



UNIVERSIDADE DE
COIMBRA

Mariani Bortolotti Fiumari

**A JUSTIÇA PENAL EM XEQUE: DO ABOLICIONISMO
PENAL À BUSCA POR UM OUTRO MODELO DE SOLUÇÃO
DOS CONFLITOS CRIMINAIS**
RUMOS PARA UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE MEDIAÇÃO
PENAL À LUZ DA PORTUGUESA

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Cláudia Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

**A JUSTIÇA PENAL EM XEQUE: DO
ABOLICIONISMO PENAL À BUSCA POR UM
OUTRO MODELO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS
CRIMINAIS**

**Rumos para uma experiência brasileira de
mediação penal à luz da portuguesa**

Mariani Bortolotti Fiumari

Dissertação no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito, na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Criminais, orientada pela Professora Doutora Cláudia Cruz Santos e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Julho de 2019



UNIVERSIDADE D
COIMBRA

Aos meu pais
Ao Fred
Com todo o meu amor

Não é no silêncio que os homens se fazem, mas na palavra, no trabalho, na ação-reflexão.
Mas, se dizer a palavra verdadeira, que é trabalho, que é práxis, é transformar o mundo,
dizer a palavra não é privilégio de alguns homens, mas direito de todos os homens.
Precisamente por isto, ninguém pode dizer a palavra verdadeira sozinho, ou dizê-la para os
outros, num ato de prescrição, com o qual rouba a palavra aos demais.

Paulo Freire

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, agradeço aos meus pais, Ariani e Romualdo, pelo amor, pelo carinho e pelo incansável apoio emocional e financeiro, indispensáveis ao ingresso e à conclusão deste curso de mestrado.

Ao Fred, meu sempre companheiro, pelo amor, pelo respeito, pelos constantes incentivos, pela ajuda com esta pesquisa e por ter partilhado este crescimento pessoal e acadêmico comigo, em Coimbra, em Lisboa e na Itália.

À minha orientadora, Professora Doutora Cláudia Santos, pelos preciosos conhecimentos partilhados nas tantas aulas de Criminologia e Processo Penal. A senhora é uma fonte de inspiração e um exemplo a ser seguido.

À Professora Doutora Silvia Larizza, da Università degli Studi di Pavia, pelas valiosas conversas, ora em português, ora em italiano, que auxiliaram imensamente na pesquisa deste trabalho.

Às amigas e amigos do Brasil que, mesmo a um oceano de distância, acompanharam o meu crescimento e torceram pelo meu sucesso.

Às amigas e amigos que conheci em Coimbra, pelas manhãs e tardes de estudo, pelas conversas enriquecedoras, pelas ajudas e dicas, pelos cafés e cervejas partilhadas ao longo deste período.

À Universidade de Coimbra pela realização de um sonho.

Por fim, a Coimbra, por ter oportunizado não só a vivência num país tão belo como Portugal e a imersão na cultura conimbricense e lusitana, mas por ter possibilitado o encontro do Brasil consigo mesmo. A convivência com tantos estudantes brasileiros, de todos os cantos do país, foi suficiente para confirmar que somos incontáveis Brasileiros inseridos num único e vasto território.

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo responder a três questionamentos: por que as finalidades da pena não se cumprem? Por que, apesar do fracasso, o sistema penal continua a crescer vertiginosamente, especialmente no Brasil? E é possível dar uma resposta diferente ao crime, não punitiva? Se sim, como? Parte-se à busca dessas respostas no abolicionismo penal e, em específico, nas obras de Nils Christie. Pretende-se desconstruir as finalidades da pena desenvolvidas pela ciência criminal, revelando que, no fundo, a única intenção da punição prevista na lei é a de retribuir o mal do crime como forma de controle social, sem proporcionar qualquer tipo de bem e de pacificação para a vítima, para o ofensor e para a sociedade, devendo a justiça penal ser substituída por uma justiça melhor. São introduzidas noções acerca do pensamento restaurativo, surgido por influência do abolicionismo penal e de outras correntes criminológicas como possibilidade de oferta de uma resposta diferente e não punitiva ao conflito interpessoal originado com o crime. Num segundo momento, parte-se à análise das possíveis finalidades ocultas da pena, que podem explicar o crescimento do sistema penal, apesar do flagrante fracasso das finalidades preventivas e ressocializadoras das penas. Deve-se compreender que esta expansão está intrinsecamente ligada ao funcionamento do capitalismo, às desigualdades sociais, à vulnerabilidade e opressão histórica de determinados grupos e à violência estrutural da justiça penal. São apresentadas informações e dados relativos ao sistema prisional brasileiro que corroboram a argumentação. Por último, a fim de criar caminhos para a construção de uma resposta menos punitiva e reparadora ao crime, assim como para a sua implementação no Brasil, são retomadas as noções de justiça restaurativa e passa-se a tratar de uma sua prática específica, a mediação penal. Aborda-se a experiência portuguesa com a Lei nº 21, de 12 de junho de 2007, bem como as experiências brasileiras com a Lei nº 9.099/95, as práticas restaurativas locais e o Projeto de Lei nº 7.006/2006, a fim de traçar rumos para a implementação da justiça restaurativa em todo o território brasileiro e a criação de um regime legal de mediação penal direcionado à solução reparadora dos conflitos interpessoais e à diversão processual.

PALAVRAS-CHAVE: abolicionismo penal; finalidades da pena; justiça restaurativa; mediação penal.

ABSTRACT

This study aims to answer three questions: why are the penalty purposes not fulfilled? Why, despite the failure, does the penal system continue to grow dramatically, especially in Brazil? And, is it possible to respond differently to the crime, without punishment? If so, how? The search for these answers starts with the study of abolitionism and, specifically, the works of Nils Christie. It's intended to deconstruct the purposes of punishment created by the criminal science, revealing that, in the end, the only intention left is to retribute the suffering already caused by the crime, without providing any kind of good and pacification to the victim, to the offender and to society. Therefore, the criminal justice must be replaced by a better justice. Notions about restorative justice are introduced as a possibility to offer a different and non-punitive answer to interpersonal conflicts caused by crime. Following these analyses, the study focuses on the hidden purposes of criminal punishment, which may explain the growth of the penal system, despite the failure of its preventive and rehabilitation purposes. This expansion is intrinsically linked to capitalism, to social inequalities, to the historical vulnerability and oppression of certain groups and to the structural violence of criminal justice. Information and data related to the Brazilian prison system are presented. At last, in order to create a path for a non-punitive and restorative approach to crime and subsequent implementation in Brazil, the bases of restorative justice are reviewed, primarily one of its specific practices: penal mediation. The Portuguese case, embodied in Law n. 21, from June 12th, 2007, as well as the Brazilian experiences, such as Law n. 9.099/95, local restorative practices, and Bill n. 7.006/2006, are all addressed to help establish the goal of an implementation of restorative justice practices in all of Brazil, along with the creation of a legal regime of penal mediation directed at the reparatory solution of interpersonal conflicts, as well as procedural alternatives for criminal trials.

KEYWORDS: *abolitionism; penalty purposes; restorative justice; penal mediation.*

ÍNDICE

AGRADECIMENTOS.....	4
RESUMO.....	5
ABSTRACT.....	6
ÍNDICE.....	7
INTRODUÇÃO.....	8
1. A JUSTIÇA PENAL EM XEQUE: O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE E O NASCIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA.....	12
1.1. O abolicionismo penal de Nils Christie: o “Roubo do Conflito”.....	15
1.2. O abolicionismo penal de Nils Christie: “Limites à Dor” e a deslegitimação das finalidades da pena.....	21
1.3. O surgimento de um outro modelo de solução dos conflitos penais: a Justiça Restaurativa.....	35
2. UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS FINALIDADES OCULTAS DO SISTEMA PENAL, EM ESPECIAL, DO BRASILEIRO: UM SISTEMA DE GESTÃO DOS CORPOS MARGINALIZADOS?.....	45
2.1. Da disciplina e da biopolítica à necropolítica: técnicas ocultas de funcionamento do sistema penal.....	47
2.2. O fortalecimento do Estado neoliberal e a conseqüente expansão do Estado penal.....	64
3. A MEDIAÇÃO PENAL COMO PRÁTICA RESTAURATIVA E MECANISMO DE DIVERSÃO PROCESSUAL (OU UM CAMINHO ALTERNATIVO À JUSTIÇA PENAL).....	75
3.1. A tentativa brasileira de criação de espaços de comunicação e reparação: os Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/95).....	84
3.2. A experiência portuguesa com a Mediação Penal de Adultos: a Lei nº 21, de 12 de junho de 2007.....	92
3.3. Rumos para uma experiência brasileira de Mediação Penal.....	106
CONCLUSÃO:OBSTÁCULOS E PERSPECTIVAS.....	118
BIBLIOGRAFIA.....	122
ENDEREÇOS ELETRÔNICOS CONSULTADOS.....	130

INTRODUÇÃO

Antes de tudo, parece bastante relevante, do ponto de vista da autora, tecer algumas notas em relação à escolha do tema deste trabalho.

