, enquanto é capaz de enriquecer o sistema repressivo (vigente) com os atributos da necessidade, da legitimidade e da cientificidade.<sup>37</sup>

Destaca-se que a defesa social analisada de forma crítica no presente trabalho não se confunde com a ideia trazida pela teoria intitulada de *Nova Defesa Social*, segundo a qual há uma mudança nos postulados da punição, pois o objetivo passa a ser somente a proteção da sociedade frente às ações delituosas e não a punição do agente que as praticou. “A expressão ‘*Défense Socia*’ significa hoje o conceito abrangente de todas as medidas da sociedade contra delinquentes e apenados, que tem a finalidade de ressocializar estas pessoas”.<sup>38</sup>

As ideias da Nova Defesa Social, defendidas principalmente por Marc Ancel, buscam atualizar, melhorar e humanizar a atividade punitiva estatal, primando por um exame crítico das instituições penais vigentes e distanciando-se da função retributiva da pena para abraçar a ideia da ressocialização, considerando um tratamento humano e que leve em consideração as garantias fundamentais do preso.

A legislação atual, por outro lado, distancia-se da corrente moderna de defesa social ao pregar o agravamento das sanções penais e a limitação de garantias constitucionais, a exemplo da Lei dos Crimes Hediondos. Todavia, conforme defende Baratta, a pena não pode ser o único meio de defesa social; antes, o maior esforço da sociedade deve ser aplicado na prevenção do delito, por meio do melhoramento e desenvolvimento das condições da vida social.<sup>39</sup>

Apesar da evolução das teorias criminológicas e sua tentativa em mudar o enfoque de análise do fenômeno criminal, verifica-se que o discurso da defesa social nos moldes elaborados pelas Escolas Penais Clássica e Positiva permanece vivo e, cada vez mais, vem sendo utilizado para legitimar a aplicação da pena, o incremento do poder punitivo, a supressão de direitos humanos e a intensificação das atitudes intervencionistas do Estado, por vezes, levado ao extremo.

A ideia deste tópico foi, portanto, conceituar o discurso da defesa social para demonstrar como ele vem sendo constantemente reproduzido na sociedade, utilizado como

---

<sup>37</sup> PAVARINI, Massimo. Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução por Ignaci Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 49.

<sup>38</sup> ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, v. 12, p. 237-246, 1996, p. 245.

<sup>39</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 35.

bandeira de combate à criminalidade, que incentiva a segregação e o tratamento daquele que violou a norma penal como um inimigo social. Ao lado das teorias da pena que fundamentam a legitimidade do sistema penal, apresentadas no tópico seguinte, a ideologia da defesa social ainda justifica as atitudes repressivas do Estado ao mesmo tempo em que fortalece os rótulos socialmente estabelecidos e a distância entre aqueles considerados normais e aqueles que representam a ameaça ao corpo social.

## 1.2. Teorias Justificadoras da Pena

Conforme demonstrado na introdução deste capítulo, a relação entre pena e direito penal é visceral, tanto que o próprio surgimento do direito penal se confunde com a história da pena. O direito penal foi construído de tal modo que não é imaginado sem o poder de punir, ou seja, sem a aplicação da própria pena, que, por sua vez, é o principal instrumento utilizado para controlar os comportamentos violadores das normas. Assim, para uma melhor compreensão da sistemática da punição nos moldes atuais, faz-se mister uma análise das teorias que buscam justificar a sua aplicação.

A intervenção penal estatal, paralela à teoria de defesa da sociedade, empenhou-se ao longo da história em buscar fundamentos racionais para justificar a aplicação da pena, como forma de legitimar a própria missão do Direito Penal. Jorge de Figueiredo Dias explica que ao analisar as finalidades da pena, busca-se compreender o próprio direito penal:

[...] o problema dos fins da pena criminal é tão velho quanto a própria história do direito penal e [...] tem sido discutido, vivamente e sem soluções de continuidade, pela filosofia (tanto pela filosofia geral como pela filosofia do direito), pela doutrina do Estado e pela ciência (global) do direito penal. A razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo dos tempos está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda teoria do direito penal que se discute e, com particular incidência, as questões fulcrais da legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal. Por isso se pode dizer, sem exagero, que a questão dos fins das penas constitui, no fundo, a questão do destino do direito penal.<sup>40</sup>

Segundo a divisão mais tradicional das doutrinas justificadoras da pena, elas se polarizam em duas categorias gerais: teorias absolutas e teorias relativas. Sendo absolutas as que vislumbram a pena como um fim em si própria, como a retribuição ou a reação a um mal injusto (crime) com um mal justo (castigo). Já as teorias relativas podem ser consideradas utilitaristas, pois concebem a pena como um meio para se atingir o fim utilitário que consiste

---

<sup>40</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*, 2º ed. *Questões Fundamentais a questão do Crime*. Coimbra: editora Coimbra, 2001, p. 43-44.

na prevenção delitiva.<sup>41</sup> Na classificação adotada por Luigi Ferrajoli, essas duas classes de doutrinas são divididas em outros subgrupos:

As doutrinas absolutas ou retributivistas foram divididas tendo como parâmetro o valor *moral* ou *jurídico* conferido à retribuição penal. As doutrinas relativas ou utilitaristas, por seu turno, são divididas entre teorias da *prevenção especial*, que atribuem o fim preventivo à pessoa do delinquente, e doutrinas da *prevenção geral*, que, ao invés, atribuem-no aos cidadãos em geral. Por derradeiro, a tipologia das doutrinas utilitaristas foi recentemente enriquecida com uma nova distinção, qual seja, aquela entre doutrinas de *prevenção positiva* e doutrinas de *prevenção negativa*, dependendo do fato da prevenção – especial ou geral – realizar-se positivamente, por meio da correção do delinquente ou da integração disciplinar de todos os cidadãos, ou, negativamente, por meio da neutralização daquele ou da intimidação destes.<sup>42</sup>

Assim, partindo da ideia geral das doutrinas principais, absoluta e relativa, teorias que defendem a imprescindibilidade da pena surgiram com justificativas específicas e cada qual abarcando as necessidades de seu tempo, na tentativa de legitimar o poder punitivo estatal e realizar o controle social da criminalidade, ora com foco na sociedade, ora na pessoa do criminoso.

Entre os expoentes da Teoria Retributiva da pena estão Immanuel Kant e Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Kant concebeu uma função retributiva à pena de caráter ético, ou seja, “a lei penal é um imperativo categórico”<sup>43</sup> que correspondente à realização da própria justiça, portanto, a pena seria um fim em si mesma, uma vez que “somente o direito de retaliação (*ius talionis*) pode oferecer com segurança a qualidade e quantidade da punição; todos os outros critérios oscilando de um lado a outro e não podendo, devido a outras considerações imiscuídas, adequar-se ao veredicto da pura e estrita justiça”<sup>44</sup>.

O critério moral apresentado por Kant é, portanto, o fundamento da retribuição da pena que deverá ser aplicada em observância ao princípio da igualdade e de forma proporcional ao mal cometido, sem outro propósito específico, mas apenas porque o indivíduo cometeu o crime: “O mal imerecido que você causa a um outro do povo, portanto, é um mal que você faz a si mesmo”<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 203.

<sup>42</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 204-205.

<sup>43</sup> KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013. p. 118.

<sup>44</sup> KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013. p. 119.

<sup>45</sup> KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013. p. 119.

Já Hegel, apesar de estar em sintonia com Kant no sentido de que a pena repousa na ideia de retribuição sem atribuir a ela finalidade específica, apresenta uma justificativa diferente ao conceber a pena como uma retribuição jurídica, baseada na dialética de que o crime seria uma ação racional do criminoso e a pena, portanto, deveria atuar como negação do crime.<sup>46</sup> Nesse sentido, “o direito passa a ser a reconciliação consigo mesmo na pena. Do ponto de vista objetivo, há reconciliação por anulação do crime e nela a lei restabelece-se a si mesma e realiza a sua própria validade”<sup>47</sup>.

A despeito do avanço histórico, as teorias absolutas não são mais sustentáveis cientificamente diante da finalidade do Direito Penal e da evolução da própria sociedade. Nessa linha, Claus Roxin tece severas críticas à aplicação da pena quando desprovida de eficácia social:

[...] o Estado, como instituição humana, não é capaz de realizar a ideia metafísica de justiça, nem está legitimado para isso. A vontade dos cidadãos o obriga a garantir a coexistência do homem em paz e liberdade; está limitado a esta tarefa de proteção. A ideia de que se pode compensar ou suprimir um mal (o crime) causando outro mal adicional (aquele do sofrimento da punição), é apenas suscetível de uma crença ou fé, à qual o Estado não pode forçar ninguém a partir do momento em que ele não recebe mais seu poder de Deus, mas do povo. Tampouco pode a tese de uma "culpabilidade" que deve ser compensada basear-se apenas em si; A culpabilidade individual está ligada à existência de uma liberdade de vontade, cuja indemonstrabilidade a torna inadequada como fundamento único das intervenções estatais. (tradução livre)<sup>48</sup>

Para Roxin, a imposição de uma pena nestas circunstâncias pode ser indesejável até mesmo sob o viés político-social, pois a imposição de um mal não pode servir para a reparação dos danos na socialização, que normalmente são as causas da prática de delitos. Com isso, a pena acaba não tendo qualquer efeito sobre a delinquência.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 89-90.

<sup>47</sup> HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997, p. 196.

<sup>48</sup> No original: [...] *el Estado, como institución humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre en paz y en libertad; está limitado a esta tarea de protección. La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el del sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo. Tampoco la tesis de una "culpabilidad" que hay que retribuir puede fundamentar por sí sola la pena; la culpabilidad individual está ligada a la existencia de una libertad de voluntad, cuya indemonstrabilidad la hace inadecuada como único fundamento de las intervenciones estatales.* (ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana* por Diego-Manuel Luzón Pena et al. Barcelona/Madrid: Civitas, 1997, p. 84).

<sup>49</sup> ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Traducción de la 2.ª edición alemana* por Diego-Manuel Luzón Pena et al. Barcelona/Madrid: Civitas, 1997, p. 84.

Em verdade, a retribuição do mal pela pena apenas legitimaria a vingança pelo Estado, dispensando-se o ofendido de manchar, ele próprio, suas mãos com o sangue do ofensor. Logo, um mal não poderia ser combatido com outro mal. Com efeito, considerando que para Roxin a função do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos, a pena só se justifica enquanto necessária para garantir tal finalidade.<sup>50</sup>

Geraldo Prado, por sua vez, critica o viés retributivo da pena como vingança Estatal. Para o autor, a consolidação da modernidade proporcionou a formação de uma estrutura de direitos e garantias de natureza penal que, ao lado de controlar a resposta estatal aos atos criminosos, lhe atenuando a brutalidade, buscou definir o Estado como entidade cujos atos de seus agentes deveriam situar-se nos marcos de uma legalidade pene de legitimidade e conformada eticamente.<sup>51</sup> Dessa forma, os atos de repressão, apuração e punição das infrações penais e de seus autores não poderiam ser, de forma alguma, equiparáveis aos atos dos próprios agentes de delito.

Apesar das críticas, é necessário reconhecer o mérito da teoria absoluta, pois a concepção retributiva acabou por limitar o poder de atuação do Estado, ao elevar a culpabilidade como princípio absoluto para a aplicação da pena, vetando qualquer tipo de pena arbitrária e desproporcional em relação ao fato praticado.<sup>52</sup> Assim, “a culpabilidade perde a antiga função de *fundamento da pena*, que legitima o poder punitivo do Estado em face do indivíduo, para assumir a função de *limitação da pena*, que garante o indivíduo contra o poder punitivo do Estado”<sup>53</sup>.

As teorias absolutas mantiveram seu domínio até a década de 60, seguidas pelos doutrinadores clássicos, porém, “as novas gerações de penalistas perceberam que a criminalidade não era fenômeno ético, filosófico ou racial, e, sim, um dado da realidade viva, que a concepção retribucionista da pena não conseguira explicar eficientemente”<sup>54</sup>, nesta toada surgiram as concepções relativas da pena, que buscavam justificar em argumentos concretos a sua necessidade e que marcaram a transição do Estado absoluto para o Estado liberal.

---

<sup>50</sup> ROXIN, Claus. Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. *Traducción de la 2.ª edición alemana* por Diego-Manuel Luzón Pena et al. Barcelona/Madrid: Civitas, 1997, p. 85.

<sup>51</sup> PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: Wunderlich, Alexandre (Org.). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 125-137.

<sup>52</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal. Parte Geral*, 2º ed. *Questões Fundamentais a questão do Crime*. Coimbra: editora Coimbra, 2001, p. 93.

<sup>53</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 464.

<sup>54</sup> BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 6.ed., rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013. p. 78.

Enquanto as teorias retributivas têm seus olhos voltados para o passado, as teorias relativas têm como referência o futuro, buscando alterar a realidade ainda por vir, com propostas concretas que visam impedir a realização de novos crimes. Assim, “se o castigo ao autor do delito se impõe, segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a penas se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte à delinquir”<sup>55</sup>. Essas teorias alteram completamente o intuito das penas e marcam uma “mudança de concepção do Direito Penal que passa a ser visto como instrumento de condução e controle social”<sup>56</sup>.

O ponto comum das teorias relativas é a concepção da pena como meio e não como um fim em si mesma. Segundo Ferrajoli, para que uma teoria da pena seja considerada útil a ponto de apresentar respostas para os questionamentos levantados quanto à real finalidade das penas, bem como de legitimar e ao mesmo limitar o poder punitivo do Estado, necessariamente deverá preencher uma série de condições:

a) A legitimação externada da pena seja separada da sua legitimação interna, isto é, seja assegurada a separação entre direito e moral que impede a autolegitimação do primeiro prescindindo dos seus conteúdos; b) Seja possível responder, além da pergunta "por que punir?" à pergunta que lhe é prejudicial "por que proibir?", a qual, evidentemente, desloca tanto a pena como as proibições em si consideradas para finalidades externas; c) Seja possível replicar em maneira pertinente e persuasiva às teses abolicionistas do direito penal, por meio do confronto entre os custos das penas que aquelas evidenciam e os danos que sem estas seriam produzidos.<sup>57</sup>

Nessa vertente, “a ideia metafísica de que se pode suprimir a culpa passada através da retribuição é, pois, substituída pela função social de impedir a verificação de crimes”<sup>58</sup>. Para cumprir tal proposta, o estudo utilitarista da pena se desdobrou em duas vertentes principais, uma voltada para a coletividade, chamada de prevenção geral, e a segunda direcionada pontualmente para agir sobre o indivíduo concreto:

A variante da prevenção geral (*i*), como o nome está a indicar, interessa-se pelo impacto que a imposição da pena deve surtir na generalidade dos cidadãos, enquanto a variante da prevenção especial, dirige a sua atenção para o impacto que a imposição da pena deve gerar no indivíduo concreto (*ii*). Entre

<sup>55</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

<sup>56</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998. p. 15.

<sup>57</sup> FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 208-209.

<sup>58</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 16-17.

uma e outra há um ponto de interseção: a missão da pena consistiria em evitar a prática do mal futuro (*poena relata ad effectum*).<sup>59</sup>

Sob tal prisma, Anselm Ritter von Feuerbach foi o autor quem desenvolveu a teoria da prevenção geral na virada do século XVIII para o XIX. Para Feuerbach, o Estado deve preocupar-se em impedir psicologicamente todo aquele que tem tendências criminosas a se comportar realmente de acordo com essas inclinações. Em uma síntese de suas ideias, conclui renomado autor que:

[...] se de todas as formas é necessário que se impeçam as lesões jurídicas, então deverá existir outra coerção junto à física, que se antecipe à consumação da lesão jurídica e que, provindo do Estado, seja eficaz em cada caso particular, sem que requeira o prévio conhecimento da lesão. Uma coação desta natureza só pode ser de índole psicológica. Dessa forma, o impulso criminoso pode ser cancelado à condição de que cada um saiba que ao fato que praticou há de seguir, ineludivelmente, um mal que será maior que o desgosto emergente da insatisfação de seu impulso ao fato.<sup>60</sup>

Cezar Roberto Bittencourt destaca que a prevenção geral está focada em atingir a coletividade social, como um reforço psicológico negativo, que busca incutir na mente humana o receio de praticar o delito em razão das consequências passíveis de recaírem sobre ele. Nesse sentido, “substitui-se o poder físico, poder sobre o corpo, pelo poder sobre a alma, sobre a psique”<sup>61</sup>. Segundo Bittencourt, o pressuposto antropológico supõe que o indivíduo ao realizar um crime irá sempre analisar as vantagens e desvantagens de praticá-la, comparando os bônus da realização da conduta com as possíveis implicações da pena cominada, que funciona, portanto, como um instrumento de coerção psicológica que intimidaria a prática do delito.<sup>62</sup>

Antônio Henrique Graciano Suxberger, em análise sobre o tema, aduz que os fundamentos da prevenção geral como forma de controle social seriam, em resumo, o medo das consequências da sanção, a racionalidade humana ao fazer suas escolhas livremente e a utilidade das condutas praticadas que, em verdade não leva em conta o bem social do comportamento, mas os interesses do próprio sujeito:

A teoria da prevenção geral ou cai na utilização do medo como forma de controle social, com o qual se chega num Estado de terror e na transformação dos indivíduos em animais, ou na suposição de uma racionalidade absoluta do homem no juízo de ponderação entre as condutas que poderá eleger, na sua capacidade de motivação, tão ficcional como a ideia de livre arbítrio, ou, por último, cai na teoria do bem social ou da utilidade pública, que tão somente

<sup>59</sup> VIANA, Eduardo. Criminologia. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 349.

<sup>60</sup> FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal* (trad. de Eugenio Zaffaroni y Irma Hagemeyer). Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1989, p. 60.

<sup>61</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

<sup>62</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134.

acoberta os interesses em jogo: uma determinada socialização das contradições e dos conflitos de uma democracia imperfeita.<sup>63</sup>

Demonstram-se assim duas bases fundamentais e ideológicas da prevenção geral: a intimidação daqueles que não praticaram a conduta ilícita, para que não se sintam motivados ou instigados à prática do crime e também a ideia de que a pena é um instrumento para manter os valores morais da sociedade e reforçar a vigência da lei e do Direito. Tais vertentes são chamadas respectivamente de negativa e positiva da prevenção geral.

Sobre o aspecto negativo da prevenção geral, Eugênio Raul Zaffaroni, Nilo Batista, Alejandro Slokar e Alejandro Alagia, centrados nas já mencionadas lições de Feuerbach, aduzem que “a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir tentação de cometer delitos”.<sup>64</sup> Com efeito, sua finalidade consistiria em atemorizar as pessoas acerca da possibilidade da pena caso o crime viesse a ser praticado e, ainda assim, servir de exemplo para os demais indivíduos da sociedade.

Cumprido ressaltar, neste ponto, que essa faceta de prevenção da criminalidade ainda tem vários adeptos no Direito Penal, sendo defendida por correntes punitivistas que enxergam no endurecimento das penas a solução para os conflitos sociais. Lado outro, a prevenção geral em seu aspecto positivo, nas palavras de Roxin, consiste na “conservação e reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico”, atuando a pena como forma de reforçar a “fidelidade jurídica do povo” ao sistema penal, advindo daí um efeito de “pacificação” da sociedade.<sup>65</sup>

Não obstante a conceituação de Roxin, atribui-se a Jakobs a sua difusão, notadamente quando o autor vincula o conceito de prevenção geral positiva à necessidade de se reafirmar a vigência da norma a partir de uma expectativa normativa frustrada pela prática de um ilícito. Entende Jakobs que a prevenção geral da criminalidade se dá positivamente quando demonstra a validade da norma, estabilizando-a, o que se realiza ao custo da punição daquele que se conduziu contra as expectativas normativas.<sup>66</sup> Nasce, a partir de tais lições, a doutrina do *Direito Penal do Inimigo*.

---

<sup>63</sup>SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, p. 116.

<sup>64</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 117.

<sup>65</sup>ROXIN, Claus. Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997, p. 91.

<sup>66</sup>JAKOBS, Günther. Derecho penal: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 9-12.

Diversamente da teoria absoluta, que visa unicamente o castigo pelo mal causado, mas também distinta da ideia de prevenção geral pelo temor que sentiria o potencial delinquente do castigo advindo com a prática delituosa, a prevenção especial da criminalidade tem por foco o próprio criminoso, a sua recuperação e o retorno à sociedade cujas regras violou. A justificação da pena, nesse cenário, está voltada para duas finalidades específicas que não se excluem entre si, mas concorrem de maneira cumulativa, sendo aplicadas de acordo com a personalidade/periculosidade do condenado, quais sejam: a positiva, cuja abordagem é direcionada para a ressocialização; e a negativa, voltada para a neutralização do criminoso.

No tocante à abordagem positiva, focada na ressocialização do criminoso, Peter-Alexis Albrecht a conceitua como “um modelo de tratamento, que deve compensar e mudar positivamente os defeitos pessoais e as extensas falhas de socialização, mesmo como único objetivo da execução”.<sup>67</sup> Nas palavras de Zaffaroni, Batista, Slokar e Alagia, a ideia central da prevenção especial positiva é “tentar legitimar o poder punitivo atribuindo-lhe uma função positiva de melhoramento do próprio infrator”.<sup>68</sup>

Sob o aspecto da prevenção especial negativa, conforme mencionado alhures, a prisão do criminoso acarretaria na sua inocuidade, evitando, dessa forma, um comportamento delitivo posterior. Nessa linha de intelecção, a sanção penal consistiria em verdadeiro mecanismo neutralizador, com o condão de incapacitar a prática de novos delitos e evitar a reincidência. Com uma abordagem que lhe é peculiar, Juarez Cirino dos Santos apresenta de forma crítica inúmeras contradições e aspectos negativos sobre a teoria da prevenção especial negativa, que ele denomina de *incapacitação seletiva de indivíduos*, dentre as quais merecem destaque:

- a) a privação da liberdade produz maior reincidência e, portanto, maior criminalidade;
- b) a privação da liberdade exerce influência negativa na vida real do condenado, reduzindo suas chances de futuro comportamento legal, além de formar uma auto-imagem de criminoso – portanto habituado à punição;
- c) a execução da pena privativa de liberdade representa a máxima desintegração social do condenado, com a perda do lugar de trabalho, dos laços familiares e sociais, além do estigma social de ex-presidiário;
- d) a subcultura da prisão produz deformações psíquicas e emocionais no condenado e realizam a chamada *self fulfilling prophecy*, como disposição aparentemente inevitável de carreiras criminosas;
- e) prognoses negativas fundadas em indicadores sociais desfavoráveis, como pobreza desemprego, escolarização precária etc., desencadeiam estereótipos justificadores de criminalização para correção individual por penas privativas de liberdade, cuja execução significa experiência subcultural de prisionalização, deformação pessoal e ampliação da prognose negativa de futuras reinserções

---

<sup>67</sup>ALBRECHT, Peter-Alexis. Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

<sup>68</sup>ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 125.

no sistema de controle; f) finalmente, o grau de periculosidade criminal do condenado é proporcional à duração da pena privativa de liberdade, porque quanto maior a experiência do preso com a subcultura da prisão, maior a reincidência e, portanto, a formação de carreiras criminosas, conforma demonstra o *labeling approach*.<sup>69</sup>

Depreende-se, pois, que na visão das teorias da prevenção especial (positiva e negativa) o delito é um dano social, indo além de mera violação à ordem jurídica, sendo o criminoso um perigo social que põe em risco à própria sociedade, razão pela qual é dever do Estado neutralizá-lo e recuperá-lo. Ocorre que definir a periculosidade de um indivíduo não é algo que pode ser realizado com segurança e rigor científico, pelo contrário, atestar que uma pessoa virá a reincidir, levando-se em conta apenas as suas circunstâncias pessoais e a sua vida pregressa é algo que pode ser feito somente no campo da suposição, levando-se em conta o juízo subjetivo de probabilidade.<sup>70</sup>

Critica-se, portanto, a legitimidade do poder de intervenção do Estado com base exclusivamente na suposta periculosidade social do indivíduo. No mesmo prisma, há uma avaliação negativa relacionada à violação do livre-arbítrio do sujeito ao ser compelido pelo Estado a modificar as suas condutas ou até mesmo sua personalidade para adequar-se à vontade da maioria. Questiona-se, pois, a respeito “do que pode legitimar a uma maioria para subjugar a uma minoria, conforme as suas formas de vida, de onde surge um direito a educar contra sua vontade as pessoas adultas, por que certos cidadãos não podem viver como lhes agrade?”<sup>71</sup>

Com o intuito de compatibilizar ambas as teorias da pena, absolutas e relativas, sobretudo quando uma e outra são objeto de críticas e falhas, teóricas e fáticas, surgem as chamadas “teorias mistas”. É, aliás, o que estabelece o Código Penal brasileiro, ao fixar, em seu artigo 59, os parâmetros a serem seguidos pelo juiz no ato de individualização da pena. Prevê citado dispositivo que a medida da pena deve ser aquela necessária e suficiente para reprovação (teoria absoluta) e prevenção do crime (teorias da prevenção geral e especial da criminalidade).

Para Roxin “a teoria unificadora dialética pretende evitar os exageros unilaterais e dirigir os fins da pena para vias socialmente construtivas, conseguindo o equilíbrio de todos os princípios, mediante restrições recíprocas”, acrescentando que a prevenção geral não justificaria a pena por si só, sendo salutar que a pena se conforme ao aspecto da prevenção

---

<sup>69</sup>CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008. p. 484-485.

<sup>70</sup>BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 134-135

<sup>71</sup>BUSTOS RAMÍRES, Juan. A pena e suas teorias. In: Fasciculos de Ciencias Penais. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris. v. 5, n. 3, p. 90-113, jul./set., 1992, p. 101-102.

especial.<sup>72</sup> As teorias mistas ou ecléticas procuram, pois, justificar a aplicação da pena com fundamento de ordem moral (retribuição pelo mal praticado) e de ordem utilitária (ressocialização do condenado e prevenção de novos crimes), conjugando as finalidades historicamente construídas.

Apesar da tentativa de se mesclar os aspectos positivos de mais de uma teoria, as teorias unificadas da pena são alvo de críticas no sentido de que os defeitos de tais teorias isoladas não desaparecem com a união das funções, mas apenas reforçam a insuficiência dos conceitos elaborados por cada uma delas. Ademais, admitir a cumulação de teorias que trazem conceitos e finalidades contraditórios consiste em aderir a uma pluralidade de discursos legitimadores capazes de justificar qualquer punição ao possibilitar a escolha da teoria mais adequada ao caso.<sup>73</sup>

Não obstante as teorias acima tenham buscado legitimar o atual paradigma baseado na retribuição e prevenção, percebe-se um descompasso entre seus preceitos e a realidade prática, eis que a punição não garante uma diminuição do número de crimes – isto é, não se logra preveni-los – e a retribuição, em si mesma, não constitui medida de efetivação da justiça. Há uma patente crise das funções declaradas da pena, que sustentam o discurso oficial do direito penal, justificando a intervenção estatal nessa seara. A herança das diretrizes preventiva e retributiva é apresentada como se impassível de questionamentos fosse, pelo que não se encontraria espaço para alternativas outras, que ultrapassassem esse modelo de gestão criminal.<sup>74</sup>

Com o intento de superar os discursos de justificação da pena, notadamente fluídos e desprovidos de efetividade prática, ressalta-se, aqui, a crítica elaborada a partir de uma perspectiva agnóstica do modelo punitivo atual, cujo mais expressivo expoente na atualidade é Eugênio Zaffaroni. Para o referido autor, ato de punir é um exercício de poder, que não encontra justificativas efetivamente racionais, consistindo, antes, em uma manifestação fática, de caráter essencialmente político, não cabendo perquirir-lhe os fundamentos. Para o renomado penalista, a pena não concebe uma função positiva, é “agnóstica quanto a sua função, pois confessa não conhecê-la” – diga-se, desde já, não lhe interessa saber para fundar o discurso do ator jurídico.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998, p. 44.

<sup>73</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal: parte geral. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 493.

<sup>74</sup> SANTOS, Camila de Almeida. Entre a justiça restaurativa e o acesso à justiça: reflexões e interfaces sob um olhar penal. Repositório Digital da Universidade Federal de Pernambuco, 2014, p. 34.

<sup>75</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 99.

O pensamento do autor se vê influenciado pela obra de Tobias Barreto, para quem a pena não é um conceito jurídico e sim um instituto político, tratando-se apenas de uma manifestação do poder do Estado, sem qualquer motivação racional ou finalidade jurídica (afirmação do poder punitivo estatal). Para o autor, a pena é utilizada como uma arma do Estado para tentar manter o equilíbrio no sistema de forças que é a sociedade, pois “quem procura o fundamento jurídico da pena deve procurar, se é que já não encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.<sup>76</sup>

Sendo assim, funcionaria a teoria da pena como critério limitador do poder de punir estatal, que, de qualquer sorte, necessitaria de critérios destinados a evitar arbitrariedades na prática da penalização. Cuida-se de uma política punitiva voltada à redução de danos, erguida em face de um projeto encarcerador progressivamente mais frustrado.

Na mesma linha, Salo de Carvalho acentua que a teoria agnóstica desvela os irreais argumentos sobre a punição, sobretudo sua finalidade medicinal (curativa, ou, ainda, educativa), de maneira que se faz enxergar o caráter político da pena, a partir do qual é possível conceber a minimização dos poderes arbitrários do Estado a fim de restringir, ao máximo, os danosos efeitos da prisionização.<sup>77</sup>

Nesse sentido, a teoria agnóstica da pena busca realocar a sanção penal da esfera jurídica à política, num movimento segundo o qual a resposta punitiva seria apenas uma das formas de lidar com o conflito, de modo que a maneira de resolvê-lo não socorreria, necessariamente, à judicialização.

Há vista disso, demonstradas as teorias que hoje fundamentam o sistema punitivo tradicional, eminentemente encarcerador, mister destacar que mesmo diante de sua teorização atraente (retributiva e preventiva), ainda persiste um número incontável de lacunas e omissões que deslegitimam a sua aplicação prática, notadamente em seu viés estrutural e social. É nesse contexto que o próximo tópico se desenvolve.

### **1.3 Do Cárcere à Sociedade: As Falhas do Sistema Prisional**

É possível notar que a maior parte da população se preocupa apenas com o caráter retributivo da pena, focado no castigo, na vingança e na sensação de justiça que ele transmite, ainda que de forma simbólica. A busca pela realização da justiça nestes moldes primitivos,

---

<sup>76</sup> BARRETTO, Tobias. *Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir*. Sergipe: Empreza Graphica de Paulo, Pongetti e C., 1926, p. 149-151.

<sup>77</sup> CARVALHO, Salo de. *Pena e Garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 261.

herdados historicamente do período da vingança privada, onde o homem buscava de forma desordenada, violenta e desproporcional fazer justiça com as próprias mãos, acaba por comprometer o juízo social, criando uma ignorância por vezes seletiva, que impede a sociedade de compreender o caráter eminentemente temporário do cárcere.

A ideia de que o sujeito que praticou um crime retornará ao convívio social deve fomentar a aplicação e aprimoramento de um modelo punitivo que vise a ressocialização. Ao abster-se desta incumbência, tanto a sociedade, quanto o próprio Estado como seu reflexo, acumula seres humanos, que eventualmente perderão a “humanidade”, em presídios cujas condições de infraestrutura e sobrevivência são em grande parte insalubres, fomentando uma verdadeira escola do crime, da qual eventualmente a maioria sairá formada e pronta para aplicar os conhecimentos adquiridos ao retornar ao convívio social.