Logo no início da licenciatura em Direito, realizada no Brasil, aquilo que era ensinado nas aulas de direito penal e processo penal sobre a defesa da liberdade gerava uma grande inquietação, pois parecia em completa dissonância com a realidade prisional que se assistia, da mesa do almoço, no jornal do meio-dia: corpos amontoados em pequenas celas imundas e abafadas, famílias em desespero sem poder contatar o familiar enclausurado, superlotação, fome, doença, rebelião, tortura, morte. A experiência obtida com o estágio no Ministério Público também não contribuiu para abrandar essa inquietação: acusações apressadas, pedidos de prisão sem fundamentos, condenações sem provas ou à revelia, recursos para agravar penas já altas. Liberdade era uma palavra ausente naquele contexto.

Apesar dos belos discursos sobre ser o direito penal a *ultima ratio*, subsidiário, sobre ser uma conquista civilizatória frente ao arbítrio do Estado, sobre a sua irrenunciável defesa da liberdade e dos direitos humanos, sobre as suas finalidades preventivas e ressocializadoras, todos os dias assiste-se às notícias do crescente número de presos no Brasil. Muitos presos provisórios, outros muitos já condenados, que ingressam no sistema prisional e lá permanecem por meses ou anos, esquecidos. Apesar disso, a violência urbana parece não abrandar. E enquanto isso, a sociedade exige mais prisão e penas cada vez mais altas.

Diante do flagrante descompasso entre a dogmática jurídica e a sua aplicação na vida real das pessoas, aquela inquietação transformou-se em alguns questionamentos que guiaram a pesquisa deste trabalho e são o fio condutor de todo o estudo.

O primeiro deles pode ser posto da seguinte forma: por que a justiça penal, apesar das tantas prisões, não consegue pacificar os conflitos e fazer cumprir as finalidades da pena, ou seja, não consegue prevenir a ocorrência de crimes e ressocializar o agente?

A fim de responder a este questionamento, buscou-se argumentos na criminologia e, em especial, no abolicionismo penal. O primeiro capítulo pretende, desse modo, à luz dos argumentos abolicionistas de Nils Christie, criticar e deslegitimar o funcionamento da justiça penal, que busca invariavelmente a aplicação de uma pena, enquanto castigo, como a única e imperativa forma de responder a um conflito criminal.

A intenção é desconstruir as finalidades da pena desenvolvidas ao longo da história da ciência criminal, revelando que, no fundo, a única intenção da punição prevista na lei é a de retribuir o mal do crime como forma de controle social, sem proporcionar qualquer tipo de bem e de pacificação para a vítima, para o ofensor e para a sociedade, devendo a justiça penal ser substituída por uma justiça melhor.

Assim, será possível observar que o objetivo do sistema penal é satisfazer a vontade de punir dos seus atores tradicionais e do seu público consumidor (que não é alvo do seu funcionamento), uma vez que: os únicos satisfeitos com as resoluções apresentadas pelo sistema punitivo são os próprios operadores da máquina judiciária; as pessoas efetivamente envolvidas nas situações conflituosas são desprezadas (vítima e ofensor), seus direitos fundamentais são violados e as suas expectativas frustradas.

Diante deste cenário, Nils Christie sugere a criação de uma justiça melhor, participativa, não punitiva e reparadora. Esta ideia reverberou mundo a fora e inspirou, em conjunto com outros autores abolicionistas e outras correntes criminológicas, o surgimento do pensamento restaurativo. Este pensamento nasce da intersecção de várias linhas de críticas da justiça penal e assenta na ideia de que justiça tradicional falhou. Funda-se nos procedimentos e nas práticas voluntárias, participativas, não punitivas e reparadoras, assim como tem uma grande preocupação com a integração social, por meio da criação de espaços de encontro e diálogo que permitam aos envolvidos no conflito o conhecimento mútuo e a construção de uma solução consensual e específica para cada caso.

A justiça restaurativa surge como uma nova incumbência do Estado de ofertar ao agente e à vítima do crime uma possibilidade de pacificação do conflito interpessoal, que prevê uma resposta não punitiva e curativa ao dano sofrido por cada um dos envolvidos no crime.

Assim, a partir da argumentação apresentada no primeiro capítulo, o segundo questionamento surge como reação imediata: em que pese a falência da justiça penal e a ilegitimidade das finalidades da pena, bem como o crescente apelo por formas não punitivas de resolução dos conflitos, por que o sistema penal continua a crescer e a encarcerar tantos indivíduos, especialmente no Brasil?

É claro que existem inúmeras respostas a este questionamento, de maior e menor complexidade, transversais a diversos campos do conhecimento humano. O segundo

capítulo, no entanto, pretende escancarar as finalidades ocultas da pena a partir de um recorte criminológico e filosófico.

Pode-se dizer que uma das respostas para a expansão do sistema penal passa pelo fortalecimento, nas últimas décadas, do aparato punitivo dos Estados como reflexo do surgimento de uma nova configuração de poder, amparada numa tecnologia de gestão dos corpos e das populações à margem da ordem social e econômica capitalista.

O crescimento global do punitivismo colocado em funcionamento por políticas criminais mais duras, como as políticas de tolerância zero e de guerra às drogas, amplamente assimiladas pelos países das Américas e postas em prática até hoje por muitos deles, como o Brasil, fez com que o sistema penal se convertesse numa instituição protagonista do capitalismo e das estratégias de governo, ajudando a construir e, ao fim, a completar um cenário político, social e econômico de violência de classe, cor e gênero.

Para compreender os motivos da expansão do sistema penal, é necessário entender quem são os destinatários do seu funcionamento, reconhecendo-se a diferença substancial entre os inúmeros atos desviantes criminalizados, a vulnerabilidade de determinadas pessoas e grupos sociais, as desigualdades sociais, a seletividade do sistema, a violência inerente às instâncias formais de controle que emerge da formação cultural dos operadores jurídicos e a ausência de pacificação dos conflitos. A violência do sistema penal não é conjuntural, mas estrutural.

A percepção dessas variáveis é o requisito primeiro para que possam ser oferecidas novas respostas para o exercício democrático e não violento do controle social.

Neste capítulo, utilizou-se o Brasil como referência dessa justiça seletiva e violenta que só cresce, apresentando-se dados relativos ao sistema prisional (número de presos, número de vagas e taxa de ocupação), ao perfil dos encarcerados e aos tipos de crime que mais prendem.

Por último, os derradeiros questionamentos podem ser colocados da seguinte forma: é possível dar uma resposta diferente ao crime? Não punitiva? Se sim, como?

O último capítulo resgata as noções de justiça restaurativa inseridas no primeiro capítulo e aborda uma de suas práticas mais difundidas, a mediação penal. No estudo que diz respeito a este trabalho, considerou-se somente a mediação penal de adultos que possui alguma conexão com o funcionamento da justiça penal e que, dessa forma, proporciona a diversão processual ou condiciona de algum modo a decisão do tribunal. O problema, claro,

é como propor um sistema de mediação penal orientado pelos princípios restaurativos e imune à colonização da lógica penal.

Para este fim, aborda-se as noções gerais da mediação, seus fundamentos, finalidades e exigências para que seja verdadeiramente uma prática restaurativa e não um outro instrumento na caixa de ferramentas da justiça penal. Aborda-se também a experiência portuguesa com a Lei nº 21, de 12 de junho de 2017, que inaugurou a Mediação Penal de Adultos, a qual deve ocorrer na fase pré-processual (do inquérito), o que significa dizer que se enquadra nos mecanismos de diversão processual.

Em relação ao Brasil, é tratada a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais e pretendeu construir espaços de encontro e diálogo entre a vítima e o ofensor (conciliação) e inserir mecanismos de consenso que evitariam a aplicação das penas de prisão, como a transão penal e a suspensão condicional do processo. Apesar de não ter sido fundamentada nas finalidades restaurativas, a lei parecia dar um passo importante rumo à diminuição da punição. Contudo, com o tempo, verificou-se que a lógica da justiça tradicional não foi alterada, mas antes transformou os juizados, numa escala reduzida, na própria justiça penal.

A partir dessas considerações e tomando como inspiração o modelo português, bem como as suas críticas, são traçados alguns rumos para a implementação da mediação penal no Brasil, levando-se em consideração também os programas restaurativos já existentes, carentes de uma regulamentação e aplicação nacional, e o Projeto de Lei nº 7.006/2006.

Este trabalho, por óbvio, não tem a intenção de ser definitivo ou de esgotar o tema, pretende tão somente contribuir para o aprofundamento da discussão acerca da criação de um outro modelo de solução dos conflitos penais, que também não é exclusivo. Tantos outros modelos restaurativos podem ser criados e coexistirem.

Portanto, a questão que se faz presente neste estudo é de como resistir à crise da justiça penal com alternativas viáveis e que não produzam a relegitimação da lógica punitiva e especialmente prisional. Os desafios no atual cenário de superencarceramento são os de como inovar no campo da resolução não punitiva dos conflitos criminais sem criar mecanismos de expansão do sistema penal (novas penas) e de como romper com a naturalização do binômio crime-castigo.

1 A JUSTIÇA PENAL EM XEQUE: O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE E O NASCIMENTO DE UM NOVO PARADIGMA DE JUSTIÇA

A partir da década de 1960, diversas partes do mundo e especialmente os Estados Unidos e a Europa experimentaram intensa inquietação social e efervescência cultural e política. Esta década foi marcada por grandes manifestações pelos direitos civis, pela luta da população negra, pelos movimentos feministas que buscavam a igualdade legal e social entre homens e mulheres, pelo despertar da consciência e dos movimentos estudantis, pela resistência à Guerra do Vietnã, por manifestações a favor do uso de drogas, pela cultura *hippie*, pelo rock psicodélico¹... Pelo nascimento de uma verdadeira contracultura, que ia desde as artes até as ciências.

Ao sul do Equador, no Brasil, como resposta ao golpe de Estado havido em 1964, o qual instaurou a ditadura militar no país, houve o fortalecimento dos movimentos estudantis e da União Nacional dos Estudantes (UNE), os quais se opunham frontalmente ao governo autoritário e repressivo estabelecido. Na cultura e nas artes, surge o cinema novo, com Nelson Pereira dos Santos e Glauber Rocha, e a tropicália, com Caetano Veloso, Gilberto Gil, Hélio Oiticica e tantos outros que fizeram de suas obras verdadeiros movimentos de resistência popular à ditadura e ao classismo.

Esse “fermento de ruptura”² chegou às ciências sociais e inaugurou a sociologia do conflito, que surgiu em oposição à teoria do consenso. Na criminologia, isso se deu com o surgimento da criminologia crítica³, que passou a questionar a própria origem do crime, os processos de criminalização dos sujeitos e as instâncias formais de controle, em direta oposição ao paradigma criminológico positivista existente até então, que buscava entender o criminoso e encontrar a cura para o crime dentro de seu corpo (endógena) ou de seus círculos sociais (exógena).

Esse novo paradigma criminológico passou a defender que os crimes não existem como realidades ontológicas, mas que são antes situações conflituosas selecionadas pelas

¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 237-238.

² *Ibidem*.

³ Não se desconhece que para muitos autores o termo “criminologia crítica” é associado somente à nova criminologia de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young ou então com um conjunto de teorias criminológicas posteriores (neste sentido, SHECAIRA, *Criminologia...*, p. 249 e ss). Contudo, cabe esclarecer que com esta denominação está a referir-se mais amplamente à criminologia de oposição e crítica ao positivismo criminológico, que pode ser identificada já com o *labeling approach* e com o interacionismo simbólico.

sociedades de acordo com o tempo e com o espaço⁴ e criminalizadas pela lei penal dos Estados como forma de controle social. Segundo a teoria do *labeling approach*, por exemplo, o único ponto comum entre os sujeitos etiquetados como delinquentes é a reação das instâncias formais de controle. Nesta perspectiva, não é a *deviance* que provoca o controle social, mas o controle social que provoca o aparecimento de condutas desviadas⁵. Já a criminologia radical ou marxista, que tem como referência as obras *The New Criminology: For a Social Theory of Deviance* e *Critical Criminology*, ambas de Ian Taylor, Paul Walton e Jock Young, aprofunda a crítica e defende que o sistema penal está intimamente ligado às estruturas sociais e de poder que permitem a perpetuação das desigualdades sociais. Para esta corrente, portanto, o encolhimento (e posterior desaparecimento) da justiça penal passa necessariamente pela superação do sistema capitalista.

“Nos modelos consensuais [criminologia positivista], o delito (a criminalidade) será percebido como um ato isolado de uma minoria disfuncional, explicado a partir de um processo causal (etiológico) que o vincula aos problemas de socialização (*broken homes theories*, p. ex.), às condições de vida em determinadas áreas (hipóteses ecológicas, p. ex.), aos elos que se estabelecem com outras pessoas ou grupos desviantes (teorias da associação diferencial e das subculturas criminais, p. ex.) ou às tensões, frustrações ou traumas que são gerados na estrutura social (hipóteses anômicas, p. ex.). Em sentido oposto, os teóricos do conflito [criminologia crítica] destacarão os processos de criminalização, ou seja, enfatizarão as relações de poder que permitem que determinadas condutas sejam consideradas delito, as questões relativas ao controle social que facilitam que determinadas classes sejam imunizadas da incidência repressiva das agências punitivas e as condições sócio-políticas e

⁴ Sobre a seletividade da lei penal, esclarece Cláudia Santos: “(...) se algumas condutas foram qualificadas como crimes em outro tempo e deixaram de o ser neste tempo e se outras condutas são tratadas como criminais em determinados lugares mas não já em outros, crime não é aquilo que o tem de ser por força da sua própria natureza, mas antes aquilo que algumas pessoas escolhem que seja” (SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 61).

⁵ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 64. Os estudos base para o entendimento desta teoria são o de Edwin Lemert em *Human deviance, social problems and social control* (New Jersey: Prentice-Hall, 1967), Howard S. Becker em *Outsiders: studies in the sociology of deviance* (New York: The Free Press, 1991 – 1ª edição de 1963), Harold Garfinkel em *Conditions of successful degradation ceremonies* (American Journal of Sociology, nº 65, 5, 1956), Erving Goffman em *Estigma* (São Paulo: LT, 1988 – 1ª edição de 1963), entre outros.

econômicas que tornam certas pessoas ou grupos sociais vulneráveis à violência do sistema penal”⁶.

Diante da pluralidade de leituras sobre a questão penal, que naturalmente levam a diferentes propostas, essa nova criminologia passou a ser conhecida como um conjunto de várias posições distintas, desde o interacionismo até o materialismo, que se assemelhavam mais naquilo que criticavam do que naquilo que propunham⁷.

O abolicionismo penal surgiu nos anos 1980 como produto desse novo cenário criminológico e por isso possui muitos pontos de contato com a criminologia crítica. Trata-se de uma teoria que nasceu com o objetivo de criar argumentos capazes de deslegitimar de forma radical o sistema penal e a sua lógica punitiva, pondo fim à justiça penal. Os abolicionistas criticam a punição como única e imperativa resposta ao agente que pratica um crime, bem como a centralidade da lei penal como meio de controle social. Referem também que o funcionamento do sistema penal só agrega mal ao mal do crime, sem proporcionar qualquer tipo de bem e pacificação para a vítima, para a sociedade ou para o ofensor, devendo ser substituído por uma justiça melhor. Segundo Sebastian Scheerer, “*the abolitionist perspective is an essentially negative one*”⁸, uma perspectiva absolutamente cética em relação ao sistema penal e às suas promessas.

Assim como as correntes da criminologia crítica, as teorias abolicionistas também são plurais e variam de acordo com a realidade social e jurídica do local em que foram desenvolvidas. Apesar de não haver um consenso ao redor de uma classificação, pode-se dizer que existem abolicionismos mais e menos radicais, que em certa altura não rejeitam toda a resposta punitiva do Estado (mas rejeitam sempre a pena de prisão). Deve-se evitar, contudo, a confusão entre o abolicionismo enquanto tal, que rejeita a resposta penal, com outras formas de compreensão, que admitem a sua existência, mas pretendem tornar mínimo o seu âmbito⁹, a exemplo do minimalismo penal. Para Eugenio Raúl Zaffaroni as variantes

⁶ CARVALHO, Salo de. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, v. 3, n. 3, 2013, p. 154-155. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/issue/view/2184>>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

⁷ ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 657.