Diante disso, deduz-se que, seja pela mencionada ignorância, seja pela falta de vontade do Estado, que traduz a ausência de interesse da população como um todo nesta agenda, atualmente existem diversas barreiras que impedem o cumprimento da prevenção especial positiva da pena nos moldes abordados no capítulo anterior.

Nesse sentido, é possível observar inicialmente a realidade crítica do sistema que distancia-se dos discursos jurídico-penais racionais justificadores da pena, “em outros termos, a programação normativa baseia-se em uma ‘realidade’ que não existe e o conjunto de órgãos que deveria levar a termo essa programação atua de forma completamente diferente”<sup>78</sup>, levando a uma verdadeira perda de legitimidade, uma vez que “a dor e a morte que nossos sistemas penais semeia estão tão perdidas que o discurso jurídico-penal não pode ocultar seu desbaratamento valendo-se de seu antiquado arsenal de racionalizações reiterativas”<sup>79</sup>. Nesta perspectiva, pouco mais de dois séculos foram suficientes para constatar a mais absoluta falência da pena de prisão em termos de medidas retributivas e preventivas.<sup>80</sup>

Fazendo uma análise da realidade brasileira, a primeira falha passível de ser apontada com relação à pena consiste na deficiência estrutural do sistema, que não comporta a quantidade de presos condenados ou investigados pela Justiça. Isto sem levar em consideração a imensa quantidade de crimes que não chegam a serem punidos, por estarem abarcados pela cifra negra da criminalidade, por ausência de prova da autoria ou em razão de sua prescrição.

---

<sup>78</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 12.

<sup>79</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001. p. 12.

<sup>80</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 26.

Assim, se a legislação penal inflacionada comina pena a uma quantidade desmedida de condutas, em respeito ao princípio da legalidade que legitima a intervenção estatal, todos os comportamentos violadores da norma devem ser necessariamente punidos, sem seletividade de qualquer gênero, sendo responsabilidade do Estado dispor de uma estrutura que comporte o encarceramento decorrente do cumprimento da lei. Caso contrário, como se evidencia, surgem os mais variados problemas decorrentes da superlotação, tornando-se o discurso jurídico-penal, como apresenta Zaffaroni, falso, irracional e utópico<sup>81</sup>.

De acordo com o último relatório publicado pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen)<sup>82</sup> a população prisional do Brasil consiste no total de 726.712 pessoas. Sendo que o sistema prisional brasileiro possui 368.049 vagas, distribuídas em 1.460 estabelecimentos prisionais. Nesse quadro, verifica-se proporção aproximada de 1,98 preso/vaga e déficit de cerca de 358.663 mil vagas.

Nesse contexto, vale salientar o trecho extraído do relatório da “CPI Sistema Carcerário<sup>83</sup>” que retrata a difícil realidade dos presídios brasileiros e aponta como o maior dos problemas práticos a superlotação, que, longe de ser solucionado, é a base para o surgimento de diversas outras situações degradantes e de supressão de direitos básicos dos presos:

A superlotação é talvez a mãe de todos os demais problemas do sistema carcerário. Celas superlotadas ocasionam insalubridade, doenças, motins, rebeliões, mortes, degradação da pessoa humana. A CPI encontrou homens amontoados como lixo humano em celas cheias, se revezando para dormir, ou dormindo em cima do vaso sanitário. Em outros estabelecimentos, homens seminus gemendo diante da cela entupida com temperaturas de até 50 graus. Em outros estabelecimentos, redes sobre redes em cima de camas ou do lado de fora da cela em face da falta de espaço. Mulheres com suas crianças recém-nascidas espremidas em celas sujas. Celas com gambiarras, água armazenada, fogareiros improvisados, papel de toda natureza misturados com dezenas de homens. Celas escuras, sem luz, com paredes encardidas cheias de “homens-morcego”. Dezenas de homens fazendo suas necessidades fisiológicas em celas superlotadas sem água por dias a fio. Homens que são obrigados a receber suas mulheres e companheiras em cubículos apodrecidos. Assim vivem os presos no Brasil. Assim são os estabelecimentos penais brasileiros na sua grande maioria.<sup>84</sup>

---

<sup>81</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 18-19.

<sup>82</sup> BRASIL. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Organização: Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.] -- Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

<sup>83</sup> Comissão Parlamentar de Inquérito com a finalidade de investigar a realidade do Sistema Carcerário Brasileiro, com destaque para a superlotação dos presídios, custos sociais e econômicos desses estabelecimentos, a permanência de encarcerados que já cumpriram a pena, a violência dentro das instituições do sistema carcerário, corrupção, crime organizado e suas ramificações nos presídios e buscar soluções para o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal – LEP.

<sup>84</sup> BRASIL, Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. Relatório Final. Brasília, 2008. p. 228-229.

“Em situação de superlotação, a segurança é pior, a saúde é pior, a comida é pior, o descanso é pior ou impossível”.<sup>85</sup> A falta de estrutura física dos estabelecimentos penais conseqüentemente gera problemas que assolam a maior parte dos presídios do país atualmente, como falta de higiene, exposição a doenças infectocontagiosas, ausência de tratamento adequado em todas as suas vertentes, vigilância insuficiente, que, por sua vez, possibilita o aumento da violência, da prática de crimes, do domínio de facções criminosas e rebeliões. A título exemplificativo, destaca-se as rebeliões ocorridas em Manaus e Boa Vista em janeiro de 2017<sup>86</sup>, que deixaram 90 mortos; Goiânia<sup>87</sup>, em janeiro de 2018, que resultou em ao menos 09 mortes; e Manaus em abril de 2019<sup>88</sup>, que resultou em 55 mortes, o que apenas comprova o colapso do sistema que se torna cada vez mais palco de barbáries e violências.

A pena privativa de liberdade cumprida nos moldes precários da estrutura oferecida pelo Estado não se trata de um problema apenas daqueles que estão inseridos dentro do sistema, pois extrapola a função de castigo que abarca tão somente a esfera do indivíduo que praticou o desvio para atingir uma função social reprodutora de violência que é muito mais grave e que terá reflexos a toda a sociedade. Nessa perspectiva, aponta Zaffaroni que:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais.<sup>89</sup>

Como origem direta da superlotação cita-se, a título exemplificativo, o aumento do número de prisões efetuadas nos últimos anos, a morosidade do Poder Judiciário no julgamento dos processos e o descaso do Estado na implantação de medidas que auxiliem a reintegração do preso na sociedade. Nesse quadro, o colapso prisional está atrelado, principalmente, a duas explicações aparentemente antagônicas: há mais encarceramento pelo crescimento das práticas delitivas e há mais presos porque as políticas públicas de segurança estão centradas na aplicação da pena privativa de liberdade. Em verdade, nenhuma dessas informações deve ser analisada isoladamente.

---

<sup>85</sup> CARRANZA, Elías. Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas / Elías Carranza (coordenador). Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 55.

<sup>86</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. Veja algumas das maiores rebeliões ocorridas em presídios do Brasil. São Paulo, 12 abr. 2018.

<sup>87</sup> FOLHA DE SÃO PAULO. Rebelião deixa nove mortos e 14 feridos em presídio de Goiás. São Paulo, 1º jan. 2018.

<sup>88</sup> BBC News Brasil. Presídios em Manaus têm segundo dia sangrento, e mortos já chegam a 55. São Paulo, 27 mai. 2019.

<sup>89</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

Num primeiro momento deve-se destacar que se vive em uma sociedade de riscos<sup>90</sup>, produtora de medos e inseguranças, que se converte em uma demanda por parte da sociedade em cobrar respostas efetivas do Estado. Este, por sua vez, transfere esta responsabilidade ao Direito Penal.<sup>91</sup> Com efeito, desloca-se a função originária do direito penal para uma atuação simbólica, como se o aumento da pena, a inserção de qualificadoras e majorantes no Código Penal fosse a solução para o problema da criminalidade moderna.<sup>92</sup> Os reflexos, no cárcere, são patentes.

Outra circunstância de igual gravidade que deságua na superlotação do cárcere é a quantidade de presos provisórios aguardando uma sentença dentro dos estabelecimentos prisionais, reflexo da morosidade do Poder Judiciário e da cultura do encarceramento. Conforme o Ministério da Justiça, por intermédio do Infopen, 40% das pessoas que estão presas no Brasil sequer foram julgadas na primeira instância. São mais de 292 mil presos provisórios em nosso sistema carcerário<sup>93</sup>.

Salta aos olhos que mesmo com a introdução de medidas cautelares diversas da prisão, que consagrou a prisão preventiva como *ultima ratio* no ordenamento jurídico brasileiro - o que diga-se de passagem já era a regra constitucional -, o Poder Judiciário insista em decretar a prisão como se ela fosse um fim em si mesmo, e não um meio para a garantia do processo e seus fundamentos (art. 312 e 313 do CPP), sendo que a Lei 12.403/2011 não foi capaz de reduzir a elevada proporção de presos provisórios.

Como se não bastasse, a situação de superlotação e violação de direitos fundamentais nas prisões vê-se agravada pela falta de pessoal penitenciário. A carência de funcionários devidamente capacitados para lidar com as particularidades do cárcere também é apontada como um dos maiores problemas do sistema prisional.<sup>94</sup> Agregue-se o fracasso da progressão

---

<sup>90</sup> Ulrich Beck ao discorrer sobre o teor do risco aduz que: “Riscos não se esgotam, contudo, em efeitos e danos já ocorridos. Neles, exprime-se sobretudo um componente futuro. Este baseia-se em parte na extensão futura dos danos atualmente previsíveis e em parte numa perda geral de confiança ou num suposto ‘amplificador de risco’. Riscos têm, portanto, fundamentalmente que ver com antecipação, com destruições que ainda não ocorreram, mas que são iminentes, e que, justamente nesse sentido, já são reais hoje”. (BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010, p. 39).

<sup>91</sup> BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2008, p. 40.

<sup>92</sup> BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2008, p. 138.

<sup>93</sup> BRASIL. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Organização: Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.] -- Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

<sup>94</sup> CARRANZA, Elías. Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas / Elías Carranza (coordenador). Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 69.

de regime devido à falta de assistência jurídica, a escassez de juízes para processar os pedidos e o número pequeno de colônias agrícolas, industriais e casas de albergado, que também contribui para a superlotação das penitenciárias e cadeias públicas, que são obrigadas a manterem o detento até o surgimento de vaga no estabelecimento adequado.

As falhas acima elencadas representam apenas uma pequena parcela dos problemas relativos ao cárcere. Elías Carranza elenca as cinco maiores disfunções do sistema prisional da América Latina, que corroboram os argumentos acima, quais sejam: a ausência de políticas integrais (criminológicas, de direitos humanos, penitenciárias, de reabilitação, de gênero, de justiça penal); orçamento reduzido e falta de infraestrutura adequada; a deficiente qualidade de vida nas prisões; a insuficiência de pessoal penitenciário e sem capacitação adequada e, por fim, a falta de programa de capacitação e de trabalho para as pessoas presas.<sup>95</sup>

Dito isto, questiona-se: como esperar que um ser humano seja socialmente recuperado se os seus direitos fundamentais são constantemente violados durante o período de cumprimento da pena? Qual exemplo e prática de vida em sociedade recebe o preso? Se o problema estrutural impede que o condenado tenha acesso à educação e instrumentos de formação profissional, como exigir que ocorra uma mudança de comportamento?

A violação à norma penal obriga o Estado a impor uma sanção, que por vezes consiste em reclusão, ao sujeito que a praticou. Apesar de socialmente segregado o sujeito preso não deixa de ser detentor de direitos fundamentais em face de seu status temporário. A prisão impõe restrições transitórias a certos direitos, notadamente àqueles relativos à liberdade do indivíduo e aos direitos políticos, porém, todos os demais direitos fundamentais permanecem, cabendo ao Estado assegurar que eles sejam respeitados:

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.<sup>96</sup>

Apesar da máxima proclamada de que “a dignidade de todas as pessoas, mesmo daquelas que cometem as ações mais indignas e infames, não poderá ser objeto de

---

<sup>95</sup>CARRANZA, Elías. *Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas / Elías Carranza (coordenador)*. Brasília: Ministério da Justiça, 2008, p. 28.

<sup>96</sup>SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

desconsideração”<sup>97</sup>, no sistema punitivo vigente observa-se que a dignidade do preso é constantemente violada e isso, em regra, não gera grande repercussão ou comoção social, é como se, para a sociedade, o preso perdesse o status de ser humano e, a partir de sua condenação, qualquer sofrimento infligido fizesse parte de sua pena, como se fosse uma forma de quitar a sua dívida com a sociedade.

A experiência na execução penal demonstra uma cruel historiografia: depois de prolatada a sentença penal condenatória, o apenado ingressa em ambiente desprovido de garantas. Desta forma, a decisão judicial condenatória exsurge como declaração de ‘não-cidadania’, como formalização da condição de apátrida do autor do fato-crime. É que a tradicional teoria da tripartição dos poderes limitou a atividade jurisdicional ao momento da sentença condenatória [...]. Dessa necessidade de jurisdicionalizar a execução da pena, reconhecendo à pessoa condenada direitos fundamentais, houve a reforma da parte geral do Código Penal e a elaboração da LEP (1984).<sup>98</sup>

Diante da evolução tecnológica e da disseminação da informação por meio dos meios de comunicação em massa, a sociedade não pode rotular-se ignorante a respeito da situação que assola os presídios no país, porém, ao contrário de incomodar-se com a situação, observa-se a ocorrência de efeito contrário, banalizando-se estas violações como se elas devessem fazer parte da pena aplicada:

Quando os telejornais mostram a situação carcerária, o sofrimento dos presos, amontoados em celas superlotadas, suplicando por melhora no sistema, será que essas cenas não têm o mesmo efeito espetacular que os suplícios que eram realizados em praça pública? Agora os locais públicos das execuções fazem parte do nosso lar. Não precisamos nos aprontar para sair de casa, a fim de assistir à execução do condenado. Podemos fazer isso sentados, confortavelmente, em nossos sofás.<sup>99</sup>

Apesar da consciência a respeito da grave crise que assola as prisões atualmente, além do problema estrutural, constata-se a existência de uma barreira social que impede a visualização do encarcerado como sujeito de direitos, por não ser o prisioneiro uma “vítima ideal”, ou seja, os presos carregam o estigma do crime e não aparentam ser fracos, ou respeitáveis, razão pela qual, ao serem submetidos a situações desumanas ou que exasperam os castigos tradicionais da pena, não recebem imediata atenção do público.<sup>100</sup>

Nesse ponto, verifica-se que a prisão além de não cumprir o papel ressocializador, ainda ratifica os efeitos da estigmatização, como a perda da identidade derivada da vivência da

---

<sup>97</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 52.

<sup>98</sup> CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 154.

<sup>99</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 191.

<sup>100</sup> ALMEIDA, Odilza Lines de; PAES-MACHADO, Eduardo. Processos sociais de vitimização prisional. Tempo Social, revista de sociologia da USP, 2013, v. 25, n. 1. p. 257.

subcultura do cárcere a longo prazo, nas palavras de Erving Goffman ao analisar as instituições totais este processo é chamado de “mortificação do eu” e “desculturação”:

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radiais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele.<sup>101</sup>

Deste modo, a instituição que deveria ressocializar, torna-se uma espécie de “escola do crime”, onde os apenados que são considerados perigosos, tornam-se criminosos profissionais, calculistas e impossibilitados de viverem em sociedade, falar em reabilitação dentro desse sistema “é quase o mesmo que falar em fantasia, pois hoje é fato comprovado que as penitenciárias em vez de recuperar os presos os tornam piores e menos propensos a se reintegrarem ao meio social”<sup>102</sup>.

Com isso, ocorre a ineficácia do sistema, o qual não consegue executar a sua finalidade primordial, qual seja, ressocializar, recuperar e reintegrar o apenado ao convívio social, pois conforme as palavras de Thompson “[...] a penitenciária é uma sociedade dentro de uma sociedade, uma vez que nela foram alteradas, drasticamente, numerosas feições da comunidade livre”<sup>103</sup>.

Zaffaroni ao analisar de forma crítica os discursos que legitimam os sistemas penais conclui que a tensão não é transitória e que “a realidade operacional dos nossos sistemas penais jamais poderá adequar-se à planificação do discurso jurídico-penal”, pois “todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que cancelam o discurso jurídico-penal e que, por constituírem marcas de sua essência, não podem ser eliminadas, sem a supressão dos próprios sistemas penais”<sup>104</sup>.

Michel Foucault afirma que “a pena transforma, modifica, estabelece sinais, organiza obstáculos”<sup>105</sup> e defende que a pena deverá possuir um termo, pois, “qual seria sua utilidade se

---

<sup>101</sup> GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008. p. 24.

<sup>102</sup> ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. Revista Consulex. Ano III, n.20, ago. 1998, p. 15-17.

<sup>103</sup> THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 21-22.

<sup>104</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 15.

<sup>105</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 103.

se tornasse definitiva? Se a finalidade justamente é recuperar o indivíduo para devolvê-lo ao convívio social”. Porém, diante de todos os obstáculos existentes para o cumprimento da sua função, poder-se-ia levantar um questionamento mais condizente com a realidade atual: qual seria a utilidade da pena, se ela não ressocializa o criminoso? Talvez pensar em um novo conceito de ressocialização ou outra forma de pena, conforme sugere Bitencourt seja uma proposta mais eficaz:

O conceito de ressocialização deve ser submetido necessariamente a novos debates e a novas definições. É preciso reconhecer que a pena privativa de liberdade é um instrumento, talvez dos mais graves, com que conta o Estado para preservar a vida social de um grupo determinado. Este tipo de pena, contudo, não resolveu o problema da ressocialização do delinquente: a prisão não ressocializa. As tentativas para eliminar as penas privativas de liberdade continuam. A pretendida ressocialização deve sofrer profunda revisão.<sup>106</sup>

A ideia de pena ou castigo traz em si uma consciente intenção de infligir dor que está presente no significado da palavra “penal” em várias línguas ocidentais, incluindo a portuguesa. Por esta razão, parece um contrassenso falar em falha do sistema prisional, quando esse sistema, *a priori*, cumpre plenamente a finalidade para a qual foi criado. “Não foi para isso mesmo que a pena foi criada, apesar dos argumentos civilizados de dissuasão e retribuição? Esta não esteve sempre associada a algum tipo de dor?”<sup>107</sup>

Na mesma linha é a lição de Foucault, que classifica as prisões como paradoxais e enigmáticas, no sentido de que “a prisão é a imagem da sociedade e a imagem invertida da sociedade, imagem transformada em ameaça”<sup>108</sup> e assevera que, de antemão, sabe-se todos os inconvenientes da prisão, sua periculosidade, quando não se revela inútil como um todo. Entretanto, a sociedade ainda caminha na busca de solução, como se essa situação detestável em inúmeros sentidos fosse uma amarra da qual não se pudesse abrir mão.<sup>109</sup>

Além dos obstáculos enfrentados dentro do cárcere, a falha no sistema também transparece na vida do indivíduo fora da prisão, após o cumprimento da pena ou durante a transição para regimes menos severos, pois, ao sair, ele se depara com uma sociedade excludente, dotada de preconceitos e que não oferece perspectivas para uma mudança de vida. A sociedade reluta em dizer que é contra a reinserção social do criminoso, o que poderia colocar

<sup>106</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 132.

<sup>107</sup> ALMEIDA, Odilza Lines de; PAES-MACHADO, Eduardo. Processos sociais de vitimização prisional. Tempo Social, revista de sociologia da USP, 2013, v. 25, n. 1, p. 257.

<sup>108</sup> FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002, p. 123.

<sup>109</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 218.

em questão toda a base justificante da punição, mas na prática se nega substancialmente a aceitar o indivíduo que cumpriu ou está cumprindo pena. Conforme destaca Greco: “Parece-nos que a sociedade não concorda, infelizmente, pelo menos à primeira vista, com a ressocialização do condenado. O estigma da condenação, carregado pelo egresso, o impede de retornar ao normal convívio em sociedade”<sup>110</sup>.

Engana-se quem pensa que a culpa da falência do método ressocializador tradicional repousa apenas na sociedade. A ausência de compromisso do Estado frente ao problema carcerário é fator relevante que contribui para a crise do sistema tradicional, o tema, que não serve como bandeira de campanha nem contribui para o crescimento e visibilidade dos partidos políticos, costuma vir à tona somente em situações de crises agudas, como rebeliões, ataques de organizações criminosas chefiados de dentro dos presídios e manifestações de movimentos não governamentais, que relembram à sociedade dos grupos esquecidos e trazem à tona as mazelas do cárcere.<sup>111</sup>

O esquecimento intencional do Estado e a ausência de cobrança da sociedade que prioriza as ineficiências em outros direitos sociais que não lhes são fornecidos ficam estampados na falta de verba direcionada ao sistema penitenciário e na má administração dos recursos existentes, que são objetos frequentes de desvios e corrupção. Como consequência, têm-se todas as falhas estruturais apontadas anteriormente e o desrespeito de direitos fundamentais básicos do preso que não perde a condição de humano ao ser inserido no sistema.

Nesse aspecto, é possível apontar a prisão e até o próprio processo penal como elementos que distanciam a sociedade do sujeito que praticou um delito, criando uma barreira quase intransponível, um verdadeiro exílio social, uma pena de banimento velada, que o perseguirá mesmo após a quitação de sua dívida moral. Essas atitudes traduzem o significado do estigma, do rótulo construído pela sociedade por meio da sua reação ao desvio e ao desviante, que reafirmam a necessidade de uma mudança de paradigma punitivo e da busca de mecanismos mais eficazes de atuação do sistema penal.

A ideia principal deste capítulo consistiu, pois, em apresentar como funciona a sistemática de punição atual, nos moldes tradicionais, calcada na ideologia de defesa da sociedade contra qualquer conduta que ameace a harmonia social e fundada nas teorias

---

<sup>110</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 443.

<sup>111</sup> GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 226.

justificadoras da pena, que buscam, em sua essência, a punição e a recuperação do sujeito que praticou o crime como forma de evitar a prática de novos comportamentos desviantes.

Ademais, buscou-se abordar os problemas que envolvem a aplicação prática desse sistema, considerado hoje em crise por não conseguir cumprir com as finalidades para as quais foi desenvolvido, em especial a função preventiva da criminalidade e ressocializadora do criminoso, e que vem exercendo, na verdade, um papel oposto do idealizado, na medida em que as falhas estruturais do próprio sistema carcerário, somada às barreiras sociais e culturais que impedem a reinserção do preso e até mesmo a sua aceitação como sujeito de direitos, reforçam os estigmas sociais, fomentam a exclusão e, conseqüentemente, estimulam a identificação do sujeito no papel de criminoso que lhe é designado.

É nesse contexto que, buscando aprofundar a análise da reação social frente o crime e o criminoso, no próximo capítulo será apresentado como ocorre o processo de estigmatização, por meio do exame dos comportamentos desviantes e das proposições teóricas criminológicas sobre a temática, além de apresentar as abordagens sociológicas que conceituam a estigmatização social e apontam as razões para os efeitos da rotulação e da marginalização a partir da classificação dos desvios.

## **2 OS PROCESSOS ESTIGMATIZANTES À LUZ DAS TEORIAS CRIMINOLÓGICAS DO LABELLING APPROACH E DA VERGONHA REINTEGRATIVA**

Após demonstrar o problema principal que justifica a proposição do presente trabalho estampado nas falhas cristalinas do sistema punitivo tradicional, que assenta sua base na retribuição e nas penas privativas de liberdade, e antes de se adentrar na celeuma central que busca trazer como alternativa possível a justiça restaurativa, insta fazer um paralelo acerca da visão da sociedade frente o crime e o próprio criminoso, uma vez que a análise da reação social é o ponto de partida para qualquer propositura de mudança de paradigma na justiça penal.

O processo de criminalização e rotulação do sujeito como criminoso tem início na construção histórica e cultural do estigma social. A sociedade, elege determinados comportamentos como corretos e, a partir daí, todo aquele que se difere das expectativas apresentadas assume um estigma social negativo e, a partir desse estereótipo, o sistema penal atua seletivamente na confirmação desses rótulos. Esta categorização dos sujeitos implica na perda da individualidade, uma vez que ao classificá-los em grupos, deixarão de ser observadas as características singulares de cada um para considerá-los, como um todo, indesejáveis para a sociedade.

A reação social nos moldes atuais é uma verdadeira barreira à ressocialização, a teoria crítica do *Labelling Approach*, que será explorada no presente capítulo, aborda com enfoque criminológico a forma como a sociedade reage aos comportamentos humanos, definindo-os ou não como desviados. A partir da interação social, alguns indivíduos são etiquetados como delinquentes e passam a ser encarados como pessoas não confiáveis para viver de acordo com as regras do grupo, e esta rotulação é determinante para a criminalização.

Ocorre que este etiquetamento é bastante seletivo e leva em conta aspectos pessoais do agente e sua posição no corpo social, uma vez que a eleição de comportamentos criminosos não está focada somente na conduta e em suas consequências, mas possui uma ligação íntima com a estratificação e à estrutura antagônica da sociedade. É nesse sentido que se verifica que o controle social do direito penal é fundamentado nas mazelas do estigma social, já que o perfil dos criminosos é bastante similar e a maioria dos presos segue um padrão relacionado à classe social.

Ainda neste capítulo será abordada a Teoria da Inibição Reintegradora, uma das vertentes modernas do *Labelling Approach*, ainda pouco difundida no meio acadêmico, que preconiza que a reação social é decisiva para que o indivíduo permaneça na carreira criminosa

ou a abandone, assim, propõe uma abordagem positiva da reação social a partir da vergonha, denominada de “inibição reintegradora”, que oportunize a inserção no sujeito de um autojuízo de culpa e possibilite a sua reconciliação com a comunidade por meio da responsabilização, do respeito e do perdão.

A sociedade, ao optar pelo sistema punitivo de cunho repressivo e com finalidade primordialmente retributiva, ao invés de prevenir e reduzir o índice de criminalidade, acaba por provocar um efeito oposto, direcionando o sujeito à adesão de subculturas criminais que impedem a ressocialização e geram reincidência. Partindo desta premissa, observa-se a necessidade de uma mudança de paradigma social e cultural, uma vez que a reposta da comunidade tem funcionado apenas como fator inibitório e desintegrador do infrator.

Todavia, conforme será trabalhado ao longo deste capítulo, a marginalização do criminoso não soluciona a desordem do sistema, sendo necessária a busca de alternativas para problema social. Desta feita, de acordo com as teorias apresentadas, somente será possível reverter a sistemática atual por meio da reintegração do sujeito à comunidade, com propostas concretas de política criminal que fortaleçam a consciência individual e que reajam à criminalidade de forma efetiva, rechaçando, pois, a ideia da estigmatização.

## **2.1 A Construção do Estigma Social a Partir do Desvio**

O estigma, em seu sentido latino, tende a significar tatuagem, uma marca, uma característica que diferencia o sujeito que a porta dos demais. O termo foi criado na Grécia antiga e dizia respeito às evidências corporais que destacavam o indivíduo, em regra negativamente, demonstrando o seu status moral perante à sociedade.<sup>112</sup> Utilizado posteriormente pela sociologia, a expressão passou a se referir a uma característica objetiva, não necessariamente ligada ao corpo, que recebe valoração social negativa e depreciativa e que define a identidade e a autoestima do indivíduo no meio social.<sup>113</sup> De acordo com o conceito trazido por Edwin Lemert:

A estigmatização descreve um processo que vincula sinais visíveis de inferioridade moral a pessoas, tais como rótulos, marcas e informações divulgadas publicamente. No entanto, define mais do que a ação formal de uma comunidade em relação a um membro com comportamento inadequado ou fisicamente diferente. Rituais de degradação, como surrar o covarde do

---

<sup>112</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 5.

<sup>113</sup> GALLINO, Luciano. *Dicionário de Sociologia*. São Paulo: Paulus, 2005, p. 641.

regimento, administrar o juramento do mendigo, diagnosticar a doença contagiosa e considerar o acusado culpado podem dramatizar os fatos do desvio, mas seu “sucesso” é medido menos pela sua maneira de promulgar do que pelas suas consequências (tradução livre).<sup>114</sup>

A sociedade institui os meios de categorizar as pessoas e os atributos considerados comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias.<sup>115</sup> Assim, a primeira atitude que se toma frente o estranho e desconhecido é catalogá-lo em uma das categorias que se conhece, de acordo com a sua “identidade” ou “status social”, ainda que de forma inconsciente. Para Erving Goffman “o estigma é, portanto, um tipo especial de relação entre atributo e estereótipo”<sup>116</sup>.

Com base nas concepções elaboradas pela sociedade criam-se expectativas a respeito de como as pessoas devem ser ou agir, sendo que, aos poucos, estas expectativas passaram a se transformar em exigências normativas apresentadas de modo rigoroso, assim, aqueles que não atendem os padrões exigidos são automaticamente classificados como menos desejados, discrepantes, defeituosos e diminuídos. Este efeito de descrédito e de se conferir a alguém um atributo profundamente depreciativo é justamente o estigma<sup>117</sup>.

Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que os desvios de conduta não são mais simples qualidades, atos ou características individuais que estão presentes em alguns sujeitos. Para ser considerado um desviante ou *outsider*, de acordo com a terminologia introduzida por Howard Becker, não é preciso muito, basta ser diferente do “comum” ou fora da média que certa sociedade entende por “natural”, ou seja, “quando uma regra é imposta, a pessoa que presumivelmente a infringiu pode ser vista como um tipo especial, alguém de quem não se espera viver de acordo com as regras estipuladas pelo grupo. Essa pessoa é encarada como um *outsider*”.<sup>118</sup>

Norbert Elias e John Scotson estudam esta figuração que denominam de “estabelecidos e *outsiders*”, onde os mais poderosos se enxergam como melhores, como uma categoria

---

<sup>114</sup> LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p. 42. No original: “*Stigmatization describes a process attaching visible signs of moral inferiority to persons, such as individious labels, marks, brands, or publicly dissaminated information. However, it defines more than the formal action of a community toward a inisbehaving or physically different member. Degradation rituals, such as drumming the coward out of the regiment, administering the pauper’s oath, diagnosing the contagious illness, and finding the accused guilty as charged may dramatize the facts os devianc, but their “success” is gauged less by their manner of enactment than by their prevailing consequences*”.

<sup>115</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 5.

<sup>116</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 7.

<sup>117</sup> GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 5-6.

<sup>118</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008, p. 15.

exemplar, detentora de certas características que faltam aos outros, restando a estes as características consideradas inferiores ou ruins. Nesta relação, a sociodinâmica da estigmatização praticada pelos estabelecidos, faz com que os próprios indivíduos considerados *outsiders* se sintam carentes de virtudes e se julguem humanamente inferiores, “o estigma social imposto pelo grupo mais poderoso ao menos poderoso costuma penetrar na autoimagem deste último e, com isso, enfraquecê-lo e desarmá-lo”<sup>119</sup>.