⁸ SCHEERER, Sebastian. Towards abolitionism. *Contemporary Crisis*, v. 10, n. 1, 1986. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00728493?LI=true#citeas>>. Acesso em: 10.02.2019.

⁹ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 71.

do abolicionismo penal podem ser referidas como: marxista, de Thomas Mathiesen, fenomenológica-historicista, de Nils Christie, e fenomenológica, de Louk Hulsman¹⁰.

Não se propõe aqui uma análise das propostas de todos os autores citados. Como critério para delimitação do estudo, optou-se por trabalhar com aquela que possui maior influência sobre o tema central do presente estudo, qual seja, a de Nils Christie, o que não impede a inserção de comentários às obras dos demais autores.

1.1 O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE: O “ROUBO DO CONFLITO”

O criminólogo norueguês Nils Christie, professor do Departamento de Criminologia e Sociologia do Direito da Universidade de Oslo, dedicou a vida a escrever sobre a necessidade de extinguir-se a justiça penal como forma inafastável de reação aos comportamentos rotulados como criminosos. Irresignado com o funcionamento do sistema penal tradicional e com as suas deletérias consequências individuais e sociais, critica de forma contundente as finalidades da pena e o seu modo de execução, ao que dá o nome de “imposição intencional de dor”¹¹, bem como a publicização e institucionalização do conflito e a sua profissionalização.

Como um autêntico abolicionista, Christie compartilha com a criminologia crítica o entendimento de que o crime não existe como uma realidade em si, mas antes que existem situações conflituosas que são selecionadas pela lei penal de cada Estado e transformadas em crimes passíveis de punição.

A partir dessa seleção legal, os conflitos que esbarram na lei e adentram o sistema de justiça penal passam a ser necessariamente solucionados pelas instâncias formais de controle (órgãos de polícia, órgão acusador, tribunal e cárcere) e pelos profissionais do conflito (advogados e profissionais comportamentais), o que leva, inevitavelmente, à

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 98. Zaffaroni inclui também Michel Foucault, na variante que chamou de estrutural-historicista, mas apesar da reflexão do filósofo francês ser incontornável à compreensão do sistema penal, o próprio autor posteriormente afirma que Foucault não pode ser considerado um abolicionista no sentido dos demais autores.

¹¹ CHRISTIE, Nils. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007, p. 5-6. “Punishment is an evil intended to be so. It has to do with suffering. (...) Someone is to suffer a pain that is intended” (CHRISTIE, Nils. *Images of man in modern penal law. Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 95-106, 1986, p. 95).

imposição de uma punição ao ofensor por parte do Estado. A obrigatoriedade de resolução do conflito pela justiça penal retira das partes diretamente envolvidas a possibilidade de criação e/ou utilização de formas alternativas de solução, as quais poderiam resultar em desfechos diversos da punição e mais benéficos à vítima, ao ofensor e à sociedade.

Essa ideia de intervenção compulsória da justiça é transposta aos ordenamentos jurídicos atuais, dentre eles o brasileiro e o português, por meio do princípio da oficialidade do processo penal¹². Em resumo, este princípio concretiza a publicização dos conflitos penais (que passam a ser assuntos da comunidade jurídica) e determina que cabe ao Estado – e não ao particular, de forma geral – a tarefa de perseguir e punir o agente que pratica crimes de forma completamente independente da vontade da vítima ou de qualquer outra pessoa¹³. Desse modo, o Estado passa a ter o direito e a obrigação de perseguir o agente criminoso e realiza a sua pretensão penal sem considerar as vontades individuais¹⁴.

Para Christie, esta usurpação dos papéis da vítima e do ofensor funciona como um “roubo do conflito”, ideia desenvolvida em seu artigo *Conflicts as Property*, publicado na Revista Britânica de Criminologia em 1977.

Não obstante a criação de alguns mecanismos limitadores da oficialidade do processo penal – como os crimes semipúblicos, processados mediante apresentação de queixa da vítima (no Brasil, mediante representação), e os crimes particulares, processados somente com a apresentação de acusação particular (equivalente à queixa-crime na legislação brasileira) –, é fácil perceber em qualquer dos casos – e de forma muito mais acentuada nos crimes públicos, processáveis independentemente da vontade do ofendido – que o Estado avoca a posição da vítima na resolução do conflito penal em nome da defesa da norma e dos bens jurídicos.

Nesta altura, a vítima, que esteve diretamente envolvida na situação conflituosa e teve o seu direito violado, é desapossada do conflito e deixa de ter qualquer papel na sua resolução. A prescindibilidade da sua vontade tem início com a irrelevância da concordância em ver o conflito processado pela justiça penal e se estende por todo o julgamento, o qual

¹² O princípio da oficialidade está consagrado no ordenamento jurídico português no art. 219º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa, o qual delega ao Ministério Público – entidade estatal – a competência para exercer a ação penal. No direito brasileiro, está previsto no art. 129, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, o qual estabelece que é função institucional do Ministério Público a promoção, de forma privativa, da ação penal pública.

¹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 116.

¹⁴ SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal: noções gerais, elementos do processo penal*. 6. ed. vol. 1. Lisboa: Verbo, 2010, p. 86.

lhe reserva o papel de mera participante processual (muitas vezes só de testemunha), ou, no máximo, de assistente do Ministério Público, quando se constitui como tal (por meio de advogado).

Assim, a obrigatoriedade de resolução dos conflitos penais pela via burocrática e punitiva leva à apreciação da justiça situações de gravidade e significado social muito diversos, muitos dos quais sequer careciam de um desfecho tão mau. “Com a expressão [roubo do conflito], pretendem alguns criminólogos traduzir o esvaziamento do estatuto criminal da vítima, num sistema penal que veio a estruturar-se em termos diádicos delinquente-estado, pela via da hipostasiação dos interesses do Estado e sua progressiva sub-rogação na posição originária da vítima”¹⁵. O Estado, portanto, ignora completamente a existência do conflito interpessoal e se ocupa tão somente da proteção e da restauração da norma jurídica por meio de um processo engessado, formatado e burocrático seguido da aplicação autoritária de uma pena, transformando o conflito inicialmente particular em um conflito exclusivamente de natureza pública.

Boaventura de Sousa Santos, ao tratar da cultura jurídica dominante entre os juízes, investidos do poder público de punir, percebe que há uma cultura normativista baseada em três ideias: na autonomia do direito, “baseada na ideia de que o direito é um fenómeno totalmente diferente de tudo o resto que ocorre a sociedade e é autônomo em relação a esta sociedade; [numa] concepção restritiva do que é esse direito ou do que são os autos aos quais o direito se aplica; e [numa] concepção burocrática ou administrativista dos processos”¹⁶. A formação técnico-burocrática destes operadores impede a diversificação das formas de solução dos conflitos e apela sempre aos procedimentos burocraticamente formatados, institucionais, que requerem menos esforço, e que, por consequência, ignoram a realidade pessoal e social dos envolvidos. Em verdade, segundo Tocqueville, no fundo da alma dos operadores das leis pode ser encontrada, oculta, uma parte dos gostos e dos hábitos da aristocracia. “Eles têm como que uma inclinação instintiva para a ordem, um amor natural

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *O novo código de processo penal: Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 331.

¹⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008, p. 68.

às formas; como a aristocracia, eles têm grande desdém pela ação da multidão e desprezam secretamente o governo do povo”¹⁷.

Assim, na prática criminal, a vítima é uma dupla perdedora: “*first, vis-a-vis the offender, but secondly and often in a more crippling manner by being denied rights to full participation in what might have been one of the more important ritual encounters in life. The victim has lost the case to the state*”¹⁸.

Outra forma de “roubo do conflito” apontada por Christie é a praticada pelos profissionais jurídicos, notadamente os advogados, os quais são formados e treinados para prevenir e solucionar conflitos de forma autônoma. São eles que trabalham com a seleção dos argumentos que podem ser ou não relevantes para o julgamento de cada caso, retirando das partes (não só da vítima, como também do ofensor¹⁹) a autonomia de expor suas próprias considerações. A representação em juízo provoca o afastamento dos envolvidos e a inexistência de um espaço de encontro que poderia facilitar o diálogo e a pacificação (inter)pessoal.

A apropriação dos conflitos penais pelos atores tradicionais (autoridades judiciárias e advogados) é verificável, inclusive, pela própria estrutura física dos tribunais, os quais ocupam prédios complexos, com inúmeros corredores e salas, e que estão normalmente localizados no centro administrativo das cidades, afastados da vida das pessoas comuns. As salas de audiência e julgamento também são locais impessoais, especialmente quando se nota a função e a própria localização periférica das partes. Segundo Santos, as partes “ficam totalmente desalentadas sempre que entram no sistema judicial, sempre que contactam com as autoridades, que as esmagam pela sua linguagem esotérica, pela sua presença arrogante, pela sua maneira cerimonial de vestir, pelos seus edifícios esmagadores, pelas suas labirínticas secretarias etc.”²⁰. Em suma, a justiça penal transforma os conflitos criminais em eventos desinteressantes e inacessíveis para aqueles que deveriam ser os mais interessados²¹.

¹⁷ TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 310.

¹⁸ CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, vol. 17, Issue 1, 1 January 1977, p. 1-15. Disponível em: <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018, p. 3.

¹⁹ A fala do acusado em seu interrogatório judicial dificilmente é espontânea; normalmente segue a linha defensiva previamente construída pelo advogado.

²⁰ SANTOS, *Para uma revolução democrática...*, p. 31-32.

²¹ “[...] *criminal conflicts have either become other people’s property – primarily the property of lawyers – or it has been in other people’s interests to define conflicts away*” (CHRISTIE, *Conflicts as...*, p. 5).

Para além do “roubo” institucional, Christie destaca também a existência de alguns fatores que atuam nas estruturas sociais e concorrem para que o conflito seja usurpado das partes, os chamados *structural thieves*²². Esta ideia parte da observação de que nas sociedades altamente industrializadas existem as segmentações espacial e das “castas”.

A primeira diz respeito ao fato de que diariamente os indivíduos migram entre diferentes grupos sociais, que normalmente não possuem nada em comum além do indivíduo migrante, e, em razão disso, passam a ser conhecidos por meio dos papéis que desenvolvem dentro desses grupos (o *role-play*) – no trabalho, na universidade, no clube – e não como seres completos. Nesta perspectiva, torna-se extremamente difícil compreender o comportamento do outro quando somente uma parte sua é conhecida. Esses *role-players* são muito mais facilmente substituídos nas vidas alheias do que seriam se conhecidos como indivíduos completos²³. A segunda segmentação diz respeito à divisão da sociedade em “castas”, e não em classes, pois Christie não se limita ao elemento socioeconômico; deve-se considerar também a segregação social baseada no sexo, na cor, nas deficiências físicas e na idade. As castas podem ser atravessadas por mais de um desses elementos e dificilmente interagem entre si.

Como consequência disso há a despersonalização dos indivíduos. As pessoas passam a saber cada vez menos sobre as outras e quando o conflito surge há menos cooperação. Assim como o Estado e os demais profissionais estão dispostos a roubar o conflito, os indivíduos desejam que o conflito seja levado para longe deles. Nas palavras de Christie: “*the various forms of segmentation mean that human beings are inter-related in ways where they simply mean less to each other. When they are hurt, they are only hurt partially. And if they are troubled, they can easily move away. And after all, who cares? Nobody knows me*”²⁴.

Christie discorda de Durkheim no ponto em que este último afirma que a expansão e a modernização das sociedades fazem-nas progredir, momento em que há a passagem da solidariedade mecânica para a solidariedade orgânica e, assim, há mais dependência entre os sujeitos. Zaffaroni, ao comentar o pensamento Christie, esclarece que “o melhor exemplo de solidariedade orgânica é proporcionado pelas sociedades limitadas, cujos membros não podem ser substituídos. Ao contrário, nos grandes grupos as condições de solidariedade são

²² CHRISTIE, *Conflicts...*, p. 3.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 6

limitadas e os papéis obrigatórios podem ser substituídos com facilidade, através do mercado de trabalho, de forma a tornar os excluídos deste mercado candidatos ideais para o sistema punitivo”²⁵.

Diante deste cenário de escassez – tanto de participação dos envolvidos na resolução de seus conflitos quanto de interação entre os grupos sociais – três grandes perdas podem ser verificadas: 1. da sociedade em geral, pois se perde a oportunidade de cunho pedagógico, de clarificação e de reafirmação da norma jurídica ao ofensor por meio do diálogo, e não da imposição de um processo, que na maior parte das vezes é completamente ininteligível para as partes, e de uma punição, que não tem qualquer efeito além da estigmatização e da marginalização; 2. da vítima, que é deixada de fora da solução dada a um capítulo de sua vida, enfurecida, humilhada e sem nenhum contato humano com o ofensor; 3. do próprio ofensor, visto que se tivesse a oportunidade de participar com a vítima na construção de uma forma de diminuir ou desfazer o mal provocado (interiorizando e compreendendo o sofrimento causado a ela, de forma a dificultar a sua neutralização²⁶), ao invés de participar na determinação de sua própria culpa, os conflitos poderiam ser verdadeiramente pacificados²⁷.

Pretende o abolicionismo penal, neste sentido, fazer entender que “a solução punitiva (eliminatória ou retributiva) é somente uma alternativa que exclui a possibilidade de outras formas de resolver os conflitos (reparatória, terapêutica e conciliatória)”²⁸ e que, em verdade, não os resolve, pois se limita a impor verticalmente uma ordem (que emana do Estado e se aplica ao indivíduo).

É exatamente este o ponto de mudança para Christie, uma vez que o foco da justiça que lida com conflitos penais deve ser a reparação do dano à vítima e a recuperação do ofensor, não a determinação de quanta dor deverá este último sofrer pela conduta praticada²⁹.

²⁵ ZAFFARONI, *Penas perdidas...*, p. 101.

²⁶ Este ponto é muito importante, pois, na abordagem da justiça penal, é comum que o ofensor neutralize a sua culpa pela prática criminosa, transformando ele próprio na vítima do Estado opressor e punitivo, o que impede a interiorização e o entendimento do mal provocado. O sentimento de injustiça que o ofensor experimenta ao ser submetido ao sistema criminal “é uma das causas que mais podem tornar indomável seu caráter. Quando se vê assim exposto a sofrimentos que a lei não ordenou nem mesmo previu, ele entra num estado habitual de cólera contra tudo o que o cerca; só vê carrascos em todos os agentes da autoridade: não pensa mais ter sido culpado; acusa a própria justiça” (FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987, p. 222).

²⁷ CHRISTIE, *Conflicts as...*, p. 8.

²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 60.

²⁹ CHRISTIE, *Conflicts as...*, p. 9.

Deve-se resgatar e iluminar o conflito interpessoal, buscando as considerações e o diálogo dos envolvidos e, assim, a sua pacificação – que também será uma pacificação social.

Nesse sentido, o criminólogo Louk Hulsman muito bem destaca que “quando o sistema penal se apropria de um ‘assunto’, ele o congela, de modo que jamais seja interpretado de forma diferente da que foi no início. O sistema penal ignora totalmente o caráter evolutivo das experiências interiores”³⁰. É por isso que “(...) sem a participação das pessoas diretamente envolvidas nestas situações, é impossível resolvê-las de uma forma humana”³¹.

1.2 O ABOLICIONISMO PENAL DE NILS CHRISTIE: “LIMITES À DOR” E A DESLEGITIMAÇÃO DAS FINALIDADES DA PENA

Na esteira dessas críticas, já em 1981, Christie publica o livro *Limits to Pain: the role of punishment in penal policy*, uma de suas mais importantes obras e que dá corpo ao seu pensamento abolicionista. Logo no prefácio do livro o autor deixa claro que a sua intenção é a de desconstruir as finalidades da pena desenvolvidas ao longo da história da ciência criminal – revelando que, no fundo, a única intenção da punição prevista na lei é a de retribuir o mal do crime como forma de controle social – e a de encontrar formas alternativas à punição e não formas alternativas de punição^{32,33}.

Segundo o autor, as teorias da pena só existem para tentar ocultar a dor intencionalmente desejada pela punição e conciliá-la com valores caros às sociedades em geral, como a bondade e o perdão. Contudo, pelo que demonstra a experiência humana, nenhuma das opções ditas científicas de tentar legitimar o sofrimento parecem satisfatórias.

³⁰ HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993, p. 83

³¹ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, p. 101.

³² “One of the rules would then be: *If in doubt, do not pain. Another rule would be: Inflict as little pain as possible. Look for alternatives to punishments, not only alternative punishments. It is often not necessary to react; the offender as well as the surroundings know it was wrong*” (CHRISTIE, *Limits...*, p. 11).