Zygmunt Bauman, ao analisar a evolução gerada pela globalização aponta essa divisão da sociedade que gira em torno de desejos e sonhos de alguns, às custas da exclusão e marginalização de outros. O autor denomina os participantes dessa polarização social de “turistas” e “vagabundos”, como duas faces da mesma moeda, sendo o vagabundo o *alter ego* do turista. Os “turistas” se enquadram nas categorias positivas da sociedade, aquelas consideradas normais, almejadas, enquanto os “vagabundos” não são úteis para a sociedade e “como indesejáveis, são naturalmente estigmatizados, viram bodes expiatórios. Mas seu crime é apenas desejar ser como os turistas... sem ter os meios de realizar os seus desejos como os turistas.”<sup>120</sup>

E assim o vagabundo é o pesadelo do turista, o “demônio interior” do turista que precisa ser exorcizado diariamente. A simples visão do vagabundo faz o turista tremer — não pelo que o vagabundo é mas pelo que o turista pode vir a ser. Enquanto varre o vagabundo para debaixo do tapete — expulsando das ruas o mendigo e sem-teto, confinando-o a guetos distantes e “proibidos”, exigindo seu exílio ou prisão — o turista busca desesperadamente, embora em última análise inutilmente, deportar seus próprios medos. [...] Um mundo sem vagabundos é a utopia da sociedade dos turistas. A política da sociedade dos turistas pode ser em grande parte explicada — como a obsessão com “a lei e a ordem”, a criminalização da pobreza, o recorrente extermínio dos parasitas etc. — como um esforço contínuo e obstinado para elevar a realidade social, contra todas as evidências, ao nível dessa utopia.<sup>121</sup>

Subsumindo este conceito aos preceitos do direito penal sancionador, aquele que não age de acordo com as normas previstas no ordenamento jurídico é considerado diferente pela sociedade, sendo assim, independentemente do desvio praticado, mas, desde que contrário à norma penal, será a partir daí classificado como criminoso. A construção do estigma na seara punitiva pode ser ocasionada por uma soma de fatores. Em uma análise detalhada é possível,

<sup>119</sup> ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os Outsiders: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000, p. 24.

<sup>120</sup> BAUMAN, Zygmunt. Globalização, as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 90.

<sup>121</sup> BAUMAN, Zygmunt. Globalização, as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999, p. 91-92.

portanto, identificar, do descobrimento do fato desviante até o cumprimento integral de sua punição, momentos distintos em que o sujeito é rotulado como criminoso.

Por mais que se busquem normas jurídicas de caráter geral, abstrato e não discriminatório, é certo que sua aplicação não será livre de conceitos ou preconceitos, intuições, preferências, hábitos ou experiências, pois dependem da ação e interpretação de seres humanos, sujeitos a todas estas influências subjetivas. Ao atuar em nome do Estado, único detentor do *jus puniendi*, o sujeito deve se obrigar a agir com imparcialidade, mas, partindo-se de uma análise moral, sabe-se que a total isenção é um ideal impossível de ser atingido.

Para Carlos Roberto Bacila<sup>122</sup>, estes fatores subjetivos que acabam por influenciar as ações e decisões dos representantes do Estado constituem-se em regras, que vão além das regras jurídicas e seriam denominadas de metarregras, que também são estipuladas pela sociedade, por vezes de forma inconsciente. Trazendo o conceito de Baratta, “metarregras são mecanismos constituídos de regras, princípios e atitudes subjetivas que influenciam o operador do direito no momento de aplicação da regra jurídica”<sup>123</sup>.

O estigma, portanto, também é uma metarregra de forte influência na seleção do sistema punitivo. Os estigmas culturalmente construídos, especialmente aqueles relacionados à posição social e etnia do indivíduo, são fatores inerentes à atuação seletiva do controle social e atuam como regras paralelas que condicionam o comportamento humano baseado na crença em valores equivocados.<sup>124</sup> “É como se a metarregra fosse: o estigmatizado é o alvo a ser atingido”.<sup>125</sup>

Partindo dessa ideia, constata-se que o processo de estigmatização é praticado não só pela sociedade, mas pelos próprios agentes de controle social ostensivo, quando selecionam o suspeito de acordo com as suas características pessoais. “O sistema penal atua com estas metarregras que são decisivas para atribuir o rótulo de criminoso a alguém”<sup>126</sup>. Em regra, a seleção é discriminatória e ocorre com base no perfil de criminoso culturalmente construído, sendo em sua maioria pobre, negro e morador da periferia. Nesse sentido, cabe a reflexão de Baratta acerca desta seletividade do sistema que faz com que seja encontrado um percentual

---

<sup>122</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

<sup>123</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 105.

<sup>124</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 132.

<sup>125</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 135.

<sup>126</sup> BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 132.

maior de comportamentos ilegais em certas zonas sociais, justamente por serem elas o principal foco de atenção e ação das instâncias oficiais:

Se partirmos de um ponto de vista mais geral, e observarmos a seleção da população criminosa dentro da perspectiva macrossociológica da interação e das relações de poder entre os grupos sociais, reencontramos, por detrás do fenómeno, os mesmos mecanismos de interação, de antagonismo e de poder que dão conta, em uma dada estrutura social, da desigual distribuição de bens e de oportunidades entre os indivíduos. Só partindo deste ponto de vista pode-se reconhecer o verdadeiro significado do fato de que a população carcerária, nos países da área do capitalismo avançado, em sua enorme maioria, seja recrutada entre a classe operária e as classes economicamente mais débeis.<sup>127</sup>

Após ser acusado como suspeito da prática do fato, ainda que em sede investigativa, o sujeito selecionado será automaticamente classificado como criminoso por aqueles que o circundam, muitas vezes pela mídia e, conseqüentemente, pela sociedade como um todo. Posteriormente, no curso do processo, após denunciado, passa a confirmar a sua identidade social como criminoso, que é corroborada com a condenação, enterrando qualquer possibilidade de se desfazer o estereótipo adquirido.

A partir daí, surge um caminho sem volta, pois o indivíduo será inserido no sistema prisional para cumprir a pena e, mesmo após a quitação total de sua dívida social, adjetivos como “criminoso”, “marginal”, “prisoneiro”, “egresso”, jamais o abandonarão. A ideia proliferada pela sistemática criminal de que a dívida com a sociedade estará de fato quitada após o cumprimento da pena não condiz com a opinião social, a falsa crença de que “o processo penal termina com a condenação não é verdade; as pessoas creem que a pena termina com a saída do cárcere e não é verdade. A pena se não mesmo sempre, nove vezes em dez não termina nunca. Quem em pecado está é perdido. Cristo perdoa, mas os homens não”<sup>128</sup>.

Enquanto especialistas como juristas e cientistas sociais analisarão a questão da culpa à sua moda, uma terceira perspectiva integra os pensamentos da maioria das pessoas - incluindo muitos profissionais da justiça criminal. Trata-se de um conceito mais moralista ou “imputativo”. Na visão popular, a culpa não é meramente uma descrição de comportamento, mas uma afirmação de qualidade moral. A culpa diz algo sobre a qualidade da pessoa que praticou o ato e tem uma característica indelével e bastante “adesiva”. A culpa adere à pessoa de modo mais ou menos permanente, e há poucos solventes conhecidos. Em geral ela se torna uma característica primária que define a pessoa. A pessoa culpada de um roubo se torna um ladrão, um criminoso. Uma pessoa que foi aprisionada se torna um ex-presidiário, um ex-criminoso, e isso passa a fazer parte de sua identidade, sendo difícil de eliminar.<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 106.

<sup>128</sup> CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Nilobook, 2013, p. 103.

<sup>129</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: Changing lenses: a new focus for crime and justice. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 66.

É possível identificar que uma das grandes problematizações da reincidência se dá por meio dos estigmas. O sujeito sofre uma carga valorativa tão forte em sua vida no cárcere que, ao retornar ao convívio social, não consegue transcender tal perspectiva e tende a voltar para o local de onde saiu, qual seja, a penitenciária. Ao contrário da ressocialização e prevenção almejadas como finalidades principais das penas privativas de liberdade, o que se verifica na prática é que “antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinquente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa”<sup>130</sup>.

Devido a esta força estigmatizadora dos efeitos gerados pelo próprio direito penal é que se deve repensar a aplicação da pena como principal forma de controle social. Em verdade, estes reflexos negativos reafirmam a sua inefetividade, uma vez que os estigmas decorrentes da “pena simbolizam o fracasso de toda uma visão de intimidação que não atingiu seu objetivo teórico e causou traumas (estigmas) que levam a desacreditar na validade destas teorias em sua totalidade”<sup>131</sup>.

A segregação, o preconceito e a discriminação dos marcados pelos sinais da pena, ou mesmo do processo penal, dificulta e por vezes impede qualquer espécie de aceitação e reinserção desses indivíduos no meio social, o que, por conseguinte, faz com que eles reduzam o seu nível de identidade real e incorporem de forma definitiva a identidade negativa socialmente atribuída. Goffman bem descreve essa barreira da sociedade em aceitar o estigmatizado:

Aqueles que têm relações com ele não conseguem lhe dar o respeito e a consideração que os aspectos não contaminados de sua identidade social os haviam levado a prever e que ele havia previsto receber; ele faz eco a essa negativa descobrindo que alguns de seus atributos a garantem.<sup>132</sup>

Com a estigmatização, o sujeito tem sua identidade social anterior substituída pela construção social e valorativa a respeito do seu passado, muitas vezes pelo que é e não pelo que efetivamente fez, o que o exclui do “círculo da normalidade”, inclusive como se não fosse completamente humano, com base nisso, são construídas diversas discriminações que sempre reforçam a inferioridade do sujeito e reduzem a sua chance de um novo recomeço.<sup>133</sup> Quando

---

<sup>130</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 90.

<sup>131</sup> BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 207.

<sup>132</sup> GOFFMAN, Erving. Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 11.

<sup>133</sup> GOFFMAN, Erving. Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988, p. 8.

define-se socialmente que uma pessoa é *non grata*, perigosa, não confiável, como no caso daqueles que possuem algum histórico criminal, serão adotadas atitudes que reforçam a rejeição e a humilhação de forma que a pessoa estigmatizada ainda terá sua liberdade restringida<sup>134</sup>, não mais por muros e grades, mas nos próprios contatos interpessoais.

Baratta<sup>135</sup> critica a função desenvolvida pelo sistema penal na conservação e reprodução da realidade social, que por si só já é desigual, atribuindo a culpa inicialmente à seletividade na aplicação das sanções penais estigmatizantes, especialmente o cárcere, que além de incidir negativamente no status social dos indivíduos, ainda impede a sua ascensão social, contribuindo para a manutenção da escala vertical da sociedade; e em segundo lugar à função simbólica da pena, que ao coibir certos comportamentos ilegais serve para encobrir um número mais amplo de comportamentos delitivos de classes mais abastadas – chamados de crimes do colarinho branco –, que permanecem imunes aos processo de criminalização.

Na mesma linha de intelecção, Bacila<sup>136</sup> critica o rumo equivocado tomado pela utilização da pena, uma vez que a sua aplicação está longe de ser democrática. A “justa retribuição” foi substituída por uma pena que seleciona os estigmatizados enquanto trata com brandura os não estigmatizados e, indo além nesta análise, o autor também constata que a própria legislação regulamenta e reforça o caráter estigmatizador, ao selecionar sanções rigorosas para os estigmatizados, ao contrário daquelas cominadas aos “normais” ou privilegiados.

Assim, é possível verificar uma tendência das instâncias formais de controle a selecionar aquele que possui determinado estereótipo, porém, é importante observar que o estigma é construído pela sociedade antes mesmo da atuação estatal. O que se verifica, em verdade, é que os próprios pares, sob a influência de fatores históricos, culturais, econômicos e até mesmo midiáticos, acabam por erigir com preconceito a imagem padronizada do criminoso, que inegavelmente coincide com aquela buscada pelos agentes de controle social.

A eleição pelo Estado dos comportamentos considerados ofensivos e dos bens jurídicos relevantes passíveis de proteção realizada através da edição de leis já é seletiva desde a sua origem, “pois a lei penal carrega uma carga axiológica de determinados grupos sociais,

---

<sup>134</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 288.

<sup>135</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 166.

<sup>136</sup> BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218-220.

tidos como dominantes, que prevalecem sobre os valores da classe dominada”<sup>137</sup>. Nota-se, portanto, que se trata de um ciclo vicioso onde a sociedade constrói o padrão a ser perseguido, em seguida o Estado atua sob a influência destes padrões, conseqüentemente os estigmatizados são selecionados para sofrerem as sanções, corroborando o rótulo fornecido por seus pares, e então continuam a ser taxados com o padrão de criminosos, pois a tendência é de aquela parcela que se considera “normal” ou dentro do padrão estabelecido “apegar-se em erros de alguns estigmatizados para atribuir a todos os outros a prática de crimes ou a tendência permanente para fazê-los”<sup>138</sup>.

Em face de tudo quanto foi exposto, verifica-se que os estigmas, preceitos contingentes e volúveis criados com embasamento cultural e histórico negativos, e a credibilidade de que eles têm valor intrínseco do mal, escravizam as pessoas e negam o direito geral, abstrato e democrático, que não conseguiu historicamente desatar-se dos seus valores intrínsecos.<sup>139</sup>

É possível reconhecer, pois, que o estigma é um fator que não se coaduna com a ideia de direito e igualdade. A partir do estudo do processo de estigmatização proveniente de comportamentos desviantes e supostamente contrários às normas penais, surgiram teorias criminológicas que buscam analisá-lo de forma crítica, em especial destaca-se a Teoria do *Labelling Approach*, que analisará a criminalidade na perspectiva da reação social e suas conseqüências negativas na rotulação do indivíduo.

## **2.2 O Processo de Criminalização de Acordo com a Teoria do *Labelling Approach***

A criminologia, ao contrário do direito penal, que traduz o crime analiticamente como um fato típico, ilícito e, portanto, culpável, o encara como um problema social e busca, em sua forma mais tradicional, identificar os fatores criminógenos que levam o ser humano a praticar o fato desviante das normas sociais. Após décadas de estudos que transitam de explicações biológicas e psicopatológicas para justificarem o crime e as causas sociais, chega-se modernamente ao surgimento de uma criminologia mais radical – em comparação às teorias consensuais da criminologia tradicional –, que critica o direito penal e o sistema punitivo como

---

<sup>137</sup> KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009, p. 35.

<sup>138</sup> BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218.

<sup>139</sup> BACILA, Carlos Roberto. Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 218.

forma de controle social e analisa o processo de criminalização a partir da reação social, fundada em ideologias e interesses de determinada sociedade.

A Teoria do Etiquetamento, também chamada de *Labelling Approach*, Interacionista ou da Rotulação Social, surgiu na década de 60 nos Estados Unidos da América e marcou a passagem da criminologia liberal para a criminologia crítica, pois contribuiu para a superação do paradigma etiológico em benefício do estudo das reações oriundas da sociedade acerca das instâncias sociais de controle social, vistas sob o viés constitutivo diante da criminalidade.<sup>140</sup> Tal teoria tem seu enfoque voltado para a subjetividade, ao enfatizar questões de valor e de interesse, como a constituição das regras sociais e as práticas de aplicação dessas regras, a partir de uma concepção que se divide em duas perspectivas: das pessoas definidas (por outras) como desviantes e das pessoas que definem (os outros) como desviantes.<sup>141</sup>

Segundo esse entendimento, na busca de se analisar os processos de estratificação e antagonismos estruturais, a criminalidade não é uma propriedade inerente a um sujeito, mas uma “etiqueta”, elaborada com base em elementos sociais, históricos, culturais, políticos, atribuída a certos indivíduos que a sociedade classifica como delinquentes. Em outras palavras, o comportamento desviante é aquele rotulado como tal:

[...] o *Labelling* parte dos conceitos de ‘conduta desviada’ e ‘reação social’ como termos reciprocamente independentes, para formular sua tese central: a de que o desvio – e a criminalidade – não é uma qualidade intrínseca da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação social (ou controle social), mas uma qualidade (etiqueta) atribuída a determinados sujeitos através de complexos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.<sup>142</sup>

Com o surgimento desta teoria, nascem novos questionamentos, pois não se indaga mais o porquê de o criminoso cometer os crimes, mas sim por que algumas pessoas são tratadas como criminosos, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade.<sup>143</sup> Assim, surgem questões sobre o desvio, o poder da reação social, a delinquência, as formas de criminalização, os agentes de controle, os processos e os meios utilizados pela sociedade para definir as pessoas como criminosos, quais as condutas sociais tidas como desviantes, ou seja, ocorre uma mudança na roupagem do estudo das questões de cunho criminal.

---

<sup>140</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 142.

<sup>141</sup> CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. Curitiba: Lumen Juris, 2008, p. 18-19

<sup>142</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 205.

<sup>143</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 254.

Para compreender melhor a teoria, impende-se explicitar o que seria um desvio nessa perspectiva. O ato desviante pode ser, pois, classificado como uma soma de dois fatores, de um lado deve-se verificar a sua natureza, se ele viola alguma regra, e de outro é preciso analisar como as pessoas reagem frente a ele, ou seja, se a reação social é negativa. Becker resume objetivamente o desvio no seguinte ensinamento:

Se um ato é ou não desviante depende de como as pessoas reagem a ele. [...] O simples fato de uma pessoa ter cometido uma infração a uma regra não significa que outros reagirão como se isso tivesse acontecido. (Inversamente, o simples fato de ela não ter violado uma regra não significa que não possa ser tratada, em algumas circunstâncias, como se o tivesse feito).<sup>144</sup>

Complementando, o referido autor aduz que o grau em que um ato será tratado como desviante depende também de quem o comete e de quem se sente prejudicado por ele<sup>145</sup>, pois regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas que a outras.<sup>146</sup> Portanto, é possível constatar que “não é o comportamento, por si mesmo, que desencadeia uma reação segundo a qual um sujeito opera a distinção entre ‘normal’ e ‘desviante’, mas somente a sua interpretação, a qual torna este comportamento uma ação provida de significado”<sup>147</sup>.

À luz desse panorama, deduz-se que o mesmo comportamento que autoriza mandar alguém à prisão, também autoriza a qualificar outro como honesto, já que a imputação valorativa do ato está sujeita às circunstâncias em que ele se realiza e ao temperamento e apreciação da audiência que o testemunhou.<sup>148</sup> Desta feita, a reação social<sup>149</sup> será decisiva para a eleição de comportamentos criminosos e está intimamente ligada à estratificação e à estrutura

---

<sup>144</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 24.

<sup>145</sup> À guisa de ilustração da seletividade punitiva, impende ressaltar que o perfil da população prisional segue sempre um mesmo padrão: jovens negros com baixa escolaridade. Em uma análise dos dados mais recentes do Departamento Penitenciário Nacional, é possível observar que 55% da população é formada por jovens entre 18 e 29 anos, 64% dos presos são negros, 17,75% concluiu no máximo o ensino fundamental e 24% ainda não concluiu o ensino médio. Não existem dados oficiais com relação à situação econômica da população carcerária, mas sabe-se que não se foge do perfil da estigmatização apresentado. (BRASIL. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Organização: Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.] -- Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017).

<sup>146</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 25.

<sup>147</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 94-95.

<sup>148</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 258.

<sup>149</sup> Shecaira traz exemplos para demonstrar quão relativas são as condutas humanas e as reações a essas condutas: “alguns homens que bebem em demasia são chamados de alcoólicos, outros não; alguns homens que se comportam de forma excêntrica são chamados de loucos e enviados para manicômios, outros não; alguns homens que não têm meio aparente de subsistência são processados em um tribunal, outros não. A sociedade separa e cataloga os múltiplos pormenores das condutas a que assiste”. (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 254).

antagônica da sociedade. A tendência é que comportamentos de pessoas de determinado estrato social tenham uma maior probabilidade de serem definidos como desviantes do que os mesmos comportamentos praticados por pessoas de outra classe social.<sup>150</sup>

A definição do desvio é complexa por esta razão, uma conduta não é considerada criminosa por si mesma, mas dependerá de um processo social de definição que irá lhe atribuir este caráter.<sup>151</sup> Em resumo, “se um dado ato é desviante ou não, depende em parte da natureza do ato (isto é, se ele viola ou não alguma regra) e em parte do que as pessoas fazem acerca dele”<sup>152</sup>. Por esta razão, a Teoria do Etiquetamento foca a sua pesquisa na reação social, ou seja, na interação entre o ato praticado e a sociedade, pois ela será determinante para a criminalização da conduta.

Para os autores do *Labelling Approach* a conduta desviante é o resultado de uma reação social e o delinquente se distingue do homem comum devido à estigmatização que sofre. Daí o tema central desta teoria ser precisamente o estudo do processo de interação, o qual o indivíduo é chamado de delinquente.<sup>153</sup>

Em busca de respostas acerca da definição do desvio e do desviante, desenvolveram-se três níveis teóricos explicativos do *labelling approach*, voltados para: a) o desvio secundário, que consiste na investigação do impacto da atribuição do status de criminosos na identidade do desviante; b) o processo de seleção ou criminalização secundária, que investiga o processo de atribuição do status criminal; c) a criminalização primária, que seria a definição da conduta desviada e que envolve a questão da distribuição do poder social para realizar tal definição<sup>154</sup>.

Nesse sentido, verifica-se que o comportamento desviante relacionado à criminalidade é classificado pela presente teoria em primário ou secundário. Para Lemert<sup>155</sup>, a noção de desvio primário é associada a defeitos físicos, transtornos mentais, incapacidades pessoais, alcoolismo, prostituição, uso de drogas, enfim, ele ocorre em decorrência de fatores sociais, culturais, psicológicos ou fisiológicos. Embora seja reconhecido e considerado indesejado pela

---

<sup>150</sup> BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 94-95, p. 111-112.

<sup>151</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 96.

<sup>152</sup> BECKER, Howard Saul. Outsiders: Estudos de sociologia do desvio. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 26.

<sup>153</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 253.

<sup>154</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de Andrade. A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 97.

<sup>155</sup> LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p 40.

sociedade, o desvio primário tem implicações na marginalização ligada ao psíquico e ao status do indivíduo.

Sendo assim, pode-se compreender o desvio primário como a primeira violação à norma ou ação delitiva praticada pelo sujeito, o primeiro contato com o crime, cuja causa em regra envolve alguma finalidade ou necessidade oriunda de circunstâncias pessoais, determinada por algum dos fatores anteriormente mencionados. É a partir deste desvio que o sujeito é apresentado ao status social de desviante.

Já o desvio secundário refere-se a uma classe especial de atitudes tomadas pelas pessoas em resposta aos problemas criados pela reação da sociedade ao seu desvio. Estes problemas são essencialmente morais e giram em torno da estigmatização, punição, segregação e controle social, se tornando fatos centrais da existência para aqueles que o experimentam, alterando a estrutura psíquica, seu papel social, atitudes e autoestima. Quando são abarcadas pelo desvio secundário, a vida e a identidade da pessoa passam a ser organizadas em torno dos fatos do desvio.<sup>156</sup>

A própria punição aplicada ao desvio primário possui um efeito criminógeno potencializador, que consolida o status de delinquente, gerando estereótipos e etiologias que o sistema teoricamente deveria evitar. Destarte, as consequências da reação social negativa, da incriminação, da rotulação e da estigmatização traduzem a desviação secundária, cujos efeitos são deveras danosos e modificam a própria identidade social do indivíduo e a maneira como ele se coloca – ou se exclui – na sociedade, assumindo o papel que lhe foi imposto e culminando por aumentar o índice de reincidência criminal:

De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem. [...] Surgirá uma espécie de subcultura delinquente facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência.<sup>157</sup>

Independente de todas as ações anteriores praticadas pelo sujeito, mesmo que predominantemente “positivas”, basta, pois, um único desvio à norma criminal, ainda que de menor relevância ou ofensividade, para a sociedade julgar o seu caráter e inseri-lo em uma categoria irreversível. Nesse sentido, “presume-se que um homem condenado por arrombamento, e por isso rotulado de criminoso, seja alguém que irá assaltar outras casas. [...]

---

<sup>156</sup> LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967, p. 40-41.

<sup>157</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 256.

Além disso, considera-se provável que ele cometa também outros tipos de crime, porque se revelou uma pessoa sem respeito pela lei”<sup>158</sup>.

Essa consequência criminalizadora é fundamentada na distinção que Becker faz acerca do status do indivíduo em “principal” e “subordinado”. Verifica-se que a sociedade elege determinados status como prioritários e eles irão sempre se destacar com relação a outros. Isso ocorre com o status de desviante, ou seja, a partir do momento em que o sujeito recebe este rótulo, considerado dominante, todas as outras características que o identificam se tornam secundárias e como resultado, ele é isolado e impedido de levar adiante as rotinas da vida cotidiana acessíveis à maioria das pessoas.<sup>159</sup>

O tratamento excludente conferido, então, àqueles etiquetados como desviantes, os impulsiona a desenvolver ajustamentos sociais pautados progressivamente em rotinas ilegítimas e a envolverem-se com outras pessoas em situação semelhante, encaminhando-os para a prática de desvios maiores. “As sociedades são integradas no sentido de que os arranjos sociais numa esfera de atividade se enredam com outros arranjos em outras esferas de maneiras particulares e dependem da existência desses outros arranjos”<sup>160</sup>. Trata-se de um círculo contínuo, “uma espécie de subcultura delinquente facilitadora da imersão do agente em um processo em espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência”<sup>161</sup>:

A concepção de crime como produto de normas (criação do crime) e de poder (aplicação de normas) define a lei e o processo de criminalização como “causas” do crime, rompendo o esquema teórico do positivismo e dirigindo o foco para a relação entre estigmatização criminal e formação de carreiras criminosas: a criminalização inicial produz estigmatização que, por sua vez, produz criminalizações posteriores (reincidências).<sup>162</sup>

A crítica principal da Teoria do Etiquetamento gira, portanto, em torno do sistema punitivo nos moldes sancionador, segregador e seletivo, calcado em critérios discricionários e políticos vigentes tanto no momento da eleição dos comportamentos reprováveis, quanto no momento de sua punição, de modo que a resposta ao delito deve se voltar mais às condições sociais injustas do que ao próprio desviante. A sede de punir da sociedade, reafirmada pelo

---

<sup>158</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 43.

<sup>159</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 44-45.

<sup>160</sup> BECKER, Howard Saul. *Outsiders: Estudos de sociologia do desvio*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, p. 45.

<sup>161</sup> SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 256.

<sup>162</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 3 ed. Curitiba: ICPC: Lumen Juris, 2008, p. 20.

conjunto de normas penais e efetivada pelo controle social ostensivo do Estado, tem uma função proliferadora da criminalidade e geradora de desigualdades.

As cerimônias degradantes<sup>163</sup> afetas a este sistema também são alvo de críticas da teoria, pois o ritual do próprio processo penal, reforçado especialmente pela mídia sensacionalista e pela opinião pública, tendem a corroborar a reação social negativa em relação ao sujeito, pois “representa a retirada da identidade de uma pessoa e a outorga de outra, degradada, estigmatizada. Em definitivo, o processo penal é uma clara atividade de etiquetamento”<sup>164</sup>. Portanto, na sistemática atual, o sujeito desviante não é mais sinalizado com uma marca física ou uma tatuagem, mas com um rótulo social que o diferencia dos demais, atribuindo-lhe uma conotação negativa e enquadrando-lhe em uma categoria indesejada da sociedade.

Como alternativa à crescente rotulação, a par das críticas realizadas, a teoria refuta o princípio da intervenção ou do fim penal, força motriz do perverso processo de etiquetamento, bem como a ideologia da ressocialização, sugerindo como menos prejudicial a chamada “prudente não-intervenção”, calcada na ideia de repensar o ordenamento penal em face de uma sociedade aberta, democrática e pluralista, expandindo os limites da tolerância para a superação dos conflitos e tensões sociais.

Em termos gerais, é possível definir como lição precípua da teoria a afirmação de que o sujeito se torna aquilo que os outros enxergam dele e, de acordo com este mecanismo, a sistemática processual e a pena cumprem uma função reprodutora: a pessoa rotulada como delinquente assume, finalmente, o papel que lhe é consignado, comportando-se de acordo com ele. Todo o aparato do sistema penal está voltado para essa rotulação e para o reforço desses papéis.<sup>165</sup>

Desta feita, diante dos fundamentos apresentados pela Teoria da Rotulação ao longo deste tópico, buscou-se demonstrar como a reação social é decisiva para a definição não só dos crimes em si, mas também daqueles sujeitos considerados indesejados e estigmatizados em razão do desvio, sendo que, na prática, esta seleção depende intimamente de suas características específicas e de sua posição na sociedade. Ademais, os efeitos desta reprovação negativa

---

<sup>163</sup> Cerimônias degradantes são “os processos ritualizados a que se submetem os envolvidos com um processo criminal, em que um indivíduo é condenado e despojado da sua identidade, recebendo uma outra degradada” (SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5 ed. ver. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 256-257). A expressão “cerimônia de degradação do status” foi utilizada inicialmente por Harold Garfinkel na obra *Conditions of Successful Cerimonies*. (GARFINKEL, Harold. *Conditions of Successful Degradation Cerimonies*. v. LXI, march. Chicago, The American Journal of Sociology. 1956, p. 420.)

<sup>164</sup> LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 55.

<sup>165</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 60.

decorrentes do modelo tradicional de justiça penal não são suficientes para prevenir novas condutas, mas, longe disso, acabam por multiplicar a criminalidade ao emergir os desviantes, mesmo que primários, ainda mais no mundo do crime.

A fim de realizar um contraponto aos aspectos negativos da reação social apresentados pela teoria em tela, será abordada no próximo tópico a Teoria da Inibição Reintegradora, que oferece uma possibilidade de se utilizar a reação social de maneira positiva, a fim de responsabilizar o sujeito, mas ao mesmo tempo reaproximá-lo da comunidade através de metodologias de integração que podem ser tratadas, inclusive, como um prelúdio à própria justiça restaurativa.

### **2.3 A Teoria da Inibição Reintegradora de Braithwaite como Contraponto à Reação Social Desintegradora**

A Teoria da Inibição Reintegradora é uma vertente moderna da Teoria do Etiquetamento, que toma como ponto de partida de forma parcialmente semelhante o estudo da criminalidade com base na reação social frente o ato desviante praticado. Entretanto, com vistas a dar um novo viés àquela teoria, propõe-se uma abordagem interacionista, uma vez que a resposta da comunidade tem funcionado apenas como fator inibitório e desintegrador do infrator.

Ao criar a Teoria da Inibição Reintegradora (*Reintegrative Shaming*), Braithwaite aduz que a reação social é a chave tanto para a prevenção delitiva, se positiva, quanto para a marginalização definitiva do indivíduo que praticou algum tipo de infração, ou seja, quando a reação social diante de um fato delitivo desperta em seu autor uma vergonha que o faz reconciliar-se com a sociedade – ao invés de estigmatizá-lo –, aquele tenderá a não voltar a delinquir<sup>166</sup>.

A base da teoria é, portanto, a vergonha que, segundo o conceito de Baruch Spinoza, “é a tristeza que acompanha a ideia de alguma ação que imaginamos censurada pelos outros”<sup>167</sup> e, apesar não a considerar uma virtude, o filósofo entende que ela é boa, assim como o arrependimento, pois indica que aquele que ainda se envergonha possui um desejo de viver legalmente, “por isso, embora o homem que sente vergonha de algo que fez esteja, realmente, triste, ele é, entretanto, mais perfeito que o desavergonhado, que não tem qualquer desejo de viver lealmente”<sup>168</sup>.

---

<sup>166</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 12-13.

<sup>167</sup> SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. Original publicado em 1632-1677. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 254.

<sup>168</sup> SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. Original publicado em 1632-1677. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 332.