³³ Não se pode desconsiderar o mal carregado pelas penas em geral, mesmo que não seja de prisão. “O caráter da pena vem do sofrimento que esta implica e hoje, como é geralmente aceite, o sofrimento não está ligado só à pessoa em sentido físico (o que estava implícito na pena privativa de liberdade), mas à pessoa mais os seus direitos, o que significou a criação de novas penas, de que a pena pecuniária é o exemplo paradigmático. O que tudo nos leva a defender que não é por ter mudado a face da pena que ela é menos pena ou pode suportar menos garantias na sua aplicação” (RODRIGUES, Anabela. *Globalização, democracia e crime*. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. Coord. José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 277-310).

É como se as sociedades, na luta de encontrar uma teoria e uma prática penal que as tranquilizem com a causação intencional de dor a determinados indivíduos, oscilassem entre tentativas de resolver um dilema insolúvel.

Assim, como ponto de partida à desconstrução das finalidades da pena, Nils Christie discorre sobre a linguagem associada ao sistema de controle criminal, a primeira e mais visível forma de ocultação da dor. Os vocábulos e os significados a eles atribuídos são os meios perfeitos para dissimular a verdadeira natureza da atividade, por isso eufemismos são tão utilizados como forma de disfarçar a dor inerente à punição. O autor destaca o fato de que a menção à dor da punição desapareceu dos livros, dos textos legais, dos tribunais e até mesmo da academia. Já as penas, o tempo e as formas de cumprimento estão normalmente descritas; como doem e como são sentidas por aqueles que as recebem, não.

A dissimulação da linguagem é utilizada para diminuir o envolvimento entre o aplicador (agente do sistema penal) e o receptor da dor (agente criminoso). Exemplos como as trocas das palavras *prisoner* por *inmate*, de *cell* para *room*, de *isolation* para *single-room-treatment*³⁴ são perfeitos para demonstrar como o sistema é construído para camuflar o sofrimento. A finalidade é transformar o trabalho dos agentes da justiça penal em rotineiro, repetitivo e segmentado para que a dor seja aplicada de forma eficiente e asséptica. O importante é que não haja reconhecimento do sofrimento alheio ou qualquer envolvimento pessoal e emocional. Numa visão kafkiana, cada operador exerce isoladamente e de forma alienada o seu papel dentro do processo, desconhecendo completamente o resultado que dali advir. Hulsman afirma que “é como se estivéssemos numa linha de montagem, onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta o seu parafuso e, no final da linha de montagem, sai o produto final do sistema – em cada quatro pessoas, *um prisioneiro*” (grifo original do autor)³⁵.

A partir dessa reflexão, Christie cria a ideia de *pain delivery*³⁶: a dor é entregue nos moldes da entrega de um produto ou de um serviço. Para a perspectiva daqueles que “entregam a dor” não há drama, tragédia ou sofrimento intenso, isso tudo é reservado para aqueles que a recebem.

Nesta esteira, as finalidades da pena criadas pelas ciências criminais são não só dissimulações linguísticas, mas também dissimulações científicas, uma vez que são criadas,

³⁴ CHRISTIE, *Limits...*, p. 13.

³⁵ HULSMAN; CELIS, *Penas perdidas...*, p. 61.

³⁶ CHRISTIE, *Limits...*, p. 19.

ensinadas e aplicadas como se houvesse algum respaldo científico para além da expiação do mal.

Christie vinca esta ideia de forma bastante esclarecedora quando trata da finalidade preventiva especial associada ao tratamento. Esta forma de controle criminal surgiu nos países escandinavos com o propósito de curar a população marginal dependente de álcool, que “poluía” as ruas das cidades, por meio da implantação de unidades de segregação e tratamento para aqueles que fossem presos diversas vezes por embriaguez. A segregação poderia ser de no máximo 4 anos; aos reincidentes eram dados mais 4 anos sucessivos até obter-se a cura.

Mas, no fundo, segundo o autor, o objetivo verdadeiro era o de limpar as ruas, retirando esses indivíduos da vista da sociedade. Como o encarceramento poderia ser encarado como uma forma muito desproporcional de reação a esse fato, o tratamento apareceu como a justificação necessária e moralmente suficiente, pois buscava a recuperação dos agentes. *“Treatment might also hurt. But so many a cure hurts. And this pain is not intended as pain. It is intended as a cure. Pain becomes thus unavoidable, but ethically acceptable”*³⁷.

Com o passar do tempo, o tratamento foi expandido para outros grupos na medida em que o sistema se deparou com os indivíduos “não tratáveis” e com aqueles considerados criminosos perigosos. Assim, a segregação passou a ser longa e indeterminada. A criminologia positivista, desenvolvida por Lombroso, Ferri, entre outros, corroborou para que o tratamento se espalhasse por diversos países e fosse a mais eficiente forma de controle criminal, afinal, o mal do crime estava dentro do corpo do delinquente³⁸.

No entanto, após a expansão deste modelo, a sua sucessiva diminuição foi observada nos países do norte da Europa a partir da década de 1970 pelos seguintes motivos: 1. revelou-se que as unidades de tratamento não eram tão semelhantes aos hospitais, mas mais às prisões comuns. As instalações, os agentes e os clientes eram iguais aos das prisões, com a agravante de que o tratamento por tempo indeterminado era muito mais cruel do que o cárcere; 2. constatou-se que o sistema de tratamento na realidade não tratava ninguém, pois não foi observada diminuição substancial da reincidência. Com exceção da pena de morte, da prisão perpétua e da castração, nenhuma outra cura foi provada eficiente para

³⁷ CHRISTIE, *Limits...*, p. 21.

³⁸ *Ibidem*, p. 23.

diminuir a recidiva ao crime; 3. o conceito de criminoso perigoso foi extirpado em razão da sua vaga utilização, baixa habilidade de previsão dos possíveis casos e a usual ineficácia do tratamento; 4. o surgimento do conceito do Estado de Bem-Estar Social e com ele a ideia de que a pobreza e a miséria deveriam ser tratadas com políticas públicas assistenciais e não com a segregação³⁹.

Para além disso, a criminologia também auxiliou na derrocada do tratamento ao deslocar a causa do crime para o exterior do indivíduo: a criminalidade não mais estava no interior do agente. Somados os motivos apresentados, a finalidade preventivo-especial orientada para o tratamento do agente caminhou para a extinção nos países que a adotaram.

Assim, com a eliminação dessa finalidade, o sistema de controle criminal precisou de uma nova forma de justificar a infligência de dor, dando origem à prevenção geral. Para essa teoria, a finalidade da pena é fazer com que a totalidade dos indivíduos do corpo social não pratique ou pratique menos crimes. É uma finalidade que mira o futuro, que pretende prevenir a ocorrência de crimes vindouros.

Quem primeiro escreveu sobre o tema foi o jurista alemão Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, um dos fundadores do direito penal moderno, que o apresentou por meio da ideia negativa de coação psicológica da pena: “*el concepto de la intimidación de otros que corren el peligro de cometer delitos semejantes*”⁴⁰. Para Feuerbach “a finalidade precípua da pena residiria em criar no espírito dos potenciais criminosos um contra-motivo suficientemente forte para os afastar da prática do crime”⁴¹.

Posteriormente, a prevenção geral ganhou novas vestes por meio da introdução de aspectos positivos, os quais residem na possibilidade de “*demonstrar la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica y así reforzar la confianza jurídica del pueblo*”⁴². Nesta nova roupagem, a prevenção geral possui quatro objetivos que se imbricam: “*El efecto de aprendizaje, motivado sociopedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de confianza que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente, el efecto de pacificación, que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza,*

³⁹ CHRISTIE, *Limits...*, p. 24-26.

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*, tomo I: fundamentos, la estructura de la teoría del delito. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña [et al]. Madrid: Civitas, 1997, p. 91.

⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral*, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 51.

⁴² ROXIN, *op. cit.*, p. 91.

en virtud de la sanción, sobre el quebrantamiento de la ley y considera solucionado el conflicto con el autor”⁴³.

Para Jorge de Figueiredo Dias, a prevenção geral é destinada “a actuar (psiquicamente) sobre a generalidade dos membros da comunidade, afastando-os da prática de crimes através da ameaça penal estatuída pela lei, da realidade da sua aplicação e da efectividade da sua execução”⁴⁴.

Assim, a referida teoria da pena busca, por meio de um suposto efeito pedagógico originado da existência de uma norma proibitiva e da aplicação e execução de uma punição, a mudança do comportamento alheio para o não cometimento de crimes (além da reafirmação das normas jurídicas e do restabelecimento da confiança no direito)⁴⁵.

Contudo, segundo Christie, a prevenção geral é muito difícil de ser validada por estas justificativas porque quase tudo que é concebido como forma de controle social formal pode ser classificado como estímulo para a dissuasão dos indivíduos à prática de crimes, desde a atividade policial até, por exemplo, a provocação da morte do agente criminoso. Não existem provas de que a punição de alguém, única e exclusivamente, leve à mudança do comportamento de outras pessoas, exatamente porque crimes são ou não são cometidos por incontáveis motivos, não porque alguém foi sentenciado a uma pena de prisão. Além disso, os efeitos da prevenção geral são difíceis de serem medidos, pois o alvo é a sociedade em geral ou pelo menos parte dela⁴⁶.

Apesar da frouxidão e da vastezza das definições, dos estímulos e dos alvos, o que levaria à derrocada de qualquer teoria científica, tornou-se quase impossível, no inconsciente coletivo, desaprovar a prevenção geral justamente em razão das suas falhas. Não há comprovação de seu poder de dissuasão, mas também não há como fazer prova em sentido contrário. Criou-se e difundiu-se, assim, a ideia de que a criminalidade pode ser menor se os métodos de punição forem recrudescidos, o que aumentaria o poder de dissuasão. Caso

⁴³ ROXIN, *op. cit.*, p. 91-92.

⁴⁴ DIAS, *Direito penal: parte geral...*, p. 48.

⁴⁵ Segundo Christie, o tratamento e a prevenção geral são normalmente apresentadas pela literatura jurídica como radicalmente diversas. Mas, ao final, as duas são muito semelhantes, pois possuem um propósito manipulativo: o tratamento buscava a mudança do criminoso, a cura para o seu mau comportamento; a prevenção geral busca a mudança do comportamento alheio, da sociedade, para o não cometimento de crimes. As duas, portanto, pretendem impor sofrimento com o propósito de mudar um tipo de comportamento (CHRISTIE, *Limits...*, p. 28). “São, ainda segundo o autor, estas semelhanças que justificam a facilidade com que cada uma delas pode ser trocada pela outra, sucedendo-se no tempo ainda que com distintas roupagens como forma de reacção às críticas de ineficácia formuladas à concepção rival” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 327-328).

⁴⁶ CHRISTIE, *Limits...*, p. 29.

queira, pode-se dizer que a prevenção geral tem um grande apelo simbólico no imaginário social. Não existe para ser efetiva, mas para criar símbolos, para produzir efeitos de legitimação do direito penal⁴⁷.

Além de não haver correspondência entre estas duas grandezas (recrudescimento da punição e diminuição da criminalidade), a pena só exercerá seu poder de ameaça de perda de algo sobre aqueles que ainda têm alguma coisa a perder. “Tome-se o exemplo da pena de prisão: a possibilidade de perda da liberdade será porventura vista como uma desvantagem menor por aqueles para quem a vida em liberdade já é de certa forma um fardo, ou um espaço e um tempo nos quais se está aprisionado pela ausência de escolhas. O mal da pena não será, nessa medida, uma realidade inelástica que se possa fazer corresponder a um determinado grau de desvalor, sempre com a mesma probabilidade de dissuasão (ou de prevenção)”⁴⁸.

Segundo Howard Zehr, entre pessoas de classes mais favorecidas há a crença de que “cada um é senhor do seu próprio destino. Apesar de poderem existir obstáculos e de a sorte ou a providência desempenharem os seus papéis, acreditamos que de facto temos algum poder real para determinarmos o nosso destino”. Já na opinião das pessoas mais pobres, “aquilo que lhes acontece deve-se mais ao acaso do que a algo que tenham feito”, assim, a punição ou não de pessoas tem mais relação com o acaso do que com o binômio crime-castigo. “(...) todos os dias esses jovens veem inocentes serem presos. Todos os dias veem pessoas que eram culpadas serem libertadas. Na sua opinião, há pouca relação entre o crime e a punição. Pelo contrário, olham para a punição como para a chuva. Há dias em chove, há dias em que não”⁴⁹.

⁴⁷ Para Juarez Cirino dos Santos, a legitimação do direito penal é simbólica, mas também instrumental. “É simbólica porque problemas sociais recebem soluções penais, com satisfação meramente retórica à opinião pública; é instrumental porque revigora o direito penal como programa desigual de controle social seletivo, dirigido contra favelas e bairros pobres das periferias urbanas, especialmente contra a força de trabalho marginalizada do mercado, sem função na reprodução do capital e já punida pelas condições de vida. Aliás, o discurso eficientista da prevenção geral positiva – também conhecido como integração/prevenção – está na origem da redução das garantias constitucionais de liberdade, igualdade, presunção de inocência e outras do processo penal – cuja supressão ameaça converter o Estado Democrático de Direito em estado policial. Enfim, o discurso da prevenção geral positiva escamoteia a relação da criminalidade com estruturas de desigualdade das sociedades modernas, instituídas pelo direito e garantidas pelo poder do Estado” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Novas Hipóteses de Criminalização. Instituto de Criminologia e Política Criminal*, 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2019).

⁴⁸ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 347.

⁴⁹ ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, p. 53 apud SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 347.

Para Christie, a punição do ofensor não é elemento de desencorajamento à prática de crimes porque, primeiro, a punição não é imediata – a conduta deve ser antes processada para somente ao fim ser aplicada uma punição, o que pode levar anos; segundo, a punição não é aplicada por alguém próximo ao ofensor, o que poderia ser mais eficiente na interiorização da culpa e na mudança da conduta alheia; e terceiro, porque não se trata de uma situação de tudo ou nada, a punição existirá de qualquer forma e em qualquer caso, trata-se somente de um aumento ou diminuição da dor, ou seja, do tipo de pena ou da quantidade de tempo de acordo com o crime⁵⁰.

Na prática, a prevenção geral é utilizada como um argumento retórico, pois não existem indícios de que a punição exerça alguma força preventiva sobre os outros; é uma teoria científica sem validação científica. Pior que isso, a sua ineficiência é atestada a cada novo crime praticado por mais severas que sejam as penas aplicadas a certos delitos⁵¹. A verdade é que os agentes da justiça penal acreditam que os agentes criminosos devem sofrer por meio da retribuição do mal provocado, mas para que isso não se torne um embate moral e completamente irrazoável – pois o direito penal, até onde se tem notícia, não se presta a proteger normas morais – falseia-se uma finalidade, como se a ideia de prevenção geral tivesse algum impacto no controle ou na queda da criminalidade.

Se a punição tivesse verdadeiramente uma finalidade dissuasiva, o sistema penal deveria se esforçar menos para controlar e punir os crimes considerados graves do que os de baixa ou média gravidade. Por exemplo, em relação ao homicídio, a generalidade dos indivíduos sabe o quão grave é matar outrem, por isso a justiça penal não precisaria se esforçar tanto, aplicando punições tão severas, para obter a conformidade da sociedade, pois, em geral, os indivíduos já são desencorajados a não matar por inúmeros outros motivos (de ordem moral, religiosa, econômica, etc.). Ao invés disso, o sistema deveria se esforçar mais para obter a conformidade social das normas mais fracas, punindo mais severamente, por exemplo, o indivíduo que infringe a lei que determina a utilização do cinto de segurança nos veículos⁵². Isto não ocorre porque o propósito contido na punição severa do homicida não é

⁵⁰ CHRISTIE, *Limits...*, p. 30-31.

⁵¹ Não se pode negar, contudo, que a prevenção geral funciona com exemplos extremos, de tudo ou nada. É provável que a existência de normas proibitivas e que pressupõem algum tipo de resposta do Estado desestimule as práticas ali previstas.

⁵² CHRISTIE, *Limits...*, p. 34.

o de prevenir a provocação de mortes futuras, mas sim o de declarar e retribuir o mal da sua conduta.

Numa perspectiva filosófica, pode-se dizer que a prevenção geral é o avesso da dignidade humana. Segundo Kant, o homem existe como um fim em si mesmo e não como meio para o uso arbitrário de diferentes vontades⁵³. Para a referida teoria, o criminoso é justamente o instrumento utilizado pelo Estado para o controle da criminalidade, “com uma punição determinada por juízos exteriores à pessoa e à sua liberdade e antes condicionados pela utilidade social”⁵⁴.

Assim, de modo geral, conclui-se que a prevenção geral é uma finalidade esvaziada de qualquer significado, de qualquer efetividade; é tão somente uma nova roupagem dada à retribuição do mal, à vingança social.