Logo, a vergonha possui grande importância no agir e pensar morais, pois, se aplicada de forma adequada pode funcionar como instrumento para a redução de conflitos na sociedade. Sentir vergonha corresponde a aceitar o juízo alheio como legítimo, criando um autojuízo negativo, que corresponde ao valor que a pessoa atribui a si mesma, e esta capacidade de sentir vergonha é que irá atestar o valor moral da pessoa, ainda que ela tenha praticado um ato imoral, ou seja, a vergonha pode indicar a boa índole da pessoa, pois, o que irá diferir o sujeito moral será o sentimento de culpa ou arrependimento frente ao ato praticado.<sup>169</sup>

Em oposição à estigmatização apontada pelo *Labelling Approach*, a qual se identifica como uma forma de “vergonha desintegrativa”, que tende a isolar o indivíduo da comunidade e induzi-lo ao crime, ele propõe uma “vergonha reintegrativa”, na qual a manifestação de reprovação social é seguida de atos de reaceitação, que interrompem a assimilação do papel social de criminoso e, por via de consequência, impedem a reincidência.<sup>170</sup> A ideia, destarte, não é rejeitar o infrator, mas sim a infração por ele praticada, de forma que ele compreenda a reprovabilidade do ato praticado, no sentido de que poderá se desvencilhar dele e deste passado, e reconciliar-se com a comunidade ofendida.

Com um grande número de pessoas estigmatizadas, ocorre o surgimento de grupos subculturais que fornecem ambientes de aprendizagem para o crime e oportunidades ilegítimas, sendo que os indivíduos estigmatizados possuem fortes tendências a participar de tais grupos porque são excluídos da sociedade convencional. Além disso, o processo de estigmatização tem um efeito de *feedback* que corrói o comunitarismo, tendo como resultado final uma sociedade com alta taxa de criminalidade.<sup>171</sup>

A teoria foca o seu estudo no desvio secundário, presumindo que muitas pessoas cometem episódios de delinquência primária apenas uma vez em sua vida, seja por um deslize ou por alguma circunstância transitória, porém, a reação social, seja ela negativa ou positiva, aplicada a estas condutas será o fator decisivo para a continuidade ou o abandono da carreira delitiva<sup>172</sup>. De acordo com o proposto pela teoria, a sociedade deveria incutir a vergonha àquele que praticou o ato criminoso, pois a vergonha gerada pelo fato praticado seria mais eficaz do que os métodos tradicionais retributivos de aplicação da pena no processo de ressocialização. “Quando a reação social diante de um fato delitivo desperta em seu autor uma vergonha que o

---

<sup>169</sup> LA TAILLE. Yves de O Sentimento de Vergonha e suas Relações com a Moralidade. Universidade de São Paulo. Psicologia: Reflexão e Crítica, 2002, 15(1), p. 13-25.

<sup>170</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005, p. 210.

<sup>171</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999. p. 286.

<sup>172</sup> AFONSO, Serrano Maíllo. PRADO, Luiz Regis. Curso de Criminologia. 2 ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 326-327.

faz reconciliar-se com a sociedade, ao invés de estigmatizá-lo -, aquele tenderá a não voltar a delinquir”<sup>173</sup>:

A tese central da teoria é que o crime é maior quando a vergonha é estigmatizante e menor quando é reintegrativa. Esta tese explica por que algumas sociedades têm índices mais altos de criminalidade do que outras e por que algumas pessoas são mais propensas a ofender outras (tradução livre).<sup>174</sup>

Provindo de uma análise crítica à Teoria do Etiquetamento, o autor assinala como uma grave falha do *Labelling Approach* o fato de essa perspectiva ter se ocupado somente do aspecto negativo da vergonha presente no processo de etiquetamento. De acordo com o teórico, a vergonha, praticada em regra por meio de cerimônias públicas de perdão e arrependimento, é um fator necessário para o controle social, desde que o foco seja voltado ao fato criminoso e não a pessoa que o praticou. Sendo a questão chave aquilo que segue a vergonha: reintegração ou estigmatização. A reintegração é essencial, pois os indivíduos envergonhados estão em um ponto de virada em suas vidas – uma época em que podem se reconectar à sociedade convencional ou aprofundar seu compromisso com o crime.<sup>175</sup>

Ademais, ao contrário dos teóricos da rotulagem, Braithwaite acredita que a intervenção do Estado também é necessária e critica aquela teoria por não haver vislumbrado outra solução que não a simplista não-intervenção. Assim, o autor não nega a aplicação formal da punição pelo Estado, mas entende imprescindível a participação da comunidade no processo de desaprovação do crime e conseqüente provocação da vergonha na esfera individual do desviado, pois quando existem relações sociais de qualidade, elas fornecem os meios essenciais para que os infratores recebam o perdão e apoio necessário para se tornarem membros da comunidade. Assim, o primeiro passo para a teorização produtiva sobre o crime é pensar na alegação de que rotular os infratores piora as coisas, uma vez que “a chave para o crime é o compromisso cultural de envergonhar de maneiras que são reintegradoras” (tradução livre).<sup>176</sup>

É salutar mencionar, para a melhor compreensão da teoria, que quanto maior a relação de interdependência entre os indivíduos de determinada sociedade, mais eles terão a perder com

<sup>173</sup> AFONSO, Serrano Maíllo. PRADO, Luiz Regis. Curso de Criminologia. 2 ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 326.

<sup>174</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 286. No original: “Braithwaites central thesis is that crime is higher when shaming is stigmatizing and lower when shaming is reintegrative. This thesis explains both why some societies have higher rates of crime than others and why some individuals are more likely to offend than others”.

<sup>175</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 286.

<sup>176</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 287. No original: “The theory in this book suggests that the key to crime control is cultural commitments to shaming in ways that I call reintegrative”.

a prática delitiva, como emprego, família, amigos, status e, portanto, serão mais suscetíveis à vergonha reintegradora, em uma relação diretamente proporcional. Nada tem maior força simbólica na construção de consciência em toda a comunidade do que o arrependimento. Assim, a “comunidade de suporte” possui papel imprescindível para a prevenção da criminalidade.

Corroborando esta ideia, Spinoza aponta a vergonha como um dos elementos fundamentais para a vida em comunidade, pois o medo de sentir vergonha serviria como uma ferramenta de controle social e a ausência dele poderia resultar na indiferença: “Com efeito, se os homens de ânimo impotente fossem, todos, igualmente soberbos, se não se envergonhassem de nada, nem tivessem medo de coisa alguma, como poderiam ser unidos e estreitados por quaisquer vínculos?”<sup>177</sup>.

Nesse sentido é que para o funcionamento satisfatório da “vergonha reintegrativa” são imprescindíveis os elementos da interdependência, que consiste nas redes e ligações dos indivíduos com outras pessoas em uma relação de dependência recíproca, ou seja, são os laços sociais construídos ao longo da vida, e do comunitarismo, que são os laços criados com outras pessoas que simbolizam valores essenciais à vida em comunidade, como a lealdade, a solidariedade e a confiança, e que precedem os interesses individuais. Assim, a comunidade possui papel de destaque, pois é dela que emana o consenso acerca da reprovabilidade dos comportamentos, bem como é ela a encarregada pela reaceitação do ofensor.

De acordo com a teoria, o elemento preponderante para a compreensão do crime não é a tipificação atribuída pelas instâncias de controle a um determinado comportamento, mas o consenso impregnado na sociedade quanto à criminalização de certas condutas. Pois, para Braithwaite, existe um consenso do qual também partilha o ofensor em torno da reprovação de determinados comportamentos, independentemente da definição a eles alocada pelo Estado.<sup>178</sup>

Desta forma, a “vergonha reintegrativa” apenas será de fato exercida pela comunidade, caso esteja claramente sedimentada entre os seus membros a reprovabilidade social da conduta praticada, o que só ocorre, justamente, no que toca aos “crimes predatórios”.<sup>179</sup> Os chamados “crimes predatórios” de acordo com a expressão utilizada pelo autor, seriam aqueles onde há um consenso na sociedade a respeito de sua contrariedade à norma e gravidade, pois chocam a sociedade e são facilmente perceptíveis, como os crimes contra a pessoa, contra o patrimônio, contra a dignidade sexual.

---

<sup>177</sup> SPINOZA, Baruch. *Ética*. Tradução Tomaz Tadeu. Original publicado em 1632-1677. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009, p. 356.

<sup>178</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005, p. 211.

<sup>179</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 13-14.

Ocorre que, por vezes, a conexão entre o fato praticado e a consequência social do crime não é claramente percebida pela comunidade, notadamente nos crimes contra o patrimônio público praticados por aqueles que detêm um status social elevado (crimes do colarinho branco). Na maioria destes casos, que são tão graves quanto os predatórios e com consequências ainda mais nefastas, a sociedade não consegue realizar uma ligação direta entre a conduta e o resultado, como, por exemplo, não imputa a morte de milhares de pessoas decorrentes da deficiência na prestação de serviços de saúde ou de segurança pública ao sujeito que praticou crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.

Nestes casos, nem sempre há consenso quanto à reprovabilidade das condutas e, diante da ausência de acanhamento reintegrador nestas áreas, a criminalidade dificilmente encontrará freios. Como exemplo, é possível mencionar a grande quantidade de políticos condenados criminalmente em face de corrupção ou outros crimes contra administração pública e reeleitos pela própria sociedade – antes da Lei da Ficha Limpa, que criou barreiras à elegibilidade nestes casos – e que, sem qualquer pudor, voltam a repetir as condutas criminosas facilitadas pelo cargo. Não raro isto ocorre pela própria ignorância da comunidade, então será preciso solidificar a reação social a respeito destas condutas delitivas, pois só a partir do consenso será possível funcionar de forma regular a aplicação da teoria proposta.

Ao trabalhar a ideia de reintegração do infrator de volta à comunidade, Braithwaite destaca a importância da conciliação e do perdão como instrumentos para efetivá-la. Aparentemente, as noções de vergonha e reintegração parecem antagônicas, pois ao envergonhar o sujeito, ele não se sentirá como parte integrante da sociedade, entretanto, a teoria explica que a ocorrência destes institutos ocorre de forma sequencial e não simultânea, ou seja, inicialmente será realizado o processo de incutir a vergonha, no sentido de que o sujeito perceba que o comportamento praticado é prejudicial à comunidade, para posteriormente ocorrer a sua reintegração. O que irá diferir esta vergonha da estigmatização é o fato de que aquela, além de ser aplicada sempre com respeito, é finita, terminada por atos de reaceitação social, como o perdão e a possibilidade verdadeiro recomeço.<sup>180</sup>

A visão preventiva e a função pedagógica também são abordadas pela teoria, por meio do incentivo à participação da comunidade nas experiências de “vergonha reintegrativa”, pois, a partir desta aproximação, a consciência coletiva poderá ser moldada de modo a inibir novos

---

<sup>180</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 100-101.

comportamentos similares<sup>181</sup>. Assim, “a teoria não é apenas sobre a vergonha reintegrativa controlar o crime gerando impacto apenas sobre o alvo da vergonha, mas é mais fundamentalmente sobre o impacto cultural mais amplo propagado por todos os indivíduos que se tornam conscientes do incidente da vergonha”<sup>182</sup>.

Verifica-se, pois, que a teoria estudada se trata de uma introdução à justiça restaurativa, que posteriormente foi explorada em uma visão bastante particular pelo mesmo autor<sup>183</sup>. Nesse sentido, considera-se que a vergonha reintegrativa trata-se de um subsídio consentâneo à operacionalização de mecanismos restaurativos de justiça, não devendo ser considerada uma mera explicação para a eficácia da justiça restaurativa, mas sua própria condição de efetividade<sup>184</sup>. Sendo assim, para que se alcance o controle e prevenção da criminalidade é mister que a sociedade prefira a inibição reintegradora à estigmatização, que opte pela reparação e reconciliação ao invés de simplesmente privar o agressor de liberdade.<sup>185</sup>

A luz do panorama apresentado, denota-se que os valores da Teoria da Inibição Reintegradora são bastante similares aos da justiça restaurativa, pois fundamentam-se na ideia de conciliação, perdão, respeito, aceitação, participação da comunidade, entre outros tantos que serão melhor explorados no próximo capítulo. Para Braithwaite a “vergonha reintegrativa” não consiste em mera explicação para a eficácia da justiça restaurativa, mas sua própria condição de existência real.

O objetivo deste capítulo foi analisar de forma geral como a reação social é crucial para o próprio sistema de justiça penal, na medida em que reações negativas tendem a reforçar a criminalidade, acentuar as desigualdades e afastar cada vez mais o infrator de qualquer possibilidade de ressocialização, o que, em uma visão macrosistêmica, faz com que as finalidades da pena e do próprio aparato punitivo se tornem inócuas na prevenção e redução do crime.

Por outro lado, o estudo das teorias criminológicas abordadas, tanto do Etiquetamento, quanto da Inibição Reintegradora, confirma a premissa já conhecida de que a mudança de paradigma do sistema criminal é necessária e urgente, sendo inegável o papel categórico que a

---

<sup>181</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005, p. 212.

<sup>182</sup> No original: *This is so because the theory is not only about reintegrative shaming controlling crime through an impact on the individual target of the shame, but is more fundamentally about the wider cultural impact mediated through all individuals who become aware of the incident of shaming.* (BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 110).

<sup>183</sup> O autor aprofunda o estudo sobre a Justiça restaurativa no livro *Restorative Justice and Responsive Regulation* (New York, Oxford University Press, 2002).

<sup>184</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005, p. 212.

<sup>185</sup> BRAITHWAITE, John. *Crime, Shame, and Reintegration*. New York: Cambridge University, 1999, p. 287.

comunidade deve exercer para a reversão deste quadro. É nesse contexto que o capítulo final deste trabalho irá apresentar a justiça restaurativa como uma alternativa possível para afastar essa ideia mística de que o sujeito que desviou-se das normas penais é um ser anormal e irrecuperável e que a punição nos moldes tradicionais é a única forma possível de combater o crime e manter a ordem social.

### 3 A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO FERRAMENTA DE REINserÇÃO SOCIAL

Nos capítulos anteriores foram analisados os fundamentos que legitimam o sistema punitivo tradicional, com enfoque especial na ideologia da defesa social e nas teorias justificadoras da pena; após, buscou-se demonstrar como tais alicerces caminharam para uma grave crise que assola o aparato punitivo e que leva a questionar a própria legitimidade do sistema criminal, falho nas suas principais funções de ressocialização do infrator e prevenção do delito. Posteriormente, com base na teoria criminológica do *labelling approach*, foi abordada a construção dos estereótipos relacionados ao crime que estigmatizam os sujeitos, afastando-os ainda mais da comunidade e estimulando a desigualdade e a reincidência. Ao final, como contraponto, demonstrou-se, por meio da Teoria da Inibição Reintegradora, que a reação social, se trabalhada corretamente, pode atuar positivamente na recuperação do infrator.

Diante do exposto, é possível extrair que o padrão de justiça penal atual não é eficaz o suficiente para solucionar ou sequer minimizar o problema da violência. O criminoso não pode ser perpetuamente segregado e o sistema punitivo tradicional que vive uma situação de crise não o recupera ou o prepara para que seja devolvido ao convívio social. Mesmo com o crescimento significativo dos encarceramentos no país, verifica-se que a violência é cada vez mais recorrente e que o aumento de número de presos não indica qualquer sinal de controle do Estado ou redução da criminalidade.

É nesse contexto que os métodos consensuais de solução de conflitos complementam o sistema formal de justiça, surgindo como uma alternativa palpável de controle que tem sido mais efetiva em determinados casos, especialmente no ponto que concerne à satisfação da própria vítima e à recuperação do infrator. A justiça restaurativa, como um dos métodos mais utilizados recentemente, possui um papel de extrema relevância, uma lucidez para a solução do problema do sistema criminal tradicional que já se mostrou falido e com baixos índices de recuperação.

O modelo alternativo apresentado pela justiça restaurativa, que conta com a participação dos interessados diretamente na solução do problema, como a vítima, a própria comunidade e o Estado, tem se mostrado bastante eficaz e trazido resultados positivos na ressocialização. Além disso, a forma como ocorre o processo restaurativo modifica o pensamento estante de que o criminoso é um ser inatingível e injustável. Justamente por contar com a participação ativa da comunidade esta modalidade de justiça faz transparecer outro lado do crime, rompe o paradigma de que se trata somente de um fato típico, ilícito, culpável e,

portanto, passível de punição, mas aflora a curiosidade de se buscar o que está por trás do delito e o mostra como um problema social.

Nessa perspectiva, o foco deste capítulo é inicialmente apresentar os conceitos gerais da justiça restaurativa, incluindo a sua estruturação, dimensões, princípios, valores, métodos de aplicação e objetivos, para, posteriormente, analisar de que forma este novo paradigma de justiça é capaz de sobrepor as barreiras que impedem a ressocialização do infrator e sua conciliação com a comunidade, trazendo, em especial, a ideia de que a humanização do procedimento transforma as partes em sujeitos de direito, cada qual com suas particularidades, em oposição à objetificação dos envolvidos em processos penais tradicionais.

Para tanto, serão abordados os preceitos que levam ao reconhecimento do outro como ser humano dotado de sentimentos e à compreensão das diferenças como elementos fundamentais para se restaurar qualquer relação, notadamente aquelas rompidas ou originadas de práticas criminosas. Assim serão trazidos alguns conceitos de Emmanuel Lévinas sobre a ética alteridade e também de Luís Alberto Warat, que apresenta a noção outridade, como fundamentos éticos para a construção de relacionamentos, além de outros aspectos teóricos que irão embasar a hipótese de que a justiça restaurativa é a ferramenta mais eficaz para a ressocialização do sujeito.

Por fim, ainda neste capítulo serão expostas as principais dificuldades na aplicação prática do sistema restaurativo, que perpassam pelas barreiras culturais de aceitação de um novo paradigma de justiça diferente daquele pautado precipuamente na aplicação de punições, até os obstáculos existentes na própria legislação brasileira, que, ao reduzirem situações fáticas complexas e particulares a leis genéricas acabam por dificultar a propagação dos métodos restaurativos no âmbito judicial.

### **3.1 Um Novo Conceito de Justiça: Estrutura, Dimensões e Princípios da Justiça Restaurativa**

O verbo restaurar remonta a ideia de recuperação, restauração, reparação<sup>186</sup> de algo, assim, a ideia principal de associar o termo à justiça indica a intenção de restituição do bem-estar social, a busca por reparar um dano decorrente da violação da norma, fazendo com que os participantes desta relação jurídica obtenham satisfação por meio da restauração dos laços socialmente rompidos.

---

<sup>186</sup> FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009, p. 1747.

A justiça restaurativa não pode ser reduzida a um único projeto específico ou forma de aplicação e, conseqüentemente, a sua conceituação é bastante abrangente, sendo difícil delimitar uma definição precisa de seu conceito, que se encontra em constante processo de evolução e discussão. A par disso, nota-se que diversos pontos, em especial sobre as funções, valores e finalidades da justiça restaurativa, são bastante similares. A exemplo disso, cita-se o conceito trazido por Sérgio Garcia Ramírez:

Trata-se de uma variedade de práticas que procuram responder ao crime de uma forma mais construtiva do que as respostas dadas pelo sistema punitivo tradicional, seja ele retributivo ou ressocializador. Mesmo correndo o risco de uma simplificação exagerada, pode-se dizer que a filosofia desse modelo está resumida nos três "Rs": *Responsibility, Restoration and Reintegrations* (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, uma vez que cada um deve responder pelos comportamentos que livremente assume; restauração da vítima, que deve ser reparada e, assim, deixar sua posição de vítima; reintegração do agressor, restabelecendo os vínculos com a sociedade à qual o delito também foi prejudicado. (tradução livre)<sup>187</sup>

No mesmo sentido, Azevedo define a justiça restaurativa abarcando as suas práticas e finalidades:

[...] proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral das vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito.<sup>188</sup>

O conceito de justiça restaurativa foi ainda formalizado na Resolução 2002/12 da ONU, que trata dos princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal, onde se estabeleceu que o processo restaurativo é aquele onde vítima, ofensor e a própria comunidade participam, com a ajuda de um facilitador, ativamente na resolução de

---

<sup>187</sup> No original: “*Se trata de una variedad de prácticas que buscan responder al crimen de un modo más constructivo que las respuestas dadas por el sistema punitivo tradicional, sea el retributivo, sea el rehabilitativo. Aun a riesgo de un exceso de simplificación, podría decirse que la filosofía de este modelo se resume en las tres “R”: Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se ha dañado con el ilícito*” (RAMÍREZ, Sérgio García. *En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa*. Revista de Ciências penales. Inter Criminis. Cidade do México: Inacipe, 2005, p. 199).

<sup>188</sup> AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In SLAKMON C.; DE VITTOR, R. Gomes (Org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 140.

conflitos decorrentes de ilícitos penais, visando atingir um resultado reparador que atende às necessidades individuais e coletivas<sup>189</sup>.

Verifica-se, pois, que todos os conceitos convergem no sentido de que a justiça restaurativa é uma nova metodologia de tratamento de conflitos, com princípios próprios, pautada no diálogo efetivo, na colaboração e na horizontalidade das relações, que conta com a participação voluntária dos envolvidos na lide e com a intervenção técnica de facilitadores, na busca pela melhor resposta para o caso concreto, e que reflete diretamente na comunidade ao atingir soluções que implicam na adequada responsabilização do sujeito, reparação de danos e restauram a harmonia social.

Impende destacar que o objetivo da justiça restaurativa não se resume apenas à resolução de conflitos, mas vai além, pois pretende por meio dos seus métodos gerar uma verdadeira transformação social, uma mudança de paradigma e da forma como as relações interpessoais são enfrentadas, considerando as diferenças e resgatando-se a ideia da verdadeira justiça e da ética na sociedade, no sentido da busca pela paz social. “Dessa forma, para além de remediar o ato de transgressão, a justiça restaurativa busca, também, prevenir e evitar que a violência nasça ou se repita”<sup>190</sup>.

Diante da ausência de uma definição limitada sobre o tema, inúmeros métodos surgem e se intitulam como restaurativos. Assim, a fim de se evitar a confusão ou o desvio de suas finalidades e princípios originários, que levariam à banalização de seu uso, Howard Zehr, um dos doutrinadores pioneiros na divulgação e sistematização da justiça restaurativa, formulou diretrizes que orientam a aplicabilidade das práticas restaurativas por um caminho íntegro:

1. Foco nos danos causados pelo crime ao invés de nas leis que foram infringidas.
2. Ter igual preocupação e compromisso com vítimas e ofensores, envolvendo a ambos no processo de fazer justiça.
3. Trabalhar pela recuperação das vítimas, empoderando-as e atendendo às necessidades que elas manifestam.
4. Apoiar os ofensores e ao mesmo tempo encorajá-los a compreender, aceitar e cumprir suas obrigações.
5. Reconhecer que, embora difíceis, as obrigações do ofensor não devem ser impostas como castigo, e precisam ser exequíveis.
6. Oferecer oportunidades de diálogo, direto ou indireto, entre vítima e ofensor, conforme parecer adequado à situação.
7. Encontrar um modo significativo para envolver a comunidade e tratar as causas comunitárias do crime.
8. Estimular a colaboração e reintegração de vítimas e ofensores, ao invés de impor coerção e isolamento.
9. Dar atenção

---

<sup>189</sup> No Brasil, a Resolução 225/2016 do CNJ, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, conceitua a justiça restaurativa em seu artigo 1º: como *um “conjunto ordenador e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, que visa a conscientização sobre os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos e violência, e por meio do qual os conflitos que geram dano, concreto ou abstrato, são solucionados de modo estruturado [...]”*.

<sup>190</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação*: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. p. 37.

às consequências não intencionais e indesejadas das ações e programas de Justiça Restaurativa. 10. Mostrar respeito por todas as partes envolvidas: vítimas, ofensores e colegas da área jurídica.<sup>191</sup>

Diante das inúmeras formas de materialização da justiça restaurativa, destaca-se que o importante é que o método não destoe dos valores e princípios básicos eleitos para que a prática seja considerada válida, segundo Alisson Morris: “A essência da justiça restaurativa não é a escolha de uma determinada forma sobre outra; é, antes disso, a adoção de qualquer forma que reflita seus valores restaurativos e que almeje atingir os processos, os resultados e os objetivos restaurativos”<sup>192</sup>.

Sobre os valores da justiça restaurativa, Braithwaite também traz uma classificação onde elenca como obrigatórios e prioritários alguns valores (*constraining values*) que irão assegurar a lisura dos processos restaurativos, considerados, conforme a expressão utilizada pelo próprio autor, as “salvaguardas processuais fundamentais”, quais sejam, a) Não-dominação; b) Empoderamento dos participantes; c) Obedecer (ou honrar) os limites máximos de punição legalmente estabelecidos; d) Escuta respeitosa; e) Preocupação igualitária com as partes; f) Responsabilização e recorribilidade; g) Respeito aos direitos humanos fundamentais.<sup>193</sup>

Os valores exibidos representam a democracia pragmática da justiça restaurativa, todos eles, de forma geral, visam assegurar o tratamento igualitário e respeitoso entre os participantes do processo restaurativo, além de garantirem a total liberdade das partes para escolherem o procedimento, no sentido de que esta decisão não pode sofrer qualquer espécie de coerção, ademais, assinalam como limites do processo a própria legislação penal e as penas cominadas em abstrato às infrações.

Uma das características da justiça restaurativa a ser destacada é a sua plasticidade e capacidade de adaptação e absorção de elementos da cultura de cada sociedade<sup>194</sup>. Por esta razão há inúmeras formas de sua expressão que variam de acordo com as demandas da

---

<sup>191</sup> ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: da reflexão à ação*. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 52.

<sup>192</sup> MORRIS, Alisson. Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine., DE VITTO, Renato Campos Pinto., PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 442-443.

<sup>193</sup> BRAITHWAITE, John. *Principles of Restorative Justice* in A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach & M. Schiff (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, p. 8-11.

<sup>194</sup> Kay Pranis discorre sobre a capacidade de adaptação da Justiça Restaurativa aos diferentes contextos: “Os círculos de Construção de Paz estão sendo usados em variados contextos. Dentro dos bairros eles oferecem apoio para aqueles que sofreram em virtude de um crime – e ajudaram a estabelecer a sentença daqueles que o cometeram. Nas escolas, criam um ambiente positivo na sala de aula e resolvem problemas de comportamento. No local de trabalho, ajudam a tratar de conflitos. No âmbito da assistência social, desenvolvem sistemas de apoio mais orgânicos, capazes de ajudar pessoas que estão lutando para reconstruir suas vidas.” (PRANIS, Kay. *Processos Circulares de construção de paz*. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. P. 16).

comunidade, o contexto local, as necessidades apresentadas, a aceitação cultural, entre outros aspectos específicos de cada lugar. Essa adaptabilidade faz com que a justiça restaurativa seja considerada, portanto, dinâmica e flexível. As falhas no sistema punitivo tradicional em sua função pacificadora de manutenção da ordem social refletem a necessidade de um sistema que proporcione resultados mais eficientes e solucione conflitos partindo de critérios mais justos e adaptáveis às individualidades de cada caso.

Ressalta-se que a justiça restaurativa atualmente possui um caráter complementar, que não objetiva a substituição completa do sistema tradicional de justiça, mas busca atuar paralelamente a ele, como uma alternativa disponível que, em circunstâncias específicas, poderá trazer um resultado mais eficiente na perspectiva dos jurisdicionados e da própria comunidade. Sobre esta relação entre as diferentes formas de justiça, Rodolfo de Camargo Mancuso apresenta a noção de *coexistência*, que propõe a harmonia entre esses dois planos como a única estratégia viável: “os meios alternativos não se propõem a concorrer com a Justiça estatal, e sim a oferecer uma segunda via ou um alvitre subsidiário, devendo-se, por outro lado, reconhecer que o Judiciário não tem como açambarcar todos os históricos de lesões temidas ou sofridas [...]”<sup>195</sup>.

A dimensão social do crime faz com que ele transcenda a esfera privada do indivíduo na maioria dos casos, como a exemplo dos crimes de ação penal pública previstos na legislação penal brasileira, e isso faz com que o consenso entre as partes, por si só, não seja suficiente para eximir a aplicação da sanção legalmente prevista, todavia, ainda assim a utilização da justiça restaurativa pode proporcionar aos indivíduos resultados que geram satisfação às partes e que vão além da ideia retributiva da vingança e do castigo.

O ponto basilar de qualquer das práticas restaurativas é o respeito, que abarca a noção de saber ouvir e considerar as opiniões diferentes sem julgamentos. Pedro Scuro Neto chama de “escuta restaurativa” o ponto de partida de todo processo restaurativo, que “requer ouvir de modo ativo e sem a pretensão de julgar”<sup>196</sup>. O diálogo também possui um papel de destaque na metodologia restaurativa, pois é por meio da fala e das reflexões que surgirem a partir dela que será possível o alcance de um consenso. Portanto, independente da modalidade restaurativa escolhida, ela deve estar pautada nesses três pilares, o respeito, a escuta e o diálogo.<sup>197</sup>

---

<sup>195</sup> MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 257.

<sup>196</sup> SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 33, n.103, p.229-254, set. 2006. p. 21.

<sup>197</sup> SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 33, n.103, p.229-254, set. 2006. p. 21.

Outro aspecto que constitui condição essencial a qualquer forma de prática restaurativa é a prévia assunção de responsabilidade<sup>198</sup> pelo sujeito. Ao contrário do que se vê na justiça retributiva tradicional, onde a responsabilização depende de um terceiro imparcial que irá aplicá-la a despeito da vontade das partes e do próprio acusado, como “produto de um processo realizado em contraditório, no qual a imputação e a não-imputação digladiam-se até que uma se sobreponha sobre a outra”<sup>199</sup>, na justiça restaurativa, a responsabilidade é apresentada como condição *sine qua non* para o próprio processo restaurativo, que não chega a ocorrer se não há prévia conexão do sujeito ao fato perante outrem.

A noção de responsabilidade da justiça restaurativa é mais concreta e, por esta razão, a inclusão dos envolvidos no processo de decisão e reparação dos erros praticados é de suma importância. Possibilitar ao indivíduo que encare genuinamente as consequências advindas de seus próprios atos e tente encontrar alternativas para reparar os males faz parte do processo de aceitação dos erros e da verdadeira responsabilização. O núcleo das abordagens restaurativas envolve, na maioria dos casos, um encontro mediado que, a depender dos seus participantes e forma de operacionalização, pode ser classificado em distintos modelos de práticas restaurativas. Zehr os divide em três frentes, que na prática se misturam ou podem ser aplicadas concomitantemente para o mesmo caso ou situação: os encontros vítima-ofensor, as conferências de grupos familiares, e os círculos de justiça restaurativa.<sup>200</sup>

Como o próprio nome indica, a mediação vítima-ofensor (MVO)<sup>201</sup>, utilizada primordialmente nos Estados Unidos e Canadá consiste no encontro em um ambiente neutro entre as partes mais importantes do conflito, a vítima do crime e o próprio infrator, sempre acompanhados pela presença de um mediador, onde ambos serão estimulados a dialogar e a buscar, por si mesmos, uma solução.

---

<sup>198</sup> Segundo Klaus Günther a “‘Responsabilidade’ é um termo complexo. Trata-se sempre da responsabilidade de uma pessoa por uma ação (ou omissão) ou consequência de uma ação perante outras pessoas. Tais ações, omissões ou consequências são atribuídas à pessoa para que esta se responsabilize, devendo prestar contas desses fatos a outras pessoas. Isso vale em especial para aquelas ações ou consequências de ações consideradas negativas com base em uma norma, como certos tipos de danos. (GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Revista Novos Estudos, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002. p. 108)

<sup>199</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005. Quadrimestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35237/34037>>. Acesso em: 16 abr. 2018, p. 214.

<sup>200</sup> ZEHR, Howard. Justiça restaurativa: da reflexão à ação. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: The little book of Restorative Justice. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 55.

<sup>201</sup> A mediação vítima-ofensor, em inglês chamada de “VOM” (*victim-offender mediator*), se caracteriza como a prática mais antiga, havendo registros das primeiras MVOs no Canadá em 1974. (AZEVEDO, André Gomma de. A participação da comunidade na mediação vítima-ofensor como componente da justiça restaurativa: uma breve análise de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016, p. 143).

Destaca-se que este encontro não será necessariamente presencial, podendo ser realizado indiretamente por meio de carta, vídeo, ou até mesmo através de um terceiro que representará a vítima.<sup>202</sup> Este encontro, caso seja desejado, oportuniza às partes expressarem seus sentimentos, tirarem suas dúvidas e questionamentos a respeito do outro, do fato delitivo e, inclusive, das razões que levaram a sua ocorrência, além de possibilitar o eventual perdão e a superação do trauma.

Na segunda modalidade, conferências de grupos familiares, é ampliado o número de participantes, que passa a contar com familiares da vítima e do ofensor, membros da comunidade e representantes do Estado também podem participar. A ideia é que sejam envolvidas pessoas próximas e capazes de oferecer apoio às partes, auxiliando na busca de soluções. Um exemplo de utilização deste modelo que ganhou destaque é utilizado nos Estados Unidos, inicialmente elaborado pela polícia australiana, e adota um modelo roteirizado, onde os facilitadores podem ser policiais, e utiliza-se da técnica da vergonha reintegrativa já explorada neste trabalho para se obter resultados positivos na responsabilização.<sup>203</sup>

Este modelo também é utilizado na Nova Zelândia, desde 1989, quando o governo optou por aplicar as práticas restaurativas aos adolescentes infratores promulgando o *Children, Young Persons and Their Families Act*, instrumento normativo que envolve o jovem infrator e a própria família na tomada de decisões quanto às consequências derivadas da prática infracional do jovem:

A responsabilidade primária pelas decisões sobre o que seria feito foi estendida às famílias, que receberiam apoio em seu papel de prestações de serviços e outras formas apropriadas de assistência. O processo essencial para a tomada de decisões deveria ser a reunião de grupo familiar, que visava incluir todos os envolvidos e os representantes dos órgãos estatais responsáveis (bem-estar infantil para casos de cuidados e proteção e a polícia nos casos de infrações).<sup>204</sup>

Já os círculos restaurativos constituem modalidade onde as pessoas permanecem em roda, sem mesa no centro, podendo ser colocado ao centro algum objeto que tenha significado para os participantes, “o formato especial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos”<sup>205</sup>. A

---

<sup>202</sup> ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: da reflexão à ação*. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 38.

<sup>203</sup> ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: da reflexão à ação*. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 59.

<sup>204</sup> MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005. p. 83.

<sup>205</sup> PRANIS, Kay. *Processos Circulares de construção de paz*. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. p. 25.

intenção é criar um ambiente onde todos se sintam seguros para se expressar e juntos buscarem uma solução para o conflito.

Esta modalidade é a mais abrangente, pois permite a participação de outras pessoas além das partes envolvidas no conflito e seus familiares, como profissionais do judiciário, psicólogos, assistentes sociais e demais membros da comunidade que possam de alguma forma contribuir para a restauração da paz e a prevenção de novos conflitos.

No Brasil, este modelo é o mais utilizado<sup>206</sup>, tendo sido consolidado e difundido por meio do projeto Justiça para o Século XXI, projeto pioneiro de referência no país. Segundo a definição do referido projeto, “os Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de paz são processos de diálogo que permitem a identificação e a compreensão das causas e necessidades subjacentes ao conflito e a busca da sua transformação em atmosfera de segurança e respeito”<sup>207</sup>, podendo ser utilizados tanto na prevenção quanto na superação de conflitos interpessoais, favorecendo o pertencimento e a autorresponsabilização, além de fortalecerem o senso de comunidade e a promoção da cultura de paz<sup>208</sup>.

Ademais, a utilização do círculo pode ocorrer em vários nichos de convivência social, como escolas, universidades, igrejas, unidades de tratamento, centros de atenção psicossocial, e, especialmente, no Judiciário, destacando-se que a origem dos círculos se deu no âmbito da justiça criminal:

Embora os Círculos tenham começado no contexto das varas criminais e das audiências de sentenciamento, os oficiais de condicional encontraram novas aplicações para essa abordagem dentro do sistema judiciário. Profissionais inovadores começaram a usar os círculos para facilitar a integração de egressos da prisão, e também para aumentar a eficácia de supervisão comunitária sobre as pessoas em liberdade condicional. Os Círculos em Minnesota surgiram no contexto da justiça criminal mas logo começaram a ser utilizados em outros contextos. Voluntários que trabalhavam nos círculos restaurativos logo viram que o processo seria útil em muitas situações não relacionadas ao crime, e levaram os Círculos para as escolas, locais de trabalho, assistência social, igrejas, associações de bairro e famílias.<sup>209</sup>

Os círculos podem adotar diversos formatos conforme a sua motivação e o propósito a que se destina, há “Círculos de Conversa, de Celebração, de Resolução e Conflitos, de

---

<sup>206</sup> Em relatório foi constatado que 93% dos programas de justiça restaurativa aplicados nos Tribunais de Justiça utilizam os círculos de construção de paz, baseados em Kay Pranis. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Mapeamento dos programas de justiça restaurativa. Brasília, 2019).

<sup>207</sup> Site Oficial do Projeto Justiça para o Século 21: instituindo práticas restaurativas. Disponível em: <<http://justica21.web1119.kinghost.net/>>. Acesso em 04 jun. 2019.

<sup>208</sup> Site Oficial do Projeto Justiça para o Século 21: instituindo práticas restaurativas. Disponível em: <<http://justica21.web1119.kinghost.net/>>. Acesso em 04 jun. 2019.

<sup>209</sup> PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010. p. 22-23.

Reintegração, Apoio, Sentença, Recuperação, Compreensão, Comunitários, de Aprendizagem Compartilhada, entre tantos outros”<sup>210</sup> independente da nomenclatura a intenção é oferecer “espaços onde pessoas com visões muito divergentes podem se reunir para falar francamente sobre conflito, dor e raiva, e sair se sentindo bem em relação a si mesmas e aos outros”<sup>211</sup>.

Paralelamente às características já expostas das práticas restaurativas, destaca-se que a realização dos encontros, qualquer que seja a sua modalidade, sempre deve ser realizada em ambiente neutro, tranquilo e protegido, assim como o facilitador deve ser imparcial e capacitado para exercer a função. O sigilo daquilo que foi discutido também é predicado imprescindível das práticas restaurativas, a fim de que as partes se sintam seguras para poderem expressar as suas angústias e opiniões.<sup>212</sup> Ademais, o momento da realização das práticas restaurativas na esfera criminal também poderá variar de acordo com o objetivo buscado. Raffaella da Porciuncula Pallamolla define quatro estágios do procedimento do sistema de justiça criminal que irão variar de acordo com a prática adotada em cada país:

(a) fase policial, ou seja, pré-acusação. O encaminhamento pode ser feito tanto pela polícia quanto pelo Ministério Público; (b) fase pós-acusação, mas, usualmente, antes do processo. O encaminhamento é feito pelo Ministério Público; (c) etapa do juízo, tanto antes do julgamento quanto ao tempo da sentença. O encaminhamento é feito pelo Tribunal; (d) fase da punição, como alternativa ao cárcere, como parte dele, ou somada à pena de prisão. O encaminhamento é feito pelos encarregados da *probation*, órgãos correccionais ou pelo próprio órgão prisional. Quando a prática é aplicada após o cumprimento de parte da pena, o encaminhamento é feito pela agência de *parole* e/ou ONGs.<sup>213</sup>

O que irá definir qual a melhor prática a ser aplicada no caso concreto é a sensibilidade daqueles que coordenam os projetos ou mesmo dos facilitadores, levando sempre em consideração o tipo de conflito, sua gravidade, as pessoas selecionadas para participarem da atividade, o grau de formalidade necessário, a linguagem a ser utilizada, o ambiente neutro, a

<sup>210</sup> PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 13.

<sup>211</sup> PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 22.

<sup>212</sup> Sobre a confidencialidade no procedimentos de justiça restaurativa, Carbonera e Braschi justificam a sua necessidade: “Entende-se que as questões que porventura possam ter levado as partes conflitantes de um Círculo de Construção de Paz a se tornarem opositores tenham pontos nodais tão significantes que, para serem, de fato, transformadas no sentido de uma restauração, precisam que as partes participem por inteiro do procedimento. Isso quer dizer, eles precisam se sentir em um ambiente seguro a ponto que seja possível tocar em qualquer fato relacionado e concernente à raiz e aos desdobramentos do conflito a ter seus danos decorrentes restaurados. Estamos falando da confidencialidade absoluta”. (CARBONERA, Daiane; BRASCHI, Olívia Araújo. Recomendações quanto à confidencialidade absoluta nos Círculos de Construção de Paz e Justiça Restaurativa: observações de práticas do projeto-piloto em Vara de Execuções Criminais – VEC. In: Justiça restaurativa na prática [recurso eletrônico] : ações realizadas no município de Caxias do Sul / org. Suzana Damiani, Cláudia Maria Hansel, Maria Suelena Pereira de Quadros. – Caxias do Sul, RS: EducS, 2018, p. 89).

<sup>213</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 100-101.

cultura local, entre outras variáveis, pois, repisa-se, a justiça restaurativa possui a qualidade de ser adaptável a cada situação.

Em todas as práticas restaurativas, os envolvidos no conflito são empoderados e elevados a protagonistas do encontro, pois são os principais interessados em resolver o problema e ver os danos reparados. Outrossim, qualquer das formas apresentadas pressupõe uma preparação anterior, ou seja, um momento específico onde os facilitadores treinados conversarão individualmente com cada participante e terão a oportunidade de explicar como será conduzido o encontro, as regras, os objetivos e o papel de cada um, todos precisam estar cientes das finalidades da prática e optar voluntariamente por participar dela.

Na justiça penal tradicional, ofensor e vítima são tratados, em regra, como objetos do processo, partes necessárias à composição da lide, mas que possuem papéis coadjuvantes na solução do conflito, atuando como meros instrumentos de provas, que por vezes passam pelo procedimento sem sequer compreendê-lo. Além disso, o processo penal não possui espaço para que a vítima fale sobre seus sentimentos ou qualquer outro reflexo emocional deixado pelo crime, o que dificulta a superação do trauma experimentado e, em alguns casos, possui um efeito reverso potencializador do dano, chamado de vitimização secundária<sup>214</sup>.

Ao ofensor também pouco espaço é dado, além dos momentos em que está sendo interrogado, onde respostas são limitadas às indagações realizadas, no processo há sempre “outros profissionais que falam por ou para ele, o advogado, o promotor, por fim, o juiz julga qual é a pena – ou a medida socioeducativa – adequada para o caso de acordo com a lei”<sup>215</sup>. Nesse sentido, ao acusado não é permitido participar do processo decisório, ainda que este diga respeito diretamente à sua vida, cabendo a ele apenas cumprir a pena imposta por um terceiro imparcial.

O empoderamento decorrente das práticas restaurativas também reflete na própria comunidade, que em regra é deixada à margem da solução do conflito apesar de ser direta ou indiretamente afetada por ele. As comunidades, segundo Zehr “sofrem o impacto do crime e deveriam ser consideradas partes interessadas pois são vítimas secundárias. Os membros da comunidade também têm importantes papéis a desempenhar e talvez, ainda, responsabilidades

---

<sup>214</sup> “[...] a vitimização secundária, também denominada de sobrevivimização, pode ser compreendida como aquela gerada a partir da atuação dos órgãos responsáveis pelo controle social, incluindo todo o aparato policial, que receberá os primeiros reclamos relacionados à vítima, até os sujeitos que participarão do processo penal: juízes, promotores, peritos oficiais e serventuários de justiça.” (BARROS, Flaviane de Magalhães. A participação da vítima no processo penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70)

<sup>215</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016, p. 30.

em relação às vítimas, aos ofensores e a si mesmos”<sup>216</sup>. Ignorar a comunidade e excluí-la da resolução dos conflitos a torna ainda mais alienada e carente de informações corretas, o “que faz com que a população, conforme ecoado pela mídia, mostre-se sempre insatisfeita com as punições aplicadas pelo Estado e exija penas mais elevadas, duras e cruéis.”<sup>217</sup>

Importante destacar que a justiça restaurativa não tem como objetivo principal que a vítima perdoe o seu ofensor ou ainda que haja de fato uma conciliação<sup>218</sup> entre as partes. A reconciliação acaba por ser uma decorrência natural na maioria dos casos e ocorre com uma frequência muito maior do que no ambiente litigioso do processo penal. Porém, não é o ponto focal das práticas restaurativas, cuja intenção é buscar uma solução para um conflito que as partes têm em comum, a fim de tentar recuperar os sentimentos violados e reparar, ainda que não em sua totalidade, os danos experimentados. Assim, a concessão ou não do perdão fica a cargo da escolha categoricamente voluntária dos participantes, sendo vedada qualquer pressão nesse sentido.<sup>219</sup>

Segundo a classificação de Braithwaite sobre os valores restaurativos, o remorso, o perdão, a clemência e a misericórdia se enquadram em uma lista diferente, no sentido de que não são considerados valores obrigatórios, pois não podem de forma alguma ser exigidos dos participantes. Estes preceitos só têm validade se forem vindos de forma espontânea e verdadeira, sendo, portanto, resultado positivo de um encontro restaurativo bem-sucedido e pautado na escuta respeitosa.<sup>220</sup>

Sobre o momento de sua aplicação, verifica-se que em países onde a justiça restaurativa já é mais avançada e a legislação permite, ela pode ser utilizada ainda durante o procedimento investigatório ou antes da denúncia e, caso seja eficaz, obstar o seu oferecimento, ou ainda pode ser utilizada no processo de construção da sentença mais adequada ao caso concreto e que melhor atenda às necessidades dos envolvidos no conflito. Como exemplo, é

---

<sup>216</sup> ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: da reflexão à ação*. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 28.

<sup>217</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz* - Brasília: CNJ, 2016, p. 32.

<sup>218</sup> “A reconciliação não é um simples gesto de “dar as mãos” como se nada tivesse acontecido e se quisesse negar o conflito. O conflito jamais deve ser reprimido e nem negado ou desconsiderado. O conflito deve ser resolvido e, dessa resolução, faz parte a reconciliação, que é a reaproximação das partes. Entendam-se por partes não única e simplesmente o agressor e sua vítima, mas também (e sobretudo) o agressor e a sociedade.” (SA, Alvino Augusto de. *Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação*. Boletim Ibccrim, São Paulo, n. 83, 1999, p. 3).

<sup>219</sup> ZEHR, Howard. *Justiça restaurativa: da reflexão à ação*. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 18.

<sup>220</sup> BRAITHWAITE, John. ‘Principles of Restorative Justice’ in A. von Hirsch, J. V. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach & M. Schiff (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing, p. 12-13.

possível citar a aplicação da Justiça Restaurativa na Nova Zelândia<sup>221</sup>, onde a solução restaurativa de conflitos é a regra, sendo a via judicial utilizada apenas em último caso, quando as práticas restaurativas não forem eficazes.

Já em países como o Brasil, onde a legislação é mais restritiva, as práticas restaurativas no âmbito da justiça vem progredindo de forma tímida, e a sua aplicação vem sendo mais utilizada no âmbito dos juizados da infância e da juventude, onde os juízes possuem mais discricionariedade ao trabalharem com a possibilidade de remissão da pena<sup>222</sup> aos infratores condicionada ao resultado positivo dos encontros restaurativos. A respeito da barreira legislativa que dificulta a aplicação prática dos procedimentos restaurativos será dedicado um capítulo específico que tratará do tema.

Na justiça restaurativa o que se verifica é a tendência à adoção de um pluriprocessualismo, onde diversas práticas são bem-vindas para solucionar os inúmeros conflitos e as crescentes demandas levadas à apreciação do Judiciário atualmente, especialmente se eles podem ser resolvidos de forma extrajudicial. É possível dizer que a justiça restaurativa teve seu início pautado em um esforço para lidar com crimes patrimoniais, vistos pela sociedade como ofensas menores, hoje, porém, as abordagens restaurativas já são aplicadas em algumas comunidades até mesmo para crimes mais graves e com maior grau de violência. Ademais, a metodologia tem sido aplicada em outras áreas além do direito penal, como na solução de conflitos familiares, escolares, no âmbito profissional e em instituições religiosas.<sup>223</sup>

Com base em tudo o que foi explanado neste tópico, o que se buscará demonstrar a seguir é que a configuração mais flexível e aberta da justiça restaurativa é capaz de minimizar as barreiras entre a comunidade e o conflito penal, geralmente impostas pelos rituais e formalismos do processo tradicional que, em regra, demonizam ainda mais o sujeito que violou a norma e dificultam a sua reintegração ao convívio social. A justiça restaurativa volta sempre o seu olhar para o futuro no sentido de que a harmonia social deverá ser de alguma forma restaurada, independentemente do conflito praticado, que não poderá ser desfeito, as partes

---

<sup>221</sup> MAXWELL, Gabrielle. A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia. Justiça Restaurativa: coletânea de artigos. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 83.

<sup>222</sup> “O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, também ensina e recomenda o uso de práticas restaurativas, implicitamente, ao dispor sobre a remissão (art. 126) como mecanismo de exclusão, suspensão ou extinção do processo referente à aplicação de medidas socioeducativas a adolescentes. O caput do referido artigo permite a remissão proposta pelo representante do Ministério Público, que deverá ser homologada pelo Juiz. O art. 127 permite que esta seja cumulada com medidas socioeducativas ou protetivas.” (JESUS, Joalice Maria Guimarães de. A fundamentação legal da justiça restaurativa junto ao ordenamento jurídico brasileiro. In Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016, p. 250-251).

<sup>223</sup> ZEHR, Howard. Justiça restaurativa: da reflexão à ação. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: The little book of Restorative Justice. São Paulo: Palas Athena, 2012, p. 14.

necessariamente deverão encontrar o melhor caminho para tocar a vida adiante, seja pelo perdão, pela reparação do dano ou por meio da punição justa e proporcional ao fato praticado.

Nesse contexto, acredita-se que a ideia trazida por este novo paradigma de justiça não só se mostra viável, como necessária, notadamente na esfera penal, e pode de alguma forma reduzir a ideia simplista de vingança, a partir da retomada de confiança no próprio sistema de justiça, outrora perdido em face do colapso sistêmico da justiça criminal que não logra êxito em assegurar a tão almejada paz social.

### **3.2 A Desconstrução do Estigma a Partir da Humanização do Infrator em uma Perspectiva Restaurativa**

A construção do estigma é histórica e levou anos para ser elaborada e consolidada na sociedade. Atualmente, as categorias elegidas como negativas classificam alguns sujeitos em presumidamente culpados enquanto aqueles que não possuem o perfil pré-determinado de criminoso têm maiores chances de eximirem-se da punição por suas condutas desviadas. Assim, se faz necessário um trabalho árduo para o rompimento desse paradigma punitivista cada vez mais incentivado pela sociedade e pelo próprio Estado representado por seus governantes.

Conforme já demonstrado, os procedimentos tradicionais não colaboram para uma efetiva mudança nos comportamentos, além disso, constata-se que “as situações recorrentes em atos violentos têm em sua essência uma complexidade maior do que realmente se cuida quando o controle sobre o outro é a forma escolhida”<sup>224</sup>. A justiça restaurativa, que nasce dessa insatisfação, possibilita que se dê um rosto àqueles envolvidos em um conflito decorrente de violação da norma penal. Diferentemente da aplicação abstrata e fria da norma, ela oportuniza o encontro face a face, o conhecimento daquele e daquilo que está por trás da ação antijurídica pura e simples.

Fazendo um paralelo entre a justiça restaurativa e a Ética da Alteridade de Emmanuel Levinas, Afonso Armando Konzen estabelece a importância do Rosto<sup>225</sup> nas relações interpessoais, ressaltando a necessidade do encontro entre os envolvidos no conflito para que

---

<sup>224</sup> MUMME, Mônica. Justiça restaurativa: um caminho de valor social que acontece no coletivo. In: PELIZZOLI, Marcelo Luiz. (org.). Justiça restaurativa: caminhos de pacificação social. Caxias do Sul: EDUCS; Recife: UFPE, 2016, p. 87.

<sup>225</sup> “O modo como o Outro se apresenta, ultrapassando a ideia do Outro em mim, chamamo-lo, de facto, rosto. Esta maneira não consiste em figurar como tema sob o meu olhar, em expor-se como um conjunto de qualidades que formam uma imagem. O rosto de Outrem destrói a cada instante e ultrapassa a imagem plástica que ele me deixa, a ideia à minha medida e à medida do seu *ideatum* – a ideia inadequada. Não se manifesta por essas qualidades [...]”. (LEVINAS, Emmanuel. Totalidade e Infinito. Tradução de José Pinto Ribeiro. Revista por Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1988, p. 37-38)

se conheça verdadeiramente o outro, afastando-se a indiferença dos conceitos pré-estabelecidos e possibilitando a assunção de responsabilidade dentro de um contexto que faça sentido às partes.

O funcionamento dessa ética está na fenomenologia do Rosto, no sentido do outramente. A consciência ética nasce desse encontro entre viventes, entre entes vivos, na medida da opção de respeitar o outrem como ser absoluto e não suscetível de redução a um conceito. Nasce nesse encontro a responsabilidade, no face-a-face. Jorram em abundância, nesse contexto, argumentos de sustentação do proceder pela Justiça Restaurativa, um proceder em que se pretende que a forma de proceder possa conduzir à não indiferença, em que o movimento dos protagonistas oficiais possa se investir, ainda que formalmente autorizados a proceder segundo os ritos da outra tradição, da intencionalidade estimuladora para o encontro, pelo envolvimento de todos os diretamente interessados na busca da construção do que tenha sentido para eles, para o ofensor, para o ofendido e para todos os demais circunstantes do desencontro produtor da violência.<sup>226</sup>

Esse processo, pautado no encontro pessoal entre as partes, possibilita que a vítima ganhe voz dentro do processo e passe também a ser um rosto conhecido<sup>227</sup>, não só pelo Estado, mas pela comunidade e, em especial, pelo próprio ofensor. Dentro do caráter impessoal do crime, a vítima é vista apenas como um alvo, como mais um número, como mero obstáculo para a obtenção do fim específico do crime.

Na justiça restaurativa, por outro lado, à vítima é concedido o poder de voz para gerir os seus próprios conflitos, de atuar no papel principal expressando suas vontades, sentimentos, sofrimentos e tomando decisões importantes que refletirão diretamente em sua própria vida. Supera-se a visão da vítima como mero instrumento de prova e sujeito passivo do tipo penal, para empoderá-la, elevando-a ao papel que lhe cabe de principal interessada na solução do conflito. Analisando a perspectiva da vítima no processo penal, Hassemer pondera que “deve ser concedido a ela mais direito de ação e participação. Ela deve ser libertada da sua posição impotente no processo formalizado, onde ela deve observar, sem chances consideráveis de

---

<sup>226</sup> KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e alteridade: Limites e frestas paraos porquês da justiça juvenil. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 178-198, abr./maio 2008, p. 139.

<sup>227</sup> Nas palavras de Lévinas, o olhar para o rosto não pode ocorrer de forma subjetiva e superficial, sob pena de se encarar o outro como um objeto: “Penso antes que o acesso ao rosto é, num primeiro momento, ético. Quando se vê um nariz, os olhos, uma testa, um queixo e se podem descrever, é que nos voltamos para outrem como para um objeto. A melhor maneira de encontrar outrem é nem sequer atentar na cor dos olhos! Quando se observa a cor dos olhos, não se está em relação social com outrem. A relação com o rosto pode, sem dúvida, ser dominada pela percepção, mas o que é especificamente rosto é o que não se reduz a ele”. (LEVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito; diálogos com Philippe Nemo*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2000, p. 77).

intervenção, a discussão ‘sobre sua’ causa por outros [...]”<sup>228</sup>. Nesse contexto, propõe o autor a mediação entre as partes como forma de superar pessoal e juridicamente o problema:

Em vez disso, a vítima deve poder tomar nas mãos ‘sua’ causa e entrar, mesmo sob uma certa fiscalização estatal, em mediação com o suspeito do ato, em que ambos os participantes diretos no conflito, em um processo de aprendizagem mútuo, podem pôr em dia, tanto pessoalmente como também juridicamente, o problema deste fato punível.

As vítimas de crimes sofrem traumas muitas vezes insuperáveis e qualquer tentativa de recuperação ou cura é algo muito individual, não havendo uma receita pronta a ser oferecida. Na sistemática punitiva tradicional a punição institucionalizada é colocada como o desejo natural da vítima, como se a sua satisfação e recuperação dependesse de algum tipo de vingança contra o sujeito que praticou a infração. Mas será que todas as vítimas realmente desejam a punição de seu algoz? Será que o castigo trará a desejada paz à vítima e a restauração dos laços desfeitos? Segundo Louk Hulsman, fazer afirmações genéricas que apontam para estas conclusões é algo muito grave:

Em matéria de princípios, é muito grave afirmar que o delinquente deva ser punido para que a vítima reencontre a paz. Aqui, está se tocando numa questão metafísica, que pode suscitar outras indagações, tais como: o homem é naturalmente bom ou mau? O homem tem necessidade de se vingar, de responder à violência com a violência? Se fosse assim, os procedimentos pacíficos se arriscariam a fracassar ou ser ultrapassados, pois, em um dado momento, a violência ressurgiria.<sup>229</sup>

Na prática é possível vislumbrar que existem outras formas de restauração mais eficientes no tocante à recuperação das vítimas. Como exemplo, o ressarcimento material pelos prejuízos sofridos pode de alguma forma amenizar o ônus, ainda que simbolicamente. Porém, mais importante do que a indenização, verifica-se que as vítimas de crimes dão prioridade a outras necessidades, em especial a sede de respostas e de informações. “Por que eu? Essa pessoa tinha alguma coisa pessoal contra mim? Ele ou ela vão voltar? O que aconteceu com minha propriedade? O que eu poderia ter feito para não me tornar uma vítima? As informações precisam ser fornecidas e as respostas dadas”<sup>230</sup>.

Segundo Zehr, além do ressarcimento material e de respostas, as vítimas também precisam ser ouvidas, expressando e validando suas emoções e seu sofrimento, e empoderadas, retomando a autonomia pessoal que lhes foi retirada, através de uma experiência de justiça que

---

<sup>228</sup> HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. 2ª ed. Trad. Pablo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005, p. 121.

<sup>229</sup> HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: O sistema penal em questão. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 119.

<sup>230</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 26.

lhes dê controle e escolhas. Por vezes, esse controle assume a forma de desejo de vingança, entretanto, esta exigência pode decorrer de uma frustração da vítima ao passar por uma experiência negativa de justiça. “Com efeito, a experiência de justiça é tão básica que sem ela a cura poderá ser inviável”<sup>231</sup>.

Apesar de serem vistas como tal, as partes de um processo, em especial vítima e ofensor, não são meras telespectadoras do ocorrido, pelo contrário, são tão relevantes que sem os papéis exercidos por cada uma delas, o conflito não existiria. Ainda assim, estes sujeitos não exercem qualquer poder dentro da sistemática regrada do processo penal, apenas depositam, voluntariamente ou não, os seus anseios nas mãos de terceiros que falarão e decidirão por eles. O viés da justiça restaurativa busca justamente subverter esta ordem, ressaltando que às partes devem ser conferidas a importância que lhes é inerente:

Dessa maneira, na área criminal, vítimas e ofensores não são objetos, possuem camadas de traumas que precisam de respostas saudáveis, consertando a situação conflituosa sem causar mais danos, com respeito, o que acontecerá com a busca de real identidade. A justiça restaurativa um instrumento capaz de atingir esse fim possibilitando às pessoas envolvidas na problemática que expressem seus sentimentos, haja vista não haver ninguém, ousado afirmar, que não queira ser cuidado ou amado, e, assim, nascerá uma forma de se viver juntos, sem utopias, mas respeitosamente.<sup>232</sup>

Assim, ao mesmo tempo em que a vítima ser ouvida e empoderada faz parte de um processo curativo, dar voz ao ofensor também permite que seja alcançada a verdadeira responsabilização, pois o diálogo permite que ele desenvolva uma compreensão acerca das consequências dos seus atos e que participe ativamente da busca pela solução adequada à reparação do dano.

Mas no que consiste a responsabilização? A maior parte da sociedade possui uma visão limitada e abstrata sobre a responsabilidade, que se resume à aplicação das consequências punitivas, em especial a prisão. Ocorre que, enquanto estas consequências forem escolhidas e aplicadas por terceiros, sem que o ofensor seja estimulado a olhar para os verdadeiros custos humanos dos atos que cometeu, sem precisar encarar a realidade da vítima e os danos efetivamente causados, não haverá responsabilidade. “Aliás, a falta de responsabilidade é

---

<sup>231</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 27.

<sup>232</sup> JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. Sistema penal e prisional: a justiça restaurativa, ser ou não ser, e a evolução moral, In *Revista Consenso / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (out.2017) – Salvador: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJBA*, 2017, p. 50.

justamente o que os leva a transgredir, [...] quando impomos sanções a pessoas irresponsáveis, isto tende a torna-las mais irresponsáveis ainda”<sup>233</sup>.

A verdadeira responsabilidade, portanto, inclui a compreensão das consequências humanas advindas de nossos atos – encarar aquilo que fizemos e a pessoa a quem o fizemos. Mas a verdadeira responsabilidade vai um passo além. Ela envolve igualmente assumir a responsabilidade pelos resultados de nossas ações. Os ofensores deveriam ser estimulados a ajudar a decidir o que será feito para corrigir a situação, e depois incentivados a tomar as medidas para reparar os danos.<sup>234</sup>

Nesse contexto destaca-se também a tão importante participação nas práticas restaurativas de pessoas próximas às partes, sejam familiares, amigos ou outras pessoas da comunidade, cuja presença demonstra os laços de afeto que as partes possuem e que podem fornecer suporte para a superação do problema e também para um novo recomeço. Conforme explicitado no tópico que tratou da Teoria da Inibição Reintegradora, Braithwaite defende que a participação de pessoas de confiança é capaz de produzir uma censura reintegrativa e não destrutiva do sujeito.

O processo penal auxilia na solidificação dos estereótipos, tanto da vítima, quanto do ofensor. O distanciamento e a ausência de personalização auxiliam na formulação de racionalizações que justificam os atos cometidos. Os ofensores “acabam acreditando que o que fizeram não é tão grave assim, que a vítima mereceu, que todos estão fazendo a mesma coisa, que o seguro pagará pelos danos. Encontram maneiras de colocar a culpa em outras pessoas e situações”<sup>235</sup>. O tempo ocioso no cárcere e a imersão social com sujeitos que compartilham da mesma situação fomenta a construção destas ideias<sup>236</sup> e distancia cada vez mais o sujeito da assunção de responsabilidades. Hulsman traduz o abismo entre aquilo que é esperado pela sociedade com a aplicação das penas e o que elas realmente representam no tocante à modificação do comportamento e da subjetividade do indivíduo:

Gostaríamos que quem causou um dano ou um prejuízo sentisse remorsos, pesar, compaixão por aquele a quem fez mal. Mas, como esperar que tais sentimentos possam nascer no coração de um homem esmagado por um castigo desmedido, que não compreende, que não aceita e não pode assimilar?

<sup>233</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 41-42.

<sup>234</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 40.

<sup>235</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 40.

<sup>236</sup> “O ‘não pensar’ sobre o que se faz, o ‘não saber’ o que se faz é parte integrante da história da violência do homem. Ocupa um lugar de destaque entre as razões da violência. Por sua vez, o “pensar” sobre o que se faz, o “saber melhor” o que se faz é parte integrante da história da reconciliação, tem como perspectiva a reconciliação e a paz.” (SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição *versus* reconciliação. Boletim Ibccrim, São Paulo, n. 83, 1999, p. 3).

Como este homem incompreendido, desprezado, massacrado, poderá refletir sobre as consequências de seu ato na vida da pessoa que atingiu? (...) Para o encarcerado, o sofrimento da prisão é o preço a ser pago por um ato que uma justiça fria colocou numa balança desumana. E, quando sair da prisão, terá pago um preço tão alto que, mais do que se sentir quites, muitas vezes acabará por abrigar novos sentimentos de ódio e agressividade. (...) O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a 'ordem social' na qual pretende reintroduzi-lo.<sup>237</sup>

Entender que a punição em sua forma tradicional, pura e simples, é a resposta correta a um ato criminoso corresponde a ignorar o fato de que o preso retornará um dia para a sociedade, talvez até mais irascível que antes.<sup>238</sup> Nesse sentido, não se pode aceitar que a justiça penal seja resumida à imposição de sofrimento ao outro em face de uma violação da norma, o caráter retributivo como finalidade única da pena já foi há muito tempo superado e, apesar disso, conforme demonstrado ao se discorrer sobre as falhas da pena de prisão, é o único que ainda permanece e é aplicado em sua inteireza.

A partir do momento em que o sujeito pratica uma violação à norma penal é como se imediatamente ele fosse destituído de todas as características que possuía dentro da sociedade, passando a ser considerado apenas como o *criminoso*. Segundo Cristina Rego de Oliveira, “a compreensão crítica do sujeito como personagem do procedimento penal clássico alerta para o fato de que são rotulados/nomeados como categorias, resultado da função reducionista inerente aos estereótipos socialmente produzidos e transferidos à dinâmica jurídica”<sup>239</sup>. Esse distanciamento social com a realidade do infrator pode servir como uma venda utilizada, às vezes de forma involuntária, para encobrir a dura realidade que antecede a maior parte dos crimes, consubstanciada na vitimização do próprio ofensor na sociedade excludente, impedindo que ele seja visto em sua individualidade.

O crime significa um agravo à vítima, mas poderá também ser um agravo ao ofensor. Muitos crimes nascem de violações. Muitos ofensores foram vítimas de abusos na infância e carecem das habilidades e formação que possibilitariam um emprego e uma vida significativa. Muitos buscam validação e empoderamento. Para eles o crime é uma forma de gritar por socorro e afirmar sua condição de pessoa. Em parte, prejudicam os outros porque foram prejudicados. E não raro são prejudicados ainda mais pelo sistema judicial.<sup>240</sup>

Apesar das conhecidas causas que influenciam ou conduzem o sujeito à prática de crimes, a etiologia criminal não é ponto relevante dentro do processo penal, cujo enfoque reside

---

<sup>237</sup> HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas*. Trad. de Maria Lucia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1993. p.71-72.

<sup>238</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal*. Brasília, DF: Thesaurus, 2014, p. 214.

<sup>239</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 137-139.

<sup>240</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 171.

tão somente no fato praticado, levando-se em consideração, no máximo, os antecedentes criminais do sujeito. O sistema penal tradicional foi arquitetado para punir a consequência, sem considerar as suas causas, em especial se elas dizem respeito às conhecidas falhas estruturais do Estado que conduzem à desigualdade e exclusão social.

No contexto clássico de justiça as relações entre os sujeitos são deixadas de lado e as falas no processo não constituem um genuíno “direito à palavra”, mas sim um dizer que se sustenta por concessões despidas de alteridade, e o justo, meramente simbólico, nada mais será do que os dizeres formais da sentença, indiferente às necessidades das partes, ainda que sejam elas as envolvidas no conflito e a quem caberá a dor e a culpa dele decorrente. O Estado, nesse sistema, desapropria-lhes a capacidade de escolha e de busca pela solução mais adequada, e utiliza do seu *jus puniendi* para substituir a violência do fato por outra modalidade de violência.<sup>241</sup>

A justiça restaurativa, por outro lado, permite aos sujeitos que dela participam, sem excluir nenhuma das partes, irem além da discussão sobre o fato criminoso, apresentando seus motivos, suas angústias, suas histórias de vida, enfim, amplia o diálogo para criar uma verdadeira conexão que auxilie na compreensão do ocorrido. Assim, segundo Kay Pranis, o encontro restaurativo “é um processo que se realiza através do contar histórias. Cada pessoa tem uma história, e cada história oferece uma lição. No Círculo as pessoas se aproximam das vidas umas das outras através da partilha de histórias significativas para elas”.<sup>242</sup>

O primeiro passo para esta aproximação e, conseqüentemente, para se evitar os conceitos estigmatizados engendrados pelo processo penal tradicional, consiste nesta abertura para o diálogo e o conhecimento do outro, com toda a sua bagagem social, histórica e cultural, uma vez que as influências ambientais, que refletem especialmente nas condições de vida do sujeito, não podem ser totalmente descartadas quando se avalia o comportamento humano:

No modelo tradicional de justiça, considera-se que o indivíduo, quando comete um delito, age de forma deliberada, sendo então integralmente responsável pelo dano causado. Essa concepção de ser humano é condizente com a visão tradicional de homem, que considera-o autônomo e dotado de livre-arbítrio. No contexto das práticas restaurativas, entende-se que o comportamento humano é determinado por uma série de fatores que se inter-relacionam, portanto, é condizente com a concepção skinneriana de homem. Quando se trata de práticas restaurativas, portanto, esse pressuposto permite que a responsabilidade do indivíduo sobre o delito seja atribuída também ao

---

<sup>241</sup> KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e alteridade: Limites e frestas para os porquês da justiça juvenil. Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 178-198, abr./maio 2008, p. 197.

<sup>242</sup> PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 16.

ambiente, ou às contingências que levaram o sujeito a cometer o delito. Essa abertura para situar o ambiente, ou eventos antecedentes e a história de vida do sujeito, no conflito, é um primeiro passo para que aquele que cometeu o delito não seja estigmatizado, como ocorre no modelo tradicional de justiça.<sup>243</sup>

Do diálogo advindo das práticas restaurativas surge para o desviante a possibilidade de ser notado, de ser visto, talvez pela primeira vez. Segundo Hanna Arendt<sup>244</sup> a existência do sujeito e a própria condição humana depende de “ser visto e ser ouvido”, assim como o primeiro direito humano, segundo a análise arendtiana de Celso Lafer, é “o direito a ter direitos”<sup>245</sup> e isso inclui a ideia de pertencimento à determinada sociedade. Nessa perspectiva, o ofensor deixa de ser o criminoso objetificado e passa a ser um sujeito, retomando a sua identidade, a sua autoestima e até mesmo o seu lugar no mundo, pois, conforme ensina Salmaso<sup>246</sup>, todos, enquanto seres humanos, carecem de reconhecimento, seja por parte da comunidade, da família ou no seu próprio íntimo, e necessitam ocupar um espaço na sociedade, alguma finalidade no mundo e para o mundo, serem vistos como “alguém”.

Essa humanização dos sujeitos trazida pela justiça restaurativa decorre do processo democrático realizado por meio do encontro direto entre os verdadeiros interessados na solução do conflito, visualizados em um contexto histórico-social que releva sua identidade e suas diferenças e onde é oportunizada a fala e a busca por novas interpretações “aptas a desconstruir também preconceitos (ou visões unilaterais) resultantes da assunção de uma condição mais realista e concreta das qualidades do Outro”<sup>247</sup>.

É nesse sentido que se almeja uma justiça mais pautada na ética da alteridade<sup>248</sup> do que em um código moral ou em uma lei, afim de se repensar o papel do sujeito, atribuindo-lhe inicialmente o *status* de “pessoa” e, por conseguinte, detentora de dignidade.<sup>249</sup> Essa ética, defendida por Lévinas, pauta-se no encontro face a face entre os sujeitos que permitirá, justamente, abandonar a individualidade e o egocentrismo para poder conhecer o outro

---

<sup>243</sup> SILVA, Lígia Fernandes da. Contribuições da análise do comportamento para práticas de justiça restaurativa. Repositório Digital da Universidade Estadual de Londrina, 2016, p. 33.

<sup>244</sup> ARENDT, Hannah. A Condição Humana. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, p. 59.

<sup>245</sup> LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 153-154.

<sup>246</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016, p. 24.

<sup>247</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação penal & justiça. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 141-142.

<sup>248</sup> A ética da alteridade, que tem como principal pensador Emmanuel Levinas, busca resgatar a humanidade a partir do Outro, inclusive em sua diferença, construindo, portanto, um novo sentido de intersubjetividade, onde a comunicação possui papel fundamental para o estabelecimento de relações (OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação penal & justiça. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 115).

<sup>249</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação penal & justiça. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 112-113.

personificado, que até então era desconhecido, diferente, não familiar, pois “o Eu, como sujeito complexo, não existe sozinho, e não se reduz a um qualquer anônimo”<sup>250</sup>

Lévinas ensina que para fazer justiça é preciso “objetivar, comparar, julgar, formar conceitos, generalizar”<sup>251</sup> e que, “diante da multiplicidade humana, tais operações se impõem e a responsabilidade por outrem – que é caridade e amor – extravai-se [...]”<sup>252</sup>. Partindo da ideia de alteridade, a justiça restaurativa, que devolve às partes o domínio sobre o conflito, possibilita o resgate da humanidade do sujeito ao conceder-lhe a palavra e o diálogo, ao respeitar as diferenças e, notadamente, ao tratar cada conflito e cada participante com a individualidade que lhes é inerente:

Por esta razão, defende-se a reapropriação do conflito pelos seus maiores interessados, que ao reciprocamente assumirem pertencer à construção do Outro, legitimam a comunicação estabelecida: ao verbalizarem o conflito, expressam um discurso que traduz suas pretensões, anseios, a impressão e os efeitos causados pelo comportamento ofensivo. Entregar às partes a construção do consenso através do diálogo resulta na possibilidade de abertura com o diferente e da compreensão de sua singularidade, favorecendo o resgate de uma ética voltada ao reconhecimento da dignidade da pessoa.<sup>253</sup>

Porém, “a responsabilização pelo dano causado com fulcro na alteridade só é possível se estruturada dentro de uma mesma prática que evite conscientemente a ativação dos mecanismos de desumanização recíproca entre responsável ou acusado e os sujeitos vitimizados”<sup>254</sup>. Segundo Giamberardino, a desumanização consiste em “determinada representação social, ideologicamente construída, que despe o sujeito de seus atributos de aproximação como ser humano e faz da diferença um motivo de exclusão, de inimizade, de afastamento das garantias próprias dos sujeitos de direito”<sup>255</sup>.

O crime significa a construção de um vínculo hostil, pois ainda que as pessoas não possuíssem um vínculo prévio, agora estão interligadas por um relacionamento dilacerado que surge a partir da violação da confiança no outro. Se este relacionamento não for resolvido

---

<sup>250</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 122.

<sup>251</sup> LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de: Pergentino Stefano Pivatto (Coord.) Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 273-274.

<sup>252</sup> LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de: Pergentino Stefano Pivatto (Coord.) Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 273-274.

<sup>253</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 137.

<sup>254</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese apresentada no Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 112.

<sup>255</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese apresentada no Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 112.

afetará o bem-estar da vítima, do ofensor e de todos a sua volta, incluindo a comunidade, pois “os efeitos do crime reverberam, como ondas, afetando muitos outros indivíduos”<sup>256</sup>.

A justiça restaurativa representa, pois, “a tentativa de evitar que os esquemas tipificados sobre o outro – o ‘monstro agressor’ ou a ‘vítima coisificada’ – alimentem padrões de hostilidade fundados exatamente em tais abstrações”<sup>257</sup>. A ideia do inimigo popularmente estereotipada no seio cultural da sociedade apenas fomenta o medo e distancia qualquer possibilidade de restauração, por esta razão, a aproximação social é a forma mais eficaz de romper com os rótulos. A desmistificação do criminoso ocorre a partir do encontro e da compreensão do outro como um ser humano capaz de cometer falhas e de se arrepender e se responsabilizar por elas.

Na dialética de um sistema social individualista, utilitarista, consumista e excludente, é natural que as pessoas julguem umas às outras, partindo de suas convicções pessoais, que não são as mesmas do outro<sup>258</sup>. Essa compartimentalização dos sujeitos é construída com base em modelos socialmente construídos onde se espera sempre que o outro seja moldado às nossas expectativas, sem levar em conta a multidimensionalidade dos seres humanos, razão pela qual aqueles considerados diferentes dentro da perspectiva de “normalidade” adotada acabam sendo excluídos. Luís Alberto Warat discorre minuciosamente sobre este catálogo institucionalmente criado que marginaliza o outro:

Na modernidade, a imagem do outro é fabricada a partir de modelos institucionais idealizados, que se constroem com a intenção de excluir e de catalogar as pessoas que são divergentes, distintas dos modelos da modernidade, para enganá-las em aparatos pedagógicos, assistenciais ou terapêuticos que têm como função fazer entrar os loucos no modelo de nossa razão, os filhos em nossa simulada madurez, os selvagens em nossa cultura, os estrangeiros em nosso país, os criminosos em nosso Direito, os deficientes no modelo de nossa normalidade e os marginalizados no modelo de integração. As instituições hegemônicas e as redes de poder-saber da modernidade são as que definiram como era o outro, o que faltava ao outro, de que necessitava para se integrar à modernidade e a seus modelos de relações. A outridade é absorvida por um modelo de identidade. No fundo, uma identidade que é reforçada e abalada na comparação com um outro sempre em falta, e que necessita de modelos ou que não tem algo de nossos modelos. Como pressupomos que nossa identidade é cheia de modelos, sentimo-nos superiores diante dos que tachamos de outros.<sup>259</sup>

---

<sup>256</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 172.

<sup>257</sup> GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo. Tese apresentada no Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 138.

<sup>258</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação*: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. p. 49.

<sup>259</sup> WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 198.

Sob tal prisma, a humildade e o respeito<sup>260</sup> são características essenciais ao encontro restaurativo, que pressupõe o abandono dos preconceitos e dos pré-juízos<sup>261</sup> sobre o outro a fim de que o diálogo não se transforme em um novo conflito, fundado em “necessidades egoísticas ou interesses individuais que se viabilizem mediante a supressão do Outro e de suas singularidades: ao contrário, o apelo à ética Levisiana justifica o afastamento de sentimentos moralistas ou vindicativos”<sup>262</sup>.

Dessa maneira, na área criminal, vítimas e ofensores não são objetos, possuem camadas de traumas que precisam de respostas saudáveis, consertando a situação conflituosa sem causar mais danos, com respeito, o que acontecerá com a busca de real identidade. A justiça restaurativa um instrumento capaz de atingir esse fim possibilitando às pessoas envolvidas na problemática que expressem seus sentimentos, haja vista não haver ninguém, ousou afirmar, que não queira ser cuidado ou amado, e, assim, nascerá uma forma de se viver juntos, sem utopias, mas respeitosamente<sup>263</sup>.

Tudo muda quando se altera a perspectiva, quando se trata de relacionamentos pessoais, que envolvem sentimento e empatia, e quando se tem a oportunidade de conhecer o outro em sua singularidade. A ideia altruísta de colocar-se no lugar do outro permite uma melhor compreensão de suas atitudes, conforme ensina Ana Messuti, “somente tomaremos consciência do outro, da inalienável individualidade do outro, de sua ‘alteridade’, se nos colocarmos em sua situação”<sup>264</sup>. Provavelmente o criminoso não trataria a vítima da mesma forma se possuísse com ela algum vínculo afetivo, assim como a vítima não desejaria os piores males e as punições mais severas ao ofensor se com ele possuísse algum laço. A despersonalização do sujeito facilita a prática de crimes e, ao mesmo tempo, nutre os sentimentos negativos de vingança e ressentimento.

---

<sup>260</sup> Sobre o respeito e mais especificamente a falta dele nas relações modernas, explica Hanna Arendt: “[...] o respeito é uma espécie de «amizade» sem intimidade ou proximidade; é uma consideração pela pessoa, nutrida à distância que o espaço do mundo coloca entre nós, consideração que independe de qualidades que possamos admirar ou de realizações que possamos ter em alta conta. Assim, a perda do respeito nos tempos modernos, ou melhor, a convicção de que só se deve respeito ao que se admira ou se preza, constitui claro sintoma da crescente despersonalização da vida pública e social”. (ARENDDT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 254-255)

<sup>261</sup> Segundo o conceito apresentado por Messuti, “*pré-juízo não significa necessariamente juízo falso. Pré-juízo significa só um juízo pronunciado antes de proceder ao exame dos elementos pertinentes*”. A autora faz uma analogia dos pré-juízos tratando-os como uma limitação no horizonte: “*Os pré-juízos constituem um horizonte. Este abraça e compreende tudo aquilo que se pode ver, que é visível a partir de determinado ponto. O horizonte é um conceito flexível: cabe falar de uma limitação de horizonte, de uma possível ampliação de horizonte, de abertura de novos horizontes. As partes em conflito sofrem uma limitação de seu horizonte. Não podem ir mais além da situação à qual o conflito as vinculou. E dessa situação particular somente veem dentro dos limites nos quais seu horizonte ficou circunscrito. Nessa situação não podem ver claramente e justamente.*” (MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 102).

<sup>262</sup> OLIVEIRA, Cristina Rego de. *Mediação penal & justiça*. Curitiba: Juruá Editora, 2013. p. 137-138.

<sup>263</sup> JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. *Sistema penal e prisional: a justiça restaurativa, ser ou não ser, e a evolução moral*, In *Revista Consenso / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (out.2017) – Salvador: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJBA*, 2017, p. 50.

<sup>264</sup> MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 102.

Esse sentimento também é transmitido à sociedade como um todo, que “não tem a oportunidade de conhecer os infratores e as vítimas como indivíduos multidimensionais, com histórias pessoais e experiências únicas. Ao contrário, os infratores e também as vítimas são os estereótipos do outro”<sup>265</sup>. Parece mais fácil ignorar o problema social da criminalidade e fingir que se trata de algo distante, capaz de atingir apenas os “outros”, e “esses outros frequentemente associados a grupos étnicos e classes sociais distintas daquelas da maioria da sociedade. Uma vez que essa distância social foi criada, somos capazes de fazer a eles coisas que não seríamos capazes de fazer se percebêssemos suas individualidades”<sup>266</sup>.

A ideia de aproximação social é traduzida por Warat como uma “ética da outridade”, que pode ser conceitualizada como “o espaço construído com o outro para a realização da ética, da autonomia e da configuração de outra concepção de Direito e de sociedade”<sup>267</sup>. Semelhante à ética da alteridade, compreende que “o conhecimento do outro depende de certa cumplicidade, nascida desses encontros únicos, singulares que surgem do azar do devir dos acontecimentos entre pessoas únicas e irrepetíveis”<sup>268</sup>.

Zehr relaciona esta mudança de perspectiva com a troca das lentes utilizadas para se tirar uma fotografia, destarte, a lente escolhida para examinar o crime e a justiça afeta diretamente a escolha das variáveis relevantes e dos resultados considerados adequados<sup>269</sup>. A proposta é a mudança para uma lente que trate comportamentos passíveis de serem punidos com pena de prisão como exceções, pois, apesar de algumas ofensas serem hediondas a ponto de merecerem tratamento especial, esta não deve ser a regra.

A lente retributiva é impessoal e se concentra basicamente nas dimensões sociais, tratando a comunidade como algo abstrato e desconsiderando o relacionamento entre vítima e ofensor, já que neste cenário o Estado é definido como a vítima principal. A lente restaurativa, por outro lado, reconhece a centralidade das dimensões interpessoais e trata o crime como uma violação de pessoas e relacionamentos, onde a necessidade das partes é a preocupação principal e a ofensa é compreendida em seu contexto total, que engloba os aspectos ético, social, econômico e político.<sup>270</sup>

---

<sup>265</sup> ZEHR, Howard. TOWES, Barb. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. P. 424.

<sup>266</sup> ZEHR, Howard. TOWES, Barb. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006. P. 424.

<sup>267</sup> WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 195.

<sup>268</sup> WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 199.

<sup>269</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 168-170

<sup>270</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008. p. 174-175.

Frise-se que a ideia não é romantizar o crime e os envolvidos nele, nem deixar de lado o foco na vítima, pelo contrário, a vítima conforme já apontado é protagonista no processo restaurativo e o foco basilar é a sua reparação e recuperação. Entrementes, como a justiça penal existe precipuamente para manter a ordem social, somente é possível pensar em redução da criminalidade se a reintegração à comunidade daquele que praticou uma conduta desviante for frutífera e capaz de evitar novos comportamentos similares.

Ocorre que, a recuperação do sujeito independe do castigo, ao contrário, conforme restou demonstrado, a punição institucionalizada e impessoal é um estímulo aversivo, que tende a piorar o sujeito, que passa a se comportar conforme o rótulo recebido, além de internalizar os comportamentos do ambiente no qual é confinado. Ao falar sobre o sentimento de responsabilização e mudança de comportamento, utilizados com frequência para justificar o sistema penal, Huslman argumenta: “Não é a existência ou a inexistência do sistema penal que provoca tal sentimento, tanto quanto não é este sistema que poderá dar àquele que sofre, com sua consciência, a transformação interior de que possa necessitar”<sup>271</sup>.

A reação social é determinante para a reconciliação ou para a segregação do sujeito, assim como as etiquetas impostas socialmente que agrupam os indivíduos e os dividem entre categorias de bons e maus, desejáveis e indesejáveis para a sociedade, e que condicionam cada vez mais o agir das pessoas de acordo com a forma que são estigmatizadas. Isso implica na necessidade de um modelo de justiça que considere verdadeiramente a multidimensionalidade humana:

Isto significa que o ser humano deixa de ser um ser unidimensional (o ofensor, a vítima, a ladra, a assassina, o bêbado, o viciado, o traficante, o estuproador) e passa a ter várias faces (vítima, ofensor, pai, mãe, filho, filha, católico, protestante, judeu, preto, branco, heterossexual, homossexual, mulher, homem, trabalhador, desempregado, líder comunitário, deputado, professor, médico, carpinteiro, músico, artista, pessoa feliz, rancorosa, odiosa, triste, ansiosa, tranquila, teimosa, bondosa, caridosa, etc...). E, reconhecendo esta multidimensionalidade humana é que o ser humano, na Justiça Restaurativa, por meio das fortes relações interpessoais e da ética coletiva, pode contemplar a sua plenitude, sem ser rotulado de uma coisa ou outra.<sup>272</sup>

A justiça restaurativa não representa uma simples alternativa à crise que assola o sistema penal retribucionista, mas um método de controle social que vai além, pois tenta alcançar a verdadeira restituição dos laços rompidos pelo crime, de forma humanizada, considerando os interesses de todos os envolvidos dentro de suas individualidades, pois são

---

<sup>271</sup> HULSMAN, Louk. *Penas Perdidas*. Trad. de Maria Lucia Karam. Niterói: Ed. Luam, 1993, p. 69.

<sup>272</sup> SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. *A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra*. Sequência, n. 64, p. 195-226, jul. 2012, p. 210-211.

tratados como seres humanos dotados de dignidade, medos, sentimentos, anseios, expectativas e passíveis de mudança, desde que a experiência de justiça seja reintegradora ao invés de traumática.

Por ser um método relativamente novo não há uma pesquisa abrangente que contenha dados aptos a comprovarem empiricamente e comparativamente o sucesso de sua aplicação. Porém, experiências pontuais<sup>273</sup> em programas restaurativos espalhados ao longo do país vêm se mostrando bastante satisfatórias, no sentido de que atingem o fim almejado e são frutíferas na restauração da relação deteriorada.

Conforme todo o exposto, os encontros restaurativos permitem o resgate da própria identidade, por vezes perdido em meio aos rótulos recebidos ou ao próprio conflito criminal, ao ser oportunizado às partes o diálogo e a possibilidade de colocar-se no lugar do outro. A superação do problema, que pode se dar através da correta responsabilização, da reparação ou mesmo do perdão, serve como ponte para a reintegração do sujeito na comunidade.

### **3.3 Desafios à Mudança de Paradigma: A Sistematização Prática da Justiça Restaurativa**

A ineficiência do sistema penal tradicional é de conhecimento público e a população se encontra claramente insatisfeita com a falta de segurança, com a alta taxa de criminalidade e com a ausência de qualquer perspectiva de melhora da situação corrente. Ocorre que, ao invés destes indicativos servirem de alerta sobre o colapso do sistema punitivo, eles acabam gerando um efeito oposto, com apelos da comunidade no sentido de recrudescimento da lei penal, ampliação de condutas tipificadas, tratamentos mais repressivos ao ofensor e alargamento do poder de punição do Estado.

O aumento das taxas de criminalidade e a propagação sensacionalista da mídia faz com que os cidadãos vivam com um medo constante, fruto da insegurança pública e da sensação de impunidade transmitida pelo próprio Estado, o que gera desconforto social, além de alterar o

---

<sup>273</sup> A título de exemplo, destaca-se o compilado de práticas e experiências restaurativas realizadas pela Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos do Paraná, que apresenta relatos de encontros restaurativos realizados em diversas cidades do Paraná, de onde foi extraído o seguinte trecho: “É difícil explicar os aprendizados envolvidos com a realização de círculos restaurativos. A metodologia a ser seguida propicia um alto nível de reflexão. De forma honesta e verdadeira traz a essência de “ser” humano que existe em cada um, incluindo as suas próprias fragilidades; mas, ao mesmo tempo, mostra o poder que cada um tem de se responsabilizar pelos seus sentimentos e ações para conseguir se conectar aos demais e, assim, propiciar a resolução dos conflitos”. (GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ. Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação. Redação e sistematização Adriana Marcella Motter, Flávia Palmieri de Oliveira Ziliotto, Pedro Ribeiro Giamberardino. - 2. ed. rev. e ampl. - Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018, p. 27).

próprio cotidiano em face do receio de tornarem-se vítimas de crimes. No meio acadêmico esse medo é comumente conhecido como *fear of crime*:

O medo do crime consiste na sensação da antecipação, angústia e ansiedade de se tornar vítima de infração penal (*anticipation of victimization*), sem haver necessariamente uma relação lógica com a realidade. Isso acarreta prejuízo significativo da qualidade de vida individual e, eventualmente, coletiva.<sup>274</sup>

O medo, fundado na percepção do perigo e de incertezas, pode pautar o comportamento humano e ser utilizado como forma de controle sobre determinados grupos ou pessoas, tornando a sociedade menos ativa comunitariamente e, por conseguinte, mais vulnerável à criminalidade.<sup>275</sup> Nessa perspectiva, o medo é amplamente explorado por certos setores da sociedade, incluindo a própria política, pois a violência legitima o agir do Estado e o poder sempre traduz alguma forma de dominação:

[...] um medo construído socialmente, com o fim último de submeter pessoas e coletividades inteiras a interesses próprios e dos grupos, e tem sua gênese na própria dinâmica da sociedade. Produzido e construído em determinados contextos sociais e individuais, por determinados grupos ou pessoas, com vistas a atingir determinados objetivos de subjugar, dominar e controlar o outro, e grupos, através da intimidação e coerção. Esse medo leva coletividades, territorializadas em certos espaços, a temer tal ameaça advinda desses grupos.<sup>276</sup>

Os clamores positivistas e os discursos de ódio, pautados no aumento da intervenção estatal vêm ganhando força e demonstrando que a população prefere abrir mão de sua própria liberdade em prol da segurança, ainda que não haja garantia alguma de que o recrudescimento penal trará resultados significativos. Porém, a ideia do castigo ainda que simbolicamente representa a prevenção ao crime pelo Estado, materializando o discurso de Foucault: “A mínima desobediência é castigada e o melhor meio de evitar delitos graves é punir muito severamente as mais leves faltas”<sup>277</sup>.

O que se verifica é que “uma concepção do sistema penal, que se vincule à ideia da prevenção, terá sempre como contraponto os discursos inflamados explorando a ideia de insegurança social, com vistas ao recrudescimento de um sistema acentuadamente punitivo e repressivo [...]”<sup>278</sup>, ainda que isso implique na limitação de garantias já conquistadas. Essa

<sup>274</sup> DANTAS, George Felipe de Lima; SILVA JÚNIOR, Álvaro Pereira da; PERSIJN, Annik. O Medo do Crime. 2006. Disponível em: <[http://www.observatorioseguranca.org/pdf/01%20\(60\).pdf](http://www.observatorioseguranca.org/pdf/01%20(60).pdf)>

<sup>275</sup> FELIX, Sueli Andruccioli. Crime, medo e percepções de insegurança. Perspectivas, São Paulo, v. 36, jul./dez. 2009, p. 157.

<sup>276</sup> BAIERL, Luzia Fátima. Medo social: da violência visível ao invisível da violência. São Paulo: Editora Cortez, 2004, p. 48.

<sup>277</sup> FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão. Tradução: Raquel Ramalheite. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 320.

<sup>278</sup> GIACOIA, Gilberto, BONAVIDES, Samia. A encruzilhada do sistema penal a escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. Argumenta Journal Law, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 234.

escolha remonta às ideias de Hobbes, segundo o qual para livrar os homens do estado de natureza seria necessário o estabelecimento de contratos sociais que implicam na consignação de leis morais, e, para tanto, os homens sacrificariam a sua liberdade individual em troca de segurança. Esta liberdade seria alienada ao Estado, simbolicamente representado pelo Leviatã, que deve ser forte o suficiente para assegurar e regular comportamentos para garantia da paz e da segurança<sup>279</sup>.

Historicamente e culturalmente, a punição e o castigo são vistos como o caminho mais correto para a manutenção da ordem, são considerados uma necessidade social, um imperativo categórico sem o qual a justiça não pode ser alcançada. Por esta razão, pensar em um novo modelo de justiça, mais humanizado, pautado no diálogo e na compreensão, e que busque não só na retribuição do mal causado, mas alternativas efetivas para a ressocialização do ofensor e para a restituição da ordem, acaba encontrando severos obstáculos de aceitação social.<sup>280</sup>

Com efeito, não se pode culpar a sociedade por desacreditar em métodos alternativos de solução de conflitos no direito penal, pois a racionalidade penal tradicional conhecida por todos ensina que a punição ao desvio da norma é obrigatória. “Como, há milênios, seguimos sempre a mesma fórmula, ou seja, responder à violência do delito com uma violência estatal, aquela da pena prevista na lei, mostra-se natural que grande parte da população deposite suas esperanças nesse caminho tão conhecido de todos”<sup>281</sup>. Trata-se de uma verdade inquestionável difundida pelo próprio ordenamento jurídico e reforçada pelo Estado e seus representantes, que contam ainda com a forte contribuição da mídia sensacionalista.

A concepção de justiça, por se tratar de forma específica de construção e organização da realidade, pode ser considerada um paradigma<sup>282</sup>. Segundo Zehr<sup>283</sup> os paradigmas são a lente através da qual compreendemos os fenômenos, “eles determinam a forma como resolvemos os problemas. Moldam o nosso ‘conhecimento’ sobre o que é possível e o que é impossível.

---

<sup>279</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: AbrilCultural, 1983. p. 79.

<sup>280</sup> Sobre a dificuldade de compreensão de um programa penal progressista, concluem Georg Rusche e Otto Kirchherimer: “A futilidade da punição severa e o tratamento cruel podem ser testados mais de mil vezes, mas enquanto a sociedade não estiver apta a resolver problemas sociais, a repressão, o caminho aparentemente mais fácil, será sempre bem aceita. Ela possibilita a ilusão de segurança encobrendo os sintomas da doença social com um sistema legal e julgamentos de valor moral” (RUSCHE, Georg; KIRCHHERIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004, p. 282.)

<sup>281</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016, p. 18.*

<sup>282</sup> Segundo Thomas Kuhn, “paradigmas são as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência” (KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.13).

<sup>283</sup> ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 83.

Nossos paradigmas constituem o bom senso, e tudo o que foge ao paradigma nos parece absurdo”. A falta de conhecimento sobre o assunto também é uma barreira à sua aceitação, pois qualquer prática de justiça penal que se distancie da aplicação da pena de prisão é popularmente classificada como liberal, abolicionista e paternalista, como se a sua utilização fosse sinônimo de impunidade e fomento às práticas criminosas.

A Justiça Restaurativa não é sinônimo de abolicionismo<sup>284</sup>, porém, a confusão ocorre porque a mudança de paradigma por ela proposta se assemelha em alguns aspectos com propostas de movimentos abolicionistas que objetivam o abandono de preceitos punitivistas enraizados na sociedade e a solução comunitária de conflitos. Segundo Vera Regina Pereira de Andrade, o abolicionismo não deve ser atrelado ao simples conceito de abolição das instituições formais de controle, pois sua essência consiste muito mais em “abolir a cultura punitiva, superar a organização ‘cultural’ e ideológica do sistema penal, a começar pela própria linguagem e pelo conteúdo das categorias estereotipadas e estigmatizantes, que tecem, cotidianamente, o fio dessa organização”<sup>285</sup>. Nesse sentido, a renúncia a alguns conceitos de justiça criminal ligados diretamente à punição e ao castigo, fazem parte da mudança de paradigma almejada.

No entanto, a introdução da justiça restaurativa como novo paradigma deve ser realizada com cautela, assim como a sua propagação deve ser sempre acompanhada de seus valores e princípios, a fim de não a transformar em uma onda passageira ou em um novo instrumento de poder a ser utilizado para a satisfação do interesse de alguns, fazendo com que os seus propósitos originários sejam desviados neste caminho, como vem ocorrendo com as penas tradicionais:

Uma mudança como esta, de paradigma e de cultura, exige cautela e cuidado redobrados. Se o modelo de justiça retributiva e punitiva ocupa a estrutura das relações jurídicas, educacionais, das relações familiares (em todos estes espaços continua reverberando a ideia de vigiar e punir para corrigir), não se pode esperar que a justiça restaurativa encontre logo um espaço tolerante e apto ao seu desenvolvimento simplesmente. A discussão exaustiva de novos fundamentos e a posição sempre crítica em relação às novas experiências é o trabalho por onde as práticas restaurativas podem ser experimentadas sem serem logo desnaturadas. A preocupação é a de não torná-las uma moda, um slogan e encobrir velhas práticas que, na manutenção das relações de poder e dominação, esvaziam o seu potencial transformador e restaurativo.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> “A justiça criminal existe em quase todos nós, assim como em algumas áreas do planeta o ‘o preconceito de gênero’ e o ‘preconceito racial’ existem em quase todos. A abolição é, assim, em primeiro lugar, a abolição da justiça criminal em nós mesmo: mudar percepções, atitudes e comportamentos.” HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 78.

<sup>285</sup> ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão*. Revista Seqüência, nº 52, p. 163-182, jul. 2006.

<sup>286</sup> REBOUÇAS, Gabriela Maia; SPOSATO, Karyna Batista. *As lentes de uma justiça restaurativa no Brasil: observando experiências renovadas de acesso à justiça para o incremento do debate*. In: CONGRESSO

“O paradigma punitivo é estruturado por uma racionalidade criminal moderna e está fundado nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, na presença do delito, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva”<sup>287</sup>. Apesar das dificuldades da desconstrução dos paradigmas, os modelos sempre podem ser revistos e contestados e não há ideia que não possa ser modificada, segundo Thomas Kuhn, “o sentimento de funcionamento defeituoso, que pode levar à crise, é um pré-requisito para a revolução”<sup>288</sup>. A substituição de um paradigma por outro é sempre dotada de uma carga de tensão, porque pressupõe o abandono de concepções construídas ao longo de gerações, especialmente no tocante à justiça penal.

Ao verificar-se que o paradigma aplicado já não se encaixa em determinadas situações, ou que apresenta falhas em sua utilização, a tendência da sociedade é de “remendar” a teoria, na busca de salvar o modelo já conhecido. Este caminho é mais simples de ser aceito do que a proposta de uma revolução conceitual que ensejaria uma ruptura paradigmática. É nesse sentido que “uma série de epíclis já foram criados para remendar o sistema, mas aquelas disfunções estão se tornando grandes demais e não estão facilmente sanadas”<sup>289</sup>, a título exemplificativo destes “remendos”, destaca-se a função das penas alternativas no ordenamento jurídico:

A busca de alternativas à privação da liberdade representa uma outra tentativa de remendar o paradigma. Ao invés de procurar alternativas à pena, o movimento em prol de alternativas oferece *penas* alternativas. Criando novas formas de punição menos dispendiosas e mais atraentes que a prisão, seus proponentes conseguem manter o paradigma em pé. Contudo, pelo fato de constituírem apenas outro epíclis, não questiona os pressupostos que repousam no fundamento da punição. E por isso não têm impacto sobre o problema em si (a superlotação carcerária), problema para o qual pretendiam solução.<sup>290</sup>

Além da relutância da comunidade em geral, seja pelo receio da mudança, por desconhecimento ou pouca informação, a justiça restaurativa ainda precisa enfrentar a resistência dos próprios aplicadores da justiça no tocante ao tema, pois muitos ainda se mostram avessos à utilização de outra forma de justiça. É possível verificar em alguns casos que “mais do que uma simples acomodação ao *status quo* ou o conservadorismo do meio jurídico, as

---

NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 313-314.

<sup>287</sup> SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018, p. 240.

<sup>288</sup> KUHN, Thomas. S. A estrutura das revoluções científicas. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997, p.126.

<sup>289</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 89.

<sup>290</sup> ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 89-90.

agências judiciais bloqueiam quaisquer alternativas reais e efetivas por razões latentes, relacionadas àquela visão da justiça penal como manifestação de autoridade”<sup>291</sup>.

Felizmente este cenário vem se transformando<sup>292</sup>, atualmente é possível verificar que uma grande parcela do Judiciário passou a atuar proativamente na busca de alternativas aos métodos punitivos tradicionais, trazendo diversos projetos e inovações em práticas restaurativas, pautados no diálogo e na conciliação, que auxiliam na desconstrução do modelo engessado de justiça.<sup>293</sup>

Outro desafio à difusão da Justiça Restaurativa no Brasil consiste na restrição legislativa no âmbito penal. A lei brasileira limita as ações dos aplicadores da justiça no que diz respeito à discricionariedade para realização de acordos e à dispensabilidade da propositura da ação penal<sup>294</sup>. Não se pode afirmar que o Brasil põe entraves ao método, uma vez que em algumas áreas, conforme será demonstrado adiante, já existe regulamentação sobre a sua utilização, contudo, ainda há um longo caminho para a padronização e absorção de suas ideias.

Países que adotam o sistema *common law* são mais receptivos às práticas restaurativas justamente pela discricionariedade conferidas a promotores de justiça que podem dispor da ação por meio de acordos, conforme o princípio da oportunidade, o que facilita o encaminhamento dos ofensores a práticas restaurativas que podem substituir a aplicação da pena<sup>295</sup>. O Brasil,

---

<sup>291</sup> SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 35.

<sup>292</sup> No passado, tanto a academia como o judiciário, como organizações, não estavam preparadas para esta possibilidade de justiça, pois estavam organizados de maneira a servir a uma justiça formal, legalista e punitiva, com muito pouco espaço para outras possibilidades. Contemporaneamente, a partir de algumas mudanças conjecturais pode-se dizer que existe uma preocupação em transformar os espaços decisórios em cenários menos burocráticos – na construção de espaços de diálogo mais democráticos (SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. Sequência, n. 64, p. 195-226, jul. 2012, p. 196).

<sup>293</sup> O Conselho Nacional de Justiça elaborou um estudo recente que mapeou as iniciativas de programas de Justiça Restaurativa implantadas em Tribunais de Justiça brasileiros. Dos Tribunais estaduais que participaram da pesquisa, 96% afirmou possuir algum tipo de iniciativa em Justiça Restaurativa, sendo que 88,6% consideram que essas práticas contribuem para o fortalecimento do trabalho voltado à promoção e à garantia de direitos. (BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Mapeamento dos programas de justiça restaurativa. Brasília, 2019).

<sup>294</sup> O Brasil adota o princípio da obrigatoriedade para as ações penais públicas, definido como “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime que se apure mediante ação penal pública (arts. 5º, 6º e 24 do CPP). Tal princípio, o mais difundido nas legislações modernas, contrapõe-se ao princípio da oportunidade, em que o órgão estatal tem a faculdade de promover ou não a ação penal, uma discricionariedade da utilidade tendo em vista o interesse público.” (MIRABETE, Júlio Fabrine. Processo Penal. São Paulo: Atlas, 2000, p. 47).

<sup>295</sup> As práticas restaurativas “são originárias dos países que adotam o sistema da *common law*, sistema este favorecedor do desenvolvimento de medidas de resolução de conflitos flexíveis, informais e fundadas na participação das comunidades locais. Com predominância do paradigma da autonomia e participação da sociedade civil, os países de *common law* concebem a criminalidade como uma problemática comunitária, cuja resolução deve ser buscada em seu interior, com prevalência de soluções consensuais e negociadas. Ademais, predomina considerável poder discricionário quanto às decisões no âmbito do sistema de justiça penal. Este é o caso, por exemplo, dos EUA e Canadá (pioneiros na mediação penal) ou da Nova Zelândia (pioneira nas conferências restaurativas com os povos Maori). (LINCK, Valéria de Souza. O sistema de justiça penal e a justiça restaurativa:

apesar de ser considerado um sistema misto, que adota traços do *common law*, como a possibilidade da remissão da pena nos atos infracionais praticados por adolescentes e a proposta de transação penal e suspensão condicional do processo nos crimes de menor potencial ofensivo, ainda vigoram os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública.<sup>296</sup>

Braithwaite aborda a necessidade de que o Estado possa modular a sua atuação de acordo com a necessidade de uma resposta mais ou menos interventiva para a coibição do crime, levando em consideração cada caso e suas particularidades. O autor denomina de “regulação responsiva” essa discricionariedade de decisão quanto à resposta a ser imposta, opondo-a ao “formalismo regulatório” hoje vigente, que determina de antemão as respostas cabíveis em cada situação, sem atenção às circunstâncias concretas.<sup>297</sup>

Nos últimos anos, a legislação tem evoluído em casos específicos ampliando o campo da consensualidade na esfera penal. Além dos exemplos supramencionados, a Lei 12.850/2013, ao dispor sobre as organizações criminosas, previu a figura da colaboração premiada, que confere à autoridade judicial a possibilidade de conferir perdão, redução ou substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ao acusado que tenha colaborado de forma efetiva e voluntária com a investigação e com o processo criminal, desde que respeitados os requisitos legalmente fixados.<sup>298</sup>

Embora se verifiquem alguns avanços relativos às possibilidades de acordo, a legislação penal brasileira é bastante limitada nesse espaço. O Ministério Público, apesar de ser o titular da ação penal, possui um poder-dever de ingressar com a ação penal se houver justa causa para tanto e fica estritamente restrito às hipóteses legais que, de forma discrepante, acabam por autorizar a realização de acordo em crimes praticados por organização criminosa e vedam o mesmo tratamento a crimes mais simples, mas cuja pena máxima ultrapassa dois anos e não são abarcados pela Lei 9.099/95, como é o caso de crimes patrimoniais como furto, receptação e estelionato, por exemplo.

Nesse ponto, impende ressaltar que recentemente o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181/2017, que trouxe, entre outros aspectos regulamentadores da investigação criminal pelo órgão, a inovação quanto ao acordo de não persecução penal em

---

concepções filosóficas e psicológicas subjacentes. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Ciências Jurídicas, 2008, p. 117).

<sup>296</sup> PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça restaurativa é possível no Brasil? In: Justiça Restaurativa C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 29.

<sup>297</sup> BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005, p. 212.

<sup>298</sup> Art. 4º da Lei 12.850/2013.

crimes de médio potencial ofensivo para o sistema penal brasileiro como mais uma alternativa ao processo penal<sup>299</sup>. De acordo com a Resolução, o Ministério Público está autorizado a celebrar soluções negociais desde que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, o acusado tenha confessado a sua prática, e sejam cumpridas as condições expressas no acordo que vêm descritas de forma taxativa no artigo 18 do referido instrumento normativo. Embora a inovação seja positiva e amplie as restritas possibilidades de acordos no âmbito penal, a constitucionalidade da Resolução está sendo questionada em duas ações diretas de inconstitucionalidade, uma de iniciativa do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, a ADI 5.793, e outra de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a ADI 5.790, ainda pendentes de julgamento.

A Lei 9.099/95, no que lhe diz respeito, inegavelmente ampliou as portas para a utilização de métodos consensuais de resolução de conflitos na esfera penal, concedendo maior participação às partes com a possibilidade de composição em crimes de menor potencial ofensivo, desde que de ação penal privada ou pública condicionada à representação, onde o acordo firmado em audiência de conciliação, após homologado pelo juiz, acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação. Ademais, referida lei expandiu a atuação do Ministério Público com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, que obstam o oferecimento da denúncia e o prosseguimento do processo, respectivamente.

Porém, é importante que não se confunda a atuação dos juizados especiais com a da justiça restaurativa, pois esta vai muito além dos institutos taxativamente elencados pela Lei 9.099/95, no sentido de exigir maior envolvimento e preparação das partes que passarão por um processo renovador. Outrossim, críticas são feitas no sentido de que as expectativas de grandes transformações esperadas deste procedimento especial acabaram não sendo realizadas em face da quantidade expressiva de processos e da esperada celeridade na conclusão do feito que acabaram por encurtar o tempo necessário ao diálogo, à escuta e à conciliação:

A reparação dos danos causados a vítima não é buscada na ampla maioria dos casos. Além de a composição civil dos danos ser concebida apenas em termos materiais, está nem sequer é atingida em razão de a conciliação ser pouco utilizada ou, na maioria das vezes, nem sequer haver espaço ou tempo para que seja solicitada pelas partes.<sup>300</sup>

---

<sup>299</sup> A Resolução 181/2017 apresenta como fundamento para o acordo de não persecução penal “a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...]”.

<sup>300</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 152-153.

Os juízes, por sua vez, também não possuem instrumentos que permitam a redução da pena ou a abstenção de sua aplicação com justificativa nas práticas restaurativas, pois não há previsão legal para tanto e a atuação interpretativa fica adstrita aos dispositivos existentes, que são bastante limitados. É certo que alguns tipos penais, como a exemplo do homicídio culposo, admitem o perdão judicial, mas a hipótese de aplicação não se relaciona com a justiça restaurativa.

O instituto do arrependimento posterior previsto no art. 16 do Código Penal Brasileiro se trata de figura que ainda se aproxima um pouco da justiça restaurativa, pois prevê que o juiz poderá reduzir a pena nos casos de minimização voluntária das consequências do crime, como a reparação do dano ou restituição das coisas, mas tem a sua aplicação limitada objetivamente aos crimes sem violência ou grave ameaça, e também temporalmente, pois apenas é cabível até o recebimento da denúncia ou da queixa.

Enquanto a legislação cível brasileira evoluiu significativamente nos últimos anos com a promulgação do Novo Código de Processo Civil no âmbito da composição, modelo multiportas e métodos alternativos de solução de conflitos, por meio dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos – CEJUSCS, verifica-se que a legislação penal está aquém de seu tempo, se mantendo praticamente estagnada desde a década de trinta, apenas com alterações pontuais que não modificam a sistemática repressiva de sua aplicação.

Após recomendações da Organização das Nações Unidas para que a temática da justiça restaurativa fosse incorporada à legislação dos países, o CNJ elaborou a Resolução 225/2016, que contém diretrizes para a implementação e difusão das práticas restaurativas no Judiciário e dedica um capítulo especialmente para tratar do procedimento restaurativo em âmbito judicial, no qual prevê a possibilidade de encaminhamento de procedimentos ou processos judiciais, em qualquer fase de sua tramitação, às sessões restaurativas que, se exitosas, resultarão em um acordo supervisionado pelo Ministério Público e homologado pelo juiz.

Porém, ainda que nestas sessões as partes possam discutir acerca da melhor forma de responsabilização do agente e até mesmo sobre o perdão, a par das implicações emocionais positivas decorrentes do encontro, não haverá qualquer efeito prático na pena do ofensor. Ou seja, o grande problema é que as práticas restaurativas não podem ser utilizadas como fundamento para redução, substituição da pena e muito menos para extinção da punibilidade na justiça comum. No máximo, a reparação do dano, caso acordada entre as partes, poderá produzir efeitos no processo judicial.

Destaca-se que a legislação brasileira caminhou um passo com a previsão dos procedimentos restaurativos na seara dos atos infracionais praticados por adolescentes, instituindo expressamente, por meio da Lei nº 12.594/2012, em seu art. 35, que a execução das medidas socioeducativas será regida pela “prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas”. Nestes casos, o instituto da remissão previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente confere ao Ministério Público e ao Juiz discricionariedade para extinguir ou suspender o processo, o que acaba por incentivar a realização das práticas restaurativas, pois elas podem efetivamente acarretar consequências positivas no processo judicial.

No Brasil, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7006/2006 proposto pela Comissão de Legislação Participativa, que prevê a regulamentação legal dos procedimentos restaurativos na esfera criminal e sua inclusão no Código Penal e no Código de Processo Penal. De acordo com a proposta, o cumprimento efetivo do acordo restaurativo passaria a ser causa de extinção da punibilidade do agente, abarcada pelo rol do art. 107 do Código Penal, o prazo prescricional e a própria ação penal também ficariam suspensos até o cumprimento do acordo, além disso, o Ministério Público poderá deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso o procedimento restaurativo. O projeto ainda discorre detalhadamente sobre a operacionalização dos encontros restaurativos e sobre os princípios que devem ser observados no uso do procedimento.

A par das críticas existentes sobre o projeto, é inegável que a introdução de dispositivos sobre as práticas restaurativas na lei penal amplia a sua utilização e abre caminhos para a mudança de paradigma necessário no sistema penal, notadamente em face da forte influência do positivismo na cultura jurídica do país. Achutti<sup>301</sup> defende que um passo importante para não se obstar o potencial da justiça restaurativa é a edição de “uma lei acompanhada da estrutura necessária para a sua implementação, que não utilize a linguagem criminalizadora do direito penal e que determine a intervenção de operadores metajurídicos” e complementa que, além da legislação pertinente, “a isso deve ser somado o necessário incentivo para a preparação contínua dos operadores jurídicos para lidar com o novo sistema e, fundamentalmente, para que se compreendam a lógica diversa que orienta este mecanismo”, sob pena de que ele se torne apenas mais uma lei inconsistente, que não atinja os fins para os quais foi verdadeiramente criada, como vem ocorrendo com a Lei nº 9.099/1995.

---

<sup>301</sup> ACHUTTI, Daniel Silva. Justiça restaurativa e abolicionismo penal. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 194-195.

Em 2009 o primeiro parecer da Câmara de Constituição e Justiça e da Cidadania da Câmara Federal com relação ao Projeto de Lei foi desfavorável, refletindo o pensamento punitivo que já vigorava à época, com fundamentos totalmente contrários aos buscados pela justiça restaurativa: “O País passa por um período de sentimento de impunidade, com grande produção legislativa com o objetivo de criminalizar condutas e agravar penas. Esse projeto, por sua vez, caminha em sentido contrário, despenalizando condutas”<sup>302</sup>.

Em 2014 sobreveio novo parecer da CCJC com novo entendimento pela constitucionalidade, juridicidade e adequada técnica legislativa do projeto, apresentando como fundamento a falibilidade do sistema punitivo tradicional e a necessidade de novos caminhos para a justiça: “É fato notório que o sistema atual não mais cumpre com os fins da pena: nem há prevenção, nem retribuição. Por isso, necessário se faz trilhar outro modelo de pacificação social”<sup>303</sup>.

Apesar do parecer favorável, o projeto que teve início em 2006 ainda continua em tramitação, tendo sido apensado em 2016 ao PL 8045/2010 que analisa a projeto do novo Código de Processo Penal em andamento, o que tornou a sua apreciação ainda mais complexa e morosa, não havendo por ora perspectivas para sua inclusão em pauta de julgamento.

Diante disso, observa-se que não há incentivos legais às práticas restaurativas, pois, ao ofensor, que não receberá qualquer benefício no processo judicial, submeter-se a um procedimento que implica no reconhecimento de sua culpa e assunção de responsabilidades frente à vítima e à comunidade passa a ser encarado não como uma oportunidade de restauração e recomeço, mas como mais um ônus a ser suportado em face do erro praticado e, por ser este processo voluntário, dificilmente o sujeito optará por participar dele:

O que se deve levar em consideração é que, desde o ponto de vista do ofensor, possivelmente este encontro com a vítima representará um ônus (ou punição) extra. Há que se destacar as críticas que surgem quando são utilizadas as duas últimas possibilidades referidas de encaminhamento a programas restaurativos (pré-sentença e pós-sentença). Sica menciona o problema da sobreposição e acumulação dos modelos restaurativo se retributivo, que ocasiona *bis in idem* para o ofensor (pois este será sobrecarregado com o processo penal, a pena dele decorrente e mais a medida restaurativa), revitimização e incongruência sistemática, já que as diferentes lógicas do modelo restaurador e retributivo não permitem uma coexistência tranquila.<sup>304</sup>

---

<sup>302</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania. Parecer do Deputado Antonio Carlos Biscaia (PT/RJ). 10/11/2009.

<sup>303</sup> BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania. Parecer do Deputado Lincoln Portela (PT/RJ). 04/06/2014.

<sup>304</sup> PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. Justiça Restaurativa: da teoria à prática. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 102.

Apesar do caráter complementar da justiça restaurativa, que não obsta a existência do sistema punitivo tradicional, Leonardo Sica argumenta que a aplicação concomitante de ambos os processos implicaria em alguns problemas sérios: “*bis in idem* para o ofensor, revitimização e incongruência sistemática”<sup>305</sup>. Partindo deste entendimento, caso a situação se enquadre nas possibilidades da justiça restaurativa e seja escolhido este método para a solução do conflito concreto, não se poderia autorizar a deflagração do poder punitivo, salvo se a intervenção restaurativa for frustrada.

É nesse sentido que Salmaso defende que o caráter meramente complementar da Justiça Restaurativa seria ineficiente, o que acaba esvaziando o seu trabalho, tornando-o desinteressante, pois, por qual motivo o ofensor se submeteria às práticas restaurativas, que exigem grande esforço emocional e engajamento, se isso não gerará qualquer efeito na sua pena aplicada pelo sistema tradicional? Fatalmente haverá um desinteresse pela escolha do método.

Uma das ideias centrais da Justiça Restaurativa é apresentar ao ofensor a possibilidade de ele, após refletir sobre o erro cometido, assumir novos caminhos, reparar os danos, ou seja, voltar atrás na trilha dos passos errados, com o apoio da comunidade, sem que haja punição. Portanto, o fato de o processo convencional caminhar paralelamente com o procedimento restaurativo irá esvaziar este último e o trabalho da Justiça Restaurativa. Assim porque, se a pessoa tiver a perspectiva de cumprir uma punição ao final, ou efetivamente for condenado a tanto, irá se desinteressar do trabalho restaurativo, que requer um grande esforço emocional, para lidar com o erro cometido e assumir novos caminhos, e físico/financeiro, para reparar os danos causados, tanto à vítima como à comunidade.<sup>306</sup>

Coaduna-se parcialmente com o pensamento do autor no sentido de que a forma como vem sendo proposta a aplicação das práticas restaurativas não é a mais eficaz e certamente a evolução legislativa que gere algum impacto na pena do acusado, como redução ou substituição, é necessária e tornaria o uso da justiça restaurativa ainda mais recorrente. Todavia, para que o acordo restaurativo possa atuar como substitutivo da pena, é necessária muita cautela e supervisão estatal, a fim de que tais práticas não sejam vistas e utilizadas como instrumentos de barganha por parte dos infratores, a ponto de enxergarem nos círculos restaurativos apenas uma possibilidade de evitarem o processo.<sup>307</sup>

---

<sup>305</sup> SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 30.

<sup>306</sup> SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In *Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz* - Brasília: CNJ, 2016. p. 43.

<sup>307</sup> RIBEIRO, Marcelo Augusto. A participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo como circunstância atenuante inominada em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. In *Conclusões do XXII Congresso Nacional do Ministério Público “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”*. CONAMP, AMMP-MG. Belo Horizonte, 2017. p. 9.

Destaca-se que a justiça tradicional permanece necessária para os casos onde não há vítimas determinadas ou de crimes sem vítimas<sup>308</sup>, ou quando não há qualquer possibilidade de diálogo entre as partes envolvidas, ou, ainda, mesmo que abertas às práticas restaurativas, as partes não consigam chegar a uma resolução. Porém, em todos os demais casos onde houver a possibilidade de restauração, ela deve ser oportunizada, pois a ideia é que aos poucos a justiça restaurativa seja aplicada como regra e de forma preferencial.

Desta feita, acredita-se que, por enquanto, a justiça restaurativa deve caminhar paralelamente ao modelo convencional, sendo que ambos podem perfeitamente coexistir, desde que respeitados o espaço e a função de cada um. Tendo em vista que a justiça restaurativa resta inviabilizada para alguns casos específicos e se trata de um procedimento totalmente facultativo às partes, o sistema tradicional de justiça não perderá a sua importância e ainda será indispensável para estas situações, entretanto, com a sistematização dos procedimentos restaurativos e o incentivo à utilização das práticas, além do dever de supervisionar e fiscalizar os acordos realizados, ele poderá assumir finalmente o caráter de último recurso, aplicável de forma pontual a situações onde necessariamente o modelo punitivo se mostre como a opção mais adequada.

Raquel Tiveron traduz perfeitamente a ideia ao afirmar que “o que se advoga não é a democracia participativa (decisão tomada diretamente pelas partes interessadas), mas que lhes seja conferida a oportunidade de deliberação racional, que atribui maior legitimidade ao processo decisório”<sup>309</sup>. Assim, a aplicação desta forma de justiça não retira a possibilidade de controle judicial, sendo que aos juízes caberão analisar a legitimidade do acordo realizado, validá-lo, bem como assegurar que ele está sendo efetivamente cumprido. Ao Ministério Público incumbirá a supervisão do acordo para verificar se atende de fato às necessidades da vítima e não há qualquer vício na sua elaboração e, o advogado será encarregado da orientação técnica ao cliente, assistindo o acusado ou a vítima ao longo do processo restaurativo.

---

<sup>308</sup> A maior parte da doutrina entende que os crimes sem vítimas não são compatíveis com os procedimentos restaurativos, pois constituem “um desafio inultrapassável para a justiça restaurativa, na medida da sua incompatibilidade, quer com a sua finalidade, quer com o seu procedimento”. (SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa. Um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 596-597). Há entendimento no sentido de que seria possível a aplicação das práticas restaurativas mesmo nos casos de vítimas não determinadas: “Mesmo em casos de danos difusos relevantes, em que “não há vítima” ou ela é referenciada à coletividade, por exemplo, é possível pensar em práticas “parcialmente restaurativas”, ou seja, pensadas somente com o ofensor e a comunidade”. (GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese apresentada no Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014, p. 177).

<sup>309</sup> TIVERON, Raquel. *Justiça restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal*. Brasília, DF: Thesaurus, 2014. p. 156.

Com vistas a incentivar a utilização da justiça restaurativa, é necessário que se reconheça a atitude daquele que optou por participar das suas práticas e que se possibilite, “por uma questão de equidade, outorgar a esta participação uma consequência jurídico-processual que, a um só tempo, valore/recompense sua iniciativa voluntária e, em retribuição, confira algum efeito concreto na dosimetria da pena, caso condenado”<sup>310</sup>, uma vez que atribuir exatamente o mesmo tratamento àquele que participou das práticas restaurativas, se responsabilizando e cumprindo com as soluções acordadas e ao que optou por não colaborar, além de não ser justo, violaria os princípios constitucionais da igualdade material e da individualização da pena.

Nesse sentido, Ribeiro defende que somente o reconhecimento da presença de uma circunstância judicial favorável não seria suficiente e proporcional para premiar a conduta de quem se envolve efetivamente nas práticas restaurativas diante do significado e do que representa essa participação, pois a quantidade de redução passível de ser aplicada na primeira fase da dosimetria é diminuta. Assim, o autor propõe a caracterização desta conduta como uma circunstância atenuante inominada na segunda fase dosimétrica, com fulcro o art. 66 do Código Penal, já que este dispositivo prevê a possibilidade de a pena ser diminuída em razão de qualquer “(...) circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.”, na qual poderia ser albergado o acordo restaurativo.<sup>311</sup>

Essa proposta não configura a solução almejada, mas, por ora, pode ser uma alternativa viável diante da ausente possibilidade legal de concessão de uma benesse maior. Enquanto a barreira legislativa não for vencida, cabe ao judiciário compatibilizar os procedimentos por meio das normas pré-existentes no direito penal, seja no tocante à individualização da pena e até mesmo ao considerar os resultados das práticas restaurativas para a concessão de benefícios no curso da execução da pena, caso a aplicação dos métodos alternativos ocorra apenas após a condenação.

Em um mundo jurídico ideal a justiça seria totalmente restaurativa, entretanto, diante da inviabilidade atual de se atingir este desígnio, espera-se que em um futuro não tão distante ela seja utilizada como regra, enquanto alguma forma de justiça criminal atue apenas

---

<sup>310</sup> RIBEIRO, Marcelo Augusto. A participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo como circunstância atenuante inominada em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. In *Conclusões do XXII Congresso Nacional do Ministério Público “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”*. CONAMP, AMMP-MG. Belo Horizonte, 2017. p. 92.

<sup>311</sup> RIBEIRO, Marcelo Augusto. A participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo como circunstância atenuante inominada em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. In *Conclusões do XXII Congresso Nacional do Ministério Público “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”*. CONAMP, AMMP-MG. Belo Horizonte, 2017. p. 92.

subsidiariamente.<sup>312</sup> Vale lembrar que apesar de todos os desafios pontuados, a justiça restaurativa vem ganhando um papel cada vez mais significativo na sistemática processual, a partir da construção de um novo paradigma que considera as diferenças, incentiva a tolerância e busca a verdadeira ressignificação das relações sociais violadas por meio do conflito penal.

---

<sup>312</sup> ZEHR, Howard. Justiça restaurativa: da reflexão à ação. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012. p. 72-73.

## CONCLUSÃO

Se os processos de estigmatização e exclusão, tanto do ponto de vista da sociedade quanto do ponto de vista dos sujeitos, possuem uma força tão consistente para o direito, a possibilidade de qualquer mudança não pode ser assumida de modo radical e nem tampouco com idealizações de programas teóricos descolados da realidade. Para mudar tal situação, é preciso conquistar cada pequeno ganho social como se fosse uma luta constante, e a justiça restaurativa, dessa forma, ganha seu destaque como um paradigma possível.

No entanto, as operações são complexas pois se situam em um espaço dialeticamente sofisticado, que recusa respostas fáceis e simplistas não determinando seus conteúdos antes de observar os efeitos práticos. Porém, elas são as únicas capazes de enfrentar os dilemas de uma sociedade que está a procura de respostas, e que recebe hoje apenas provisórias promessas simbólicas, sem potencial algum capaz de solucionar os reais problemas, e muito menos de se conversar como um programa criminal rigoroso.

O que se buscou com a pesquisa foi a possibilidade desta mudança ocorrer como consequência das práticas restaurativas pela análise criminológica. Por ainda carecer de uma base estritamente empírica que comprove as mudanças a respeito da subjetividade e da percepção que cada pessoa faz do crime e do ofensor, à justiça restaurativa é necessário tempo. Suas ferramentas específicas para se avaliar quantitativamente e qualitativamente os reais efeitos gerados ainda devem se especializar. De modo imediato, o envolvimento da comunidade nas questões de justiça criminal faz com que seja superada a barreira da distância e do desconhecido uma vez que se traz aquilo que não se conhece para o conhecimento, uma mudança de percepção ocorre instantaneamente fazendo que novos possíveis laços possam ser construídos.

O discurso da defesa social foi utilizado para legitimar a aplicação da pena nas ciências penais como forma de reação estatal frente à periculosidade do delinquente. Esta teoria garantia a sociedade rejeitando seus desvios, sua “defesa” consistia em um movimento fundamentado na proteção social total em primeiro lugar sendo o Estado seu protagonista, e na repressão na pessoa dos autores. Como toda forma ideológica, ela se baseava na noção de que as ameaças às sociedades impediam sua conservação. Como alternativa, defendeu-se uma política criminal alternativa ao direito penal desigual da organização judiciária substituindo as sanções penais por formas de controle não estigmatizantes.

A relação entre a pena e o direito penal é visceral, a construção deste ocorreu de modo a alocar o poder de punir como o principal instrumento de controle dos comportamentos. As

doutrinas de justificação da pena tradicionalmente dividem-se em duas: as absolutas, que entendem a pena como um fim em si mesma, como simples retribuição; e as relativas, que a entendem como um meio para um fim específico. As perspectivas “mistas” também aparecerem para mitigar características de ambas as doutrinas (como, por exemplo, a teoria agnóstica da pena busca realocar a sanção penal da esfera jurídica à política de acordo com a visão de que uma dada resposta punitiva seria uma forma de lidar com o conflito).

De maneira geral, a maior parte da população se preocupa apenas com o caráter retributivo da pena (como castigo, vingança e sensação de justiça). Essa ideia reducionista de que o sujeito se resume à violação praticada exige uma outra perspectiva, que seja mais inclusiva e que tenha raízes na sociedade. Se tanto a sociedade quanto o Estado se recolhe dessa tarefa, a reprodução social da exclusão tende a aumentar consideravelmente. Verificou-se que a prisão além de não cumprir o papel ressocializador, fortifica os efeitos da estigmatização.

Ademais, buscou-se abordar os problemas que envolvem a aplicação prática desse sistema, considerado hoje em crise por não conseguir cumprir com as finalidades para as quais foi desenvolvido, em especial a função preventiva da criminalidade e ressocializadora do criminoso, e que vem exercendo, na verdade, um papel oposto do idealizado, na medida em que as falhas estruturais do próprio sistema carcerário, somada às barreiras sociais e culturais, impedem a reinserção do preso.

É nesse contexto que, buscando aprofundar a análise da reação social frente o crime pelo exame dos comportamentos desviantes, as abordagens sociológicas conceituam a estigmatização social e apontam as razões para os efeitos da rotulação e da marginalização. É possível identificar, desde o descobrimento do fato desviante até o cumprimento integral de sua punição, uma sequência de momentos que as etiquetas são impressas nos sujeitos. O estigma, assim, é uma metarregra de forte influência na seleção do sistema punitivo, e está além das simples positivamente jurídicas. Diante do exposto, foi possível extrair que os estigmas têm um valor intrínseco, pois escravizam as pessoas e negam o direito geral, abstrato e democrático, assim, só podem ser desmontados se uma nova visão do direito for suplantada.

Do estudo do processo de estigmatização proveniente de comportamentos desviantes e supostamente contrários às normas penais, o *Labelling Approach* analisou a criminalidade no aspecto da reação social e suas consequências negativas na rotulação do indivíduo. Tal teoria tem seu enfoque voltado para a subjetividade, ao enfatizar questões de valor e de interesse, a partir de uma concepção que se divide em duas perspectivas que giram em torno da estigmatização, da punição e da segregação: das pessoas definidas como desviantes, e das pessoas que definem como desviantes.

A fim de realizar um contraponto aos aspectos negativos da reação social apresentados pela teoria mencionada, a Teoria da Inibição Reintegradora ofereceu uma possibilidade de utilização da reação social positivamente com o objetivo de responsabilizar o sujeito ao mesmo tempo em que tenta reaproximá-lo da comunidade, preocupação típica da justiça restaurativa. A Teoria da Inibição Reintegradora toma como ponto de partida de forma parcialmente semelhante o estudo da criminalidade com base na reação social frente ao ato desviante praticado. Ela aduz que a reação social é a chave tanto para a prevenção delitiva quanto para a marginalização definitiva do indivíduo que praticou algum tipo de infração. A vergonha, nesses termos, possui grande importância no agir e pensar morais, uma vez que senti-la significa aceitar os juízos sociais e incorporá-los como um valor na pessoa.

Em oposição à estigmatização do *Labelling Approach*, uma “vergonha reintegrativa” na qual a manifestação de reprovação social é seguida de atos de reaceitação interrompem a assimilação do papel social de criminoso e impedem a reincidência. Tal visão preventiva e a função pedagógica são abordadas na teoria pelo incentivo à participação da comunidade nas experiências de “vergonha reintegrativa”. A reação social, assim, é crucial para o próprio sistema de justiça penal, na medida em que reações negativas tendem a reforçar a criminalidade, acentuar as desigualdades e afastar cada vez mais o infrator de qualquer possibilidade de ressocialização.

Verificou-se, em seguida, que todos os conceitos convergem no sentido de que a justiça restaurativa é uma nova metodologia de tratamento de conflitos, com princípios próprios, pautada no diálogo efetivo, na colaboração e na horizontalidade das relações, que conta com a participação voluntária dos envolvidos na lide e com a intervenção técnica de facilitadores, na busca pela melhor resposta para o caso concreto, e que reflete diretamente na comunidade ao atingir soluções que implicam na adequada responsabilização do sujeito, reparação de danos e restauram a harmonia social.

Ressalta-se que a justiça restaurativa atualmente possui um caráter complementar, que não objetiva a substituição completa do sistema tradicional de justiça, mas busca atuar paralelamente a ele, como uma alternativa disponível que, em circunstâncias específicas, poderá trazer um resultado mais eficiente na perspectiva dos jurisdicionados e da própria comunidade. O empoderamento decorrente das práticas restaurativas também reflete na própria comunidade, que também é deixada a par da solução do conflito apesar de ser direta ou indiretamente afetada por ele.

Nesse contexto, acredita-se que a ideia trazida por este novo paradigma de justiça pode de alguma forma reduzir a ideia de que a justiça fundamenta-se na vingança ou que o mal deve

necessariamente ser combatido com o mal. Ao apresentar alternativas que buscam a verdadeira recuperação do sujeito e o seu resgate de um caminho desviado, a justiça restaurativa visa não só a redução da criminalidade, mas a regeneração dos vínculos sociais rompidos a partir da promoção de relacionamentos positivos que consideram todas as partes implicadas no conflito.

Assim, para modificar esse paradigma punitivista cada vez mais incentivado pela sociedade e pelos próprios governantes, é necessário um árduo trabalho para o rompimento dessa ideia. Os procedimentos tradicionais não colaboram para uma efetiva mudança nos comportamentos e a justiça restaurativa possibilita que se dê um rosto àqueles envolvidos em um conflito decorrente de violação da norma penal. Esse processo, pautado no encontro pessoal entre as partes, possibilita que a vítima ganhe voz dentro do processo e passe também a ser um rosto conhecido, não só pelo Estado e pela comunidade, mas também pelo próprio ofensor, fazendo com que haja um processo democrático realizado por meio do encontro direto entre os verdadeiros interessados visualizados em um contexto histórico-social que releva sua identidade e suas diferenças.

Parece mais fácil ignorar o problema social da criminalidade e fingir que se trata de algo distante, capaz de atingir apenas os “outros”. Partindo da ideia de alteridade, os encontros restaurativos permitem o resgate da própria identidade, por vezes perdido em meio aos rótulos recebidos ou ao próprio conflito criminal, ao ser oportunizado às partes o diálogo e a possibilidade de colocar-se no lugar do outro. A superação do problema, que pode se dar através da correta responsabilização, da reparação ou mesmo do perdão, serve como ponte para a reintegração do sujeito na comunidade.

O medo como instituição social, fundado na percepção do perigo e de incertezas, pauta o comportamento humano e é utilizado como forma de controle sobre determinados grupos ou pessoas, ele é amplamente explorado por setores da sociedade. Embora se verifiquem alguns avanços relativos às possibilidades de acordo, a legislação penal brasileira é bastante limitada quanto ao oferecimento de uma solução condizente com a realidade. Os juízes não possuem instrumentos que permitam a redução da pena ou a abstenção de sua aplicação com justificativa nas práticas restaurativas pela não previsão legal e a atuação interpretativa fica limitada aos dispositivos existentes. Mesmo assim, acredita-se que, por enquanto, a justiça restaurativa deve caminhar paralelamente ao modelo convencional, sendo que ambos podem perfeitamente coexistir, desde que respeitados o espaço e a função.

Sem a intenção de solucionar o complexo problema da criminalidade, o presente trabalho buscou, a partir de fundamentações criminológicas, realizar uma leitura epidérmica da crise no sistema punitivo tradicional e apresentar a justiça restaurativa como método capaz de

romper com discursos estigmatizantes e seletivos, com vistas a modificar a reação da própria sociedade quanto ao tratamento das infrações penais e também do infrator. Com base nas contribuições apresentadas, foi possível concluir que o processo restaurativo é mais eficaz para a recuperação não só do sujeito, mas também dos laços sociais desfeitos pelo crime.

Certamente o aprofundamento do estudo por meio de pesquisas empíricas em um futuro próximo poderão concretizar as perspectivas levantadas por meio deste trabalho. Por ora, os embasamentos teóricos estudados conduziram à conclusão de que a justiça restaurativa é um novo paradigma de justiça mais flexível, aberto ao diálogo, às diferenças, à tolerância, e onde há maior chance de satisfação das partes, por esta razão, acredita-se que o método se aproxima mais da substancial noção de justiça, que possibilita a verdadeira ressocialização do infrator e a reparação à vítima. A utilização da justiça restaurativa como regra ainda é um ideal a ser alcançado, mas espera-se que, diante da pluralidade de argumentos e resultados positivos que circundam a prática, em um tempo não tão distante a justiça criminal tradicional seja aplicada de forma subsidiária apenas em situações pontuais.

## REFERÊNCIAS

- ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- AFONSO, Serrano Maíllo. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Criminologia*. 2. ed. reform., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- ALBRECHT, Peter-Alexis. *Criminologia – uma fundamentação para o Direito Penal*. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ALMEIDA, Odilza Lines de; PAES-MACHADO, Eduardo. Processos sociais de vitimização prisional. *Tempo Social, revista de sociologia da USP*, 2013, v. 25, n. 1. pp. 257-286. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v25n1/13.pdf>>. Acesso em 10 abr. 2019.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 3ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. *Revista Seqüência*, nº 52, p. 163-182, jul. 2006.
- ANITUA, Gabriel Ignácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARENDRT, Hannah. *A Condição Humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ASHTON, Peter Walter. As principais teorias de direito penal, seus proponentes e seu desenvolvimento na Alemanha. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, v. 12, p. 237-246, 1996. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/69184/39073>>. Acesso em 09 abr. 2019.
- AZEVEDO, André Gomma de. A participação da comunidade na mediação vítima-ofensor como componente da justiça restaurativa: uma breve análise de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: *Justiça Restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225*. Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016.
- AZEVEDO, André Gomma de. O componente de mediação vítima-ofensor na justiça restaurativa: uma breve apresentação de uma inovação epistemológica na autocomposição penal. In: *Justiça Restaurativa C*. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005.
- BACILA, Carlos Roberto. *Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.
- BAIERL, Luzia Fátima. *Medo social: da violência visível ao invisível da violência*. São Paulo: Editora Cortez, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BARRETTO, Tobias. *Menores e Loucos e Fundamento do Direito de Punir*. Sergipe: Empreza Graphica de Paulo, Pongetti e C., 1926.

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

BAUMAN, Zygmunt. Globalização, as consequências humanas. Tradução Marcus Penchel. — Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

BAUMAN, Zygmunt. Medo Líquido. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, Ed. 2008.

BBC News Brasil. Presídios em Manaus têm segundo dia sangrento, e mortos já chegam a 55. São Paulo, 27 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-48428482>>. Acesso em 03 jun. 2019.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Tradução: Torrieri Guimarães. São Paulo: Editora Martin Claret, 2007.

BECK, Ulrich. Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

BECKER, Howard Saul. Outsiders: Estudos de sociologia do desvio. Título original: *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. Zahar: Rio de Janeiro, 2008.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. A justiça restaurativa de John Braithwaite: Vergonha reintegrativa e regulação responsiva. Revista Direito GV, São Paulo, v. 1, n. 2, p.209-216, jun. 2005. Quadrimestral. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35237/34037>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. Das penas e seus critérios de aplicação. 6.ed., rev. atual. e ampl. — Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

BRAITHWAITE, John. ‘*Principles of Restorative Justice*’ in A. Von Hirsch, J. V. Roberts, A. E. Bottoms, K. Roach & M. Schiff (eds) *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms?* Oxford: Hart Publishing.

BRAITHWAITE, John. Crime, Shame, and Reintegration. New York: Cambridge University, 1999.

BRASIL, Câmara dos Deputados. CPI do Sistema Carcerário. Relatório Final. Brasília, 2008. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/53a-legislatura-encerradas/cpicarce/Relatorio%20Final%20-%20150908.pdf>>. Acesso em 05 jun. 2019.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. Mapeamento dos programas de justiça restaurativa. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/06/8e6cf55c06c5593974bfb8803a8697f3.pdf>>. Acesso: em 11 jul. 2019.

BRASIL. DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Levantamento nacional de informações penitenciárias. INFOPEN Organização: Thandara Santos. Colaboração, Marlene Inês da Rosa [et al.] -- Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional, 2017. Disponível em:<<http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento->

nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio\_2016\_22111. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, 9 de setembro de 2015. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em 17 mai. 2019.

BUSTOS RAMÍRES, Juan. A pena e suas teorias. In: Fascículos de Ciências Penais. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris. v. 5, n. 3, p. 90–113, jul./set., 1992. p. 101-102.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Estado de Coisas Inconstitucional. Bahia: Editora Juspodivm, 2016.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CARBONERA, Daiane; BRASCHI, Olívia Araújo. Recomendações quanto à confidencialidade absoluta nos Círculos de Construção de Paz e Justiça Restaurativa: observações de práticas do projeto-piloto em Vara de Execuções Criminais – VEC. In: Justiça restaurativa na prática [recurso eletrônico]: ações realizadas no município de Caxias do Sul / org. Suzana Damiani, Cláudia Maria Hansel, Maria Suelena Pereira de Quadros. – Caxias do Sul, RS: Educs, 2018. Disponível em: <<https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/ebook-justica-restaurativa.pdf>>. Acesso em 08 jun. 2019.

CARNELUTTI, Francesco. As misérias do processo penal. São Paulo: Nilobook, 2013.

CARRANZA, Elías. Cárcere e Justiça Penal na América Latina e Caribe: como implementar o modelo de direitos e obrigações das Nações Unidas / Elías Carranza (coordenador). Brasília: Ministério da Justiça, 2008.

CARVALHO, Salo de. Antimanual de criminologia. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CEREZO MIR, José. Derecho penal: parte general. Lima: Ara/RT, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A criminologia radical. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal. Parte geral. 3ª ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.

DANTAS, George Felipe de Lima; SILVA JÚNIOR, Álvaro Pereira da; PERSIJN, Annik. O Medo do Crime. 2006. Disponível em: <[http://www.observatorioseguranca.org/pdf/01%20\(60\).pdf](http://www.observatorioseguranca.org/pdf/01%20(60).pdf)>. Acesso em: 07 abr. 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito penal. Parte geral: questões fundamentais a questão do crime. 2º ed. Coimbra: editora Coimbra, 2001.

DOTTI, René A. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ELIAS, Norbert; SCOTSON, John L. Os estabelecidos e os *Outsiders*: sociologia das relações de poder a partir de uma pequena comunidade. Tradução: Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 2000.

- FELIX, Sueli Andruccioli. Crime, medo e percepções de insegurança. *Perspectivas*, São Paulo, v. 36, p. 155-173, jul./dez. 2009. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/perspectivas/article/view/2750/2488>>. Acesso em 07 abr. 2019.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*. 4. ed. Curitiba: Positivo, 2009.
- FERRI, Enrico. *Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime*. 2ª ed. Trad. Paolo Capitanio. Campinas: Bookseller, 1998.
- FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von. *Tratado de Derecho Penal*. Tradução: Eugenio Zaffaroni y Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Editorial Hammurabi S. R. L., 1989.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Rebelião deixa nove mortos e 14 feridos em presídio de Goiás. São Paulo, 1º jan. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/01/1947382-rebeliao-termina-com-detentos-mortos-e-feridos-em-presidio-de-goias.shtml>>. Acesso em 03 jun. 2019.
- FOLHA DE SÃO PAULO. Veja algumas das maiores rebeliões ocorridas em presídios do Brasil. São Paulo, 12 abr. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/veja-algumas-das-maiores-rebelioes-ocorridas-em-presidios-do-brasil.shtml>>. Acesso em 03 jun. 2019.
- FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução: Raquel Ramallete. 41 ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 218.
- GALLINO, Luciano. *Dicionário de Sociologia*, São Paulo: Paulus, 2005.
- GARCIA, Basileu. *Instituições de direito penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- GARFINKEL, Harold. *Conditions of Successful Degradation Cerimonies*. v. LXI, march. Chicago, The American Journal of Sociology.
- GAROFALO, Rafael. *Criminologia: estudo sobre o delito e a repressão penal seguido de apêndice sobre os termos do problema penal*. Ed. Petrias. Campinas, 1997.
- GIACOIA, Gilberto, BONAVIDES, Samia. A encruzilhada do sistema penal a escolha de um caminho para a ressignificação da punição estatal. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 29, 2018, p. 234.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese apresentada no Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, 2014. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 03 jul. 2019.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma - Notas Sobre a Manipulação da Identidade Deteriorada*. Rio de Janeiro: Editora LTC, 1988.

- GOFFMAN, Erving. Manicômios, prisões e conventos. 8. ed. São Paulo: Perspectiva, 2008.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. O conflito entre a defesa social e o respeito às garantias fundamentais. Revista Jurídica. Unifacs. Salvador, 2008. Disponível em: <[https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao\\_junho2008/convidados/con3.pdf](https://www.unifacs.br/revistajuridica/arquivo/edicao_junho2008/convidados/con3.pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2019.
- GOVERNO DO ESTADO DO PARANÁ, Secretaria da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos SEJU-PR, Cadernos de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação. Redação e sistematização Adriana Marcelli Motter, Flávia Palmieri de Oliveira Ziliotto, Pedro Ribeiro Giamberardino. - 2. ed. rev. e ampl. - Curitiba, PR: Secretaria de Estado da Justiça, Trabalho e Direitos Humanos, 2018.
- GRECO, Rogério. Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativa à Privação de Liberdade. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GÜNTHER, Klaus. Responsabilização na sociedade civil. Revista Novos Estudos, São Paulo, n. 63, p. 105-118, jul. 2002.
- HASSEMER, Winfried. Introdução aos fundamentos do direito penal. 2ª ed. Trad. Pablo Afllen da Silva. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2005.
- HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. Princípios da filosofia do direito. Tradução: Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- HOBBS, Thomas. Leviatã. Matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil. (Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva). 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas: O sistema penal em questão. Niterói: Luam Editora, 1993.
- JAKOBS, Günther. Derecho penal: Parte general. Tradução: Joaquin Cuello Contreras y José Luís Serrano González de Murillo. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho penal Del enemigo*. Madrid: Editora Thosom Civitas, 2003.
- JESUS, Joalice Maria Guimarães de. A fundamentação legal da justiça restaurativa junto ao ordenamento jurídico brasileiro. In Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016. p. 250-251.
- JUNIOR, Antonio Dantas de Oliveira. Sistema penal e prisional: a justiça restaurativa, ser ou não ser, e a evolução moral, In Revista Consenso / Tribunal de Justiça do Estado da Bahia – ano.1, n.1, (out.2017) – Salvador: Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos do TJBA, 2017.
- KANT, Immanuel. Metafísica dos Costumes. Tradução de Clélia Aparecida Martins, Bruno Nadai, Diego Kosbiau e Monique Hulshof. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Universitária São Francisco, 2013.
- KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Por um sistema penal não excludente: uma releitura constitucional do direito penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciência Jurídica do Centro de Ciências Sociais Aplicadas do Campus de Jacarezinho da Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2009. Disponível em: < <https://uenp.edu.br/pos->

direito-teses-dissertacoes-defendidas/dissertacoes-defendidas-1/1937-luiz-fernando-kazmierczak/file>. Acesso em 30 ago. 2019.

KONZEN, Afonso Armando. Justiça restaurativa e alteridade: Limites e frestas para os porquês da justiça juvenil. *Revista IOB de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 178-198, abr./maio 2008.

KUHN, Thomas. S. *A estrutura das revoluções científicas*. 5 ed. São Paulo: Perspectiva, 1997.

LA TAILLE, Yves de *O Sentimento de Vergonha e suas Relações com a Moralidade*. Universidade de São Paulo. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 2002, 15(1), pp. 13-25. Disponível em < <http://www.scielo.br/pdf/prc/v15n1/a03v15n1.pdf>>. Acesso em: 22 jun. 2019.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEMERT, Edwin M. *Human deviance, social problems, and social control*. Londres: Prentice-Hall International, 1967.

LÉVINAS, Emmanuel. *Entre nós: ensaios sobre a alteridade*. Tradução de: Pergentino Stefano Pivatto (Coord.) Evaldo Antônio Kuiava, José Nedel, Luiz Pedro Wagner e Marcelo Luiz Pelizolli. Petrópolis: Vozes, 1997.

LÉVINAS, Emmanuel. *Ética e infinito; diálogos com Philippe Nemo*. Tradução de João Gama. Lisboa: Edições 70, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e Infinito*. Tradução de José Pinto Ribeiro. Revista por Artur Mourão. Lisboa: Edições 70, 1988.

LINCK, Valéria de Souza. *O sistema de justiça penal e a justiça restaurativa: concepções filosóficas e psicológicas subjacentes*. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Ciências Jurídicas, 2008.

LOMBROSO, Cesare. *O homem delinquente*. Trad. Sebastião José Roque. São Paulo: Ícone, 2007.

LOPES JR., Aury; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Investigação preliminar no processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LYRA, Roberto. *Expressão mais simples do direito penal*. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1976.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MAXWELL, Gabrielle. *A Justiça Restaurativa na Nova Zelândia*. *Justiça Restaurativa: coletânea de artigos*. C. Slakmon, R. de Vitto, R. Gomes Pinto (org.). Brasília, Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MIRABETE, Júlio Fabrine. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2000.

MORRIS, Alisson. *Criticando os críticos: uma breve resposta aos críticos da justiça restaurativa*. In: SLAKMON, Catherine., DE VITTO, Renato Campos Pinto., PINTO, Renato Sócrates Gomes. (org.). *Justiça restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005.

MUMME, Mônica. Justiça restaurativa: um caminho de valor social que acontece no coletivo. In: PELIZZOLI, Marcelo Luiz. (org.). Justiça restaurativa: caminhos de pacificação social. Caxias do Sul: EDUCS; Recife: UFPE, 2016.

OLIVEIRA, Cristina Rego de. Mediação penal & justiça. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

OLIVEIRA, Fernando Antônio Sodré de. Breves apontamentos sobre as políticas criminais e sua influência nos mecanismos de controle social formal. Revista Direito em Debate. vol. 18, n.º 31, jan.-jun. 2009. Disponível em: <<https://doi.org/10.21527/2176-6622.2009.31.%p>>. Acesso em: 06 abr. 2019.

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

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*. Tradução por Ignaci Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa é possível no Brasil? In Slakmon, C., R. De Vitto, e R. Gomes Pinto, org., 2005. Justiça Restaurativa (Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD).

PRADO, Geraldo. Da lei de controle do crime organizado: crítica às técnicas de infiltração e escuta ambiental. In: Wunderlich, Alexandre (Org.). Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

PRANIS, Kay. Processos Circulares de construção de paz. Tradução de Tônia Von Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

RAMÍREZ, Sérgio García. *En búsqueda de la tercera vía: la justicia restaurativa*. Revista de Ciencias Penales. Iter Criminis. Cidade do México: Inacipe, n. 13. Abr./Jun 2005.

REBOUÇAS, Gabriela Maia; SPOSATO, Karyna Batista. As lentes de uma justiça restaurativa no Brasil: observando experiências renovadas de acesso à justiça para o incremento do debate. In: CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Florianópolis. Anais do XIX Congresso Nacional do CONPEDI. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010, p. 306-321. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+\(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010\).pdf](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Congresso+Nacional++UFSC++Florian%C3%B3polis+(13%2C+14%2C+15+e+16+de+outubro+de+2010).pdf)>. Acesso em: 05 jul. 2019.

RIBEIRO, Marcelo Augusto. A participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo como circunstância atenuante inominada em respeito ao princípio constitucional da individualização da pena. In Conclusões do XXII Congresso Nacional do Ministério Público “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”. CONAMP, AMMP-MG. Belo Horizonte, 2017. Disponível em: <[http://www.ammp.org.br/inst/noticia/file/livro\\_de\\_teses\\_xxii\\_congresso\\_nacional\\_mp.pdf](http://www.ammp.org.br/inst/noticia/file/livro_de_teses_xxii_congresso_nacional_mp.pdf)>. Acesso em 24 mai. 2019.

ROURE, Denise de. Panorama dos Processos de Reabilitação de presos. Revista Consulex. Ano III, n.20, ago. 1998.

ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos. La estructura dela teoria del delito*. Tradução: Diego-Manuel Luzon Peña. 2. ed. Madri: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. Estudos de direito penal. 2ª ed. Org. e Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. Sentidos e Limites da Pena Estatal. In: Problemas Fundamentais de Direito Penal. Trad. Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1998.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. Punição e estrutura social. Trad. Gizlene Neder. 2. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2004.

SÁ, Alvino Augusto de. Razões e perspectivas da violência e da criminalidade: punição versus reconciliação. Boletim Ibccrim, São Paulo, n. 83, 1999.

SALM, João; LEAL, Jackson da Silva. A Justiça Restaurativa: multidimensionalidade humana e seu convidado de honra. Sequência, n. 64, p. 195-226, jul. 2012.

SALMASO, Marclo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225/Coordenação: Fabrício Bittencourt da Cruz - Brasília: CNJ, 2016.

SANTANA, Selma Pereira de; SANTOS, Carlos Alberto Miranda. A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa. Rev. Bras. Polít. Públicas, Brasília, v. 8, nº 1, 2018.

SANTOS, Bartira Macedo de Miranda. As ideias de defesa social no sistema penal brasileiro: entre o garantismo e a repressão (de 1890 a 1940). Tese apresentada no Programa de Estudos Pós-Graduados em História da Ciência na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2010. Disponível em:  
<<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/13235/1/Bartira%20Macedo%20de%20Miranda%20Santos.pdf>>

SANTOS, Camila de Almeida. Entre a justiça restaurativa e o acesso à justiça: reflexões e interfaces sob um olhar penal. Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos da Universidade Federal de Pernambuco, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/handle/123456789/16922>>. Acesso em: 08 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCAPINI, Marco Antônio de Abreu; SAAVEDRA, Giovani Agostini Saavedra. Pena e Democracia: uma análise da presentificação da barbárie e do sentido moral dos discursos legitimadores das práticas punitivas. IV Mostra de Pesquisa da Pós-Graduação – PUCRS, 2009. Disponível em:  
<[http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV\\_MOSTRA\\_PDF/Ciencias\\_Criminais/72262-MARCO\\_ANTONIO\\_DE\\_ABREU\\_SCAPINI.pdf](http://www.pucrs.br/edipucrs/IVmostra/IV_MOSTRA_PDF/Ciencias_Criminais/72262-MARCO_ANTONIO_DE_ABREU_SCAPINI.pdf)>. Acesso em: 23 out. 2018.

SCURO NETO, Pedro. Justiça restaurativa: desafios políticos e o papel dos juízes. Revista da Ajuris. Porto Alegre, v. 33, n.103, p.229-254, set. 2006.

SICA, Leonardo. Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

SILVA, Lígia Fernandes da. Contribuições da análise do comportamento para práticas de justiça restaurativa. Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Análise do Comportamento da Universidade Estadual de Londrina 2016. Disponível em:  
<<http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?view=vtls000210288>>. Acesso em 02 jul. 2019.

SPINOZA, Baruch. Ética. Tradução Tomaz Tadeu. Original publicado em 1632-1677. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2009. p. 332.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano, Legitimidade da Intervenção Penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006.

THOMPSON, Augusto. A questão penitenciária. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

TIVERON, Raquel. Justiça restaurativa. A emergência da cidadania na dicção do direito. A construção de um novo paradigma da justiça criminal. Brasília, DF: Thesaurus, 2014.

VIANA, Eduardo. Criminologia. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Tradução: André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

WARAT, Luís Alberto. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. SLOKAR, Alejandro. ALAGIA, Alejandro. Direito Penal Brasileiro: primeiro volume. Teoria Geral do Direito Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução: Vania Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. 5ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. Justiça restaurativa: da reflexão à ação. Tradução: Tônia Van Acker. Título original: *The little book of Restorative Justice*. São Paulo: Palas Athena, 2012.

ZEHR, Howard. TOWES, Barb. Maneiras de conhecer para uma visão restaurativa de mundo. In: Novas direções na governança da justiça e da segurança. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.

ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. Título original: *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

ZEIDAN, Rogério. Ius puniendi, estado e direitos fundamentais. Porto Alegre: Fabris, 2002.