Outra teoria da pena apontada por Christie como falsa é a que chamou de neoclássica, que pretende, agora de forma declarada, o resgate da finalidade retributiva, associando-a a finalidades preventivas. Mas, para poder abordar o novo clássico, é preciso antes resgatar brevemente as bases da Escola Clássica.

Surgido com o Iluminismo, o movimento clássico demandava a menor ingerência possível do Estado sobre a conduta humana. Exigiu que a punição dos crimes não excedesse o necessário para dissuadir o criminoso de reincidir e prevenir os outros de cometerem crimes semelhantes (princípio da proporcionalidade da pena), além da clara tipificação do crime e especificação de qual punição deveria ser aplicada (princípio da taxatividade) e da introdução do conceito de culpa. A clareza e a certeza, a partir de então, tornaram-se palavras-chave na justiça penal⁵⁵.

O surgimento desta nova concepção de crime e castigo foi resultado da oposição burguesa à arbitrariedade aristocrática. A burguesia havia adquirido tanto poder, principalmente econômico, que passou a não tolerar mais o fato de responder com a vida por crimes que um nobre era punido com multa. A demanda, portanto, era pela igualdade na

⁵³ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67-68.

⁵⁴ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 350. Deve-se anotar que as teorias mistas da pena erroneamente deixaram de prever uma limitação da duração da pena, o que faz com que “*la prevención general negativa, se encuentra siempre ante el peligro de convertirse en terror estated. Pues la idea de que penas más altas y más duras tengan un mayor efecto intimidatorio ha sido históricamente (a pesar de su probable inexactitud) la razón más frecuente de las penas ‘sin medida’*” (ROXIN, *op. cit.*, p. 93). Isso foi corrigido com a introdução da culpa, que passou a ser a medida e o limite da pena, tornando, em certa medida, a discussão da violação da dignidade humana ultrapassada. Mas, como o abolicionismo rejeita em bloco a justiça penal e, por certo, o próprio conceito jurídico de culpa, vale registrar a argumentação.

⁵⁵ CHRISTIE, *Limits...*, p. 37.

aplicação da lei. Cesare Beccaria é provavelmente um dos expoentes deste movimento. Em sua obra histórica e amplamente conhecida “Dos delitos e das penas”, paradigma para o direito penal moderno, escreve que: “(...) para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser essencialmente pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela lei”⁵⁶.

Para Christie, Beccaria foi um dos principais representantes da Escola Clássica e a sua obra teve tanto impacto nas ciências criminais porque a mensagem que transmitiu era correta para o seu tempo. Numa época de arbitrariedade estatal, a criação de um sistema legal rígido era necessária, mas para agora isso deveria ser revisto⁵⁷.

Feitas essas considerações, o autor afirma que a teoria neoclássica é nada mais do que uma revisitação do classicismo, especialmente da rigidez do sistema punitivo, aliada à prevenção geral. A crítica a essa nova teoria reside no fato de que o crime, este singular pecado, é tomado de forma tão importante que é capaz de colocar todo o sistema criminal em funcionamento e decidir quase todos os passos subsequentes. O delito passa a ser o fato decisivo, o único elemento levado em consideração pela justiça penal para a aplicação da pena, sendo irrelevantes os desejos da vítima, as características individuais do ofensor ou as circunstâncias particulares da comunidade local. Ignora-se completamente as estruturas sociais, as quais certamente exercem um papel de relevo na criminalização. Ao excluir todos estes outros elementos, a mensagem “oculta” da teoria neoclássica é a de negação da legitimidade de diversas alternativas para a solução do conflito penal que poderiam e deveriam ser levadas em consideração.

Christie considera uma afronta aos seus valores e aos das sociedades em geral – como já referido, a bondade e o perdão – a construção de um sistema no qual os crimes são tomados como valores absolutos para decidir o destino do agente criminoso e da vítima. Para além disso, a dor, que a partir de então é pensada para ser somente dor, foi elevada à resposta legítima do crime. O neoclassicismo elegeu a pena como solução inafastável da prática de

⁵⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2013, p. 109.

⁵⁷ CHRISTIE, *Limits...*, p. 38. Ainda hoje, a compreensão do que é responder ao crime justamente, do que é fazer justiça ante uma situação criminal, é muito influenciada pela racionalidade iluminista e liberal. Em razão do contrato social e do repasse ao Estado do poder de defender as liberdades individuais, existe grande resistência na “retomada” do poder de solucionar os conflitos por parte dos particulares envolvidos, como se isso levasse à derrocada do poder público, à privatização da justiça e, conseqüentemente, à injustiça. Sob este entendimento, não cabe a cada cidadão a defesa do seu direito violado, porque somente o Estado detém essa prerrogativa.

condutas criminosas, fazendo dela a única e invariável alternativa. Isso levou também à normalização do sofrimento, que passou a ser aplicado com a neutralização da culpa por parte do Estado: o executor está agora isento de qualquer responsabilidade na sua causação, pois a culpa recai tão somente sobre a figura de quem primeiro agiu e impulsionou todos os eventos subsequentes, ou seja, o ofensor.

A teoria neoclássica, por meio da simplicidade no processamento do delito (baseado somente na sua gravidade) e a rigidez autoritária da sua solução (para se obter a maior igualdade formal possível), levou à existência de um sistema que desconsidera outras nuances do crime, especialmente aquelas que envolvem as relações interpessoais e as estruturas sociais.

A partir de todas essas reflexões, chega-se à conclusão de que, por qualquer perspectiva que se analise, a justiça penal e a punição por ela aplicada são embustes, são reações estatais desarrazoadas e esvaziadas de quaisquer objetivos que não a imposição intencional de sofrimento para a retribuição do mal do crime. No fundo, a única finalidade que subsiste é a retributiva, que considera a pena um fim em si mesmo, desprovida de qualquer função social, a única resposta justa à gravidade do crime e à culpa do agente. Nessa circunstância não há qualquer espaço para a cura, para a recuperação física, psíquica, social e financeira do ofensor, uma vez que o sistema não foi pensado para isso. José de Faria Costa afirma que “é através do direito penal (...) que as sociedades politicamente organizadas ‘distribuem’ as penas, logo distribuem um mal, porquanto, queiramo-lo ou não, a pena não pode deixar de ser vista como um mal, não obstante os fins que se podem prosseguir com a inflicção desse mal poderem ser sustentados e legitimados através das mais nobres e sólidas razões”⁵⁸.

A justiça penal, ao processar e punir o ofensor sem realizar esforços no sentido de recuperá-lo, além de causar impactos negativos diretos nas suas relações mais próximas, por exemplo, familiares (diz-se popularmente que o encarceramento de um indivíduo leva ao encarceramento de toda a sua família), tem um grande impacto social negativo, pois devolve à sociedade um indivíduo estigmatizado, marginalizado, vulnerável e com poucas (ou talvez nenhuma) perspectiva de reinserção nos sistemas de educação e/ou no mercado de trabalho, o que leva ao desemprego, ao aumento do trabalho informal e, também, ao aumento dos

⁵⁸ COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). *Mal, símbolo e justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de Dezembro de 2000). Coimbra: Faculdade de Letras, 2001, p. 27.

casos de recidiva criminal⁵⁹. O funcionamento do sistema criminal é, literalmente, um vetor de aumento da criminalidade (delito – prisão – reforço da identidade criminosa – delito – prisão).

Diante disso, Hulsman afirma de forma categórica que é “preciso abolir o sistema penal”, pois “um sistema desta natureza é um mal social. Os problemas que ele pretende resolver – e que, de forma alguma, resolve, pois nunca faz o que pretende – deverão ser enfrentados de outra maneira”⁶⁰.

Christie acompanha esta ideia e sugere que uma resposta melhor seja encontrada; uma resposta que comporte a criação de uma justiça não punitiva e capaz de acrescentar algum bem ao mal já provocado pelo crime. Para o autor, a única finalidade coerente com a dignidade humana é a prevenção especial positiva, ou seja, aquela que pressupõe a recuperação e a cura do agente e a sua reintegração social, impossível de ser alcançada por meio do sistema penal tradicional⁶¹. Apesar de afirmar que a finalidade preventivo-especial voltada ao tratamento está fora de moda, considera que, na verdade, as prisões estão cheias de pessoas necessitadas de cuidado e de cura. Ao passo que o tratamento para o crime perdeu credibilidade, o tratamento não perdeu⁶².

⁵⁹ Vale aqui lembrar a ideia de Edwin Lemert sobre a delinquência secundária. Para o autor, a reincidência (lato sensu) ocorre em razão da passagem do indivíduo pelo sistema de controle criminal e pela atribuição social da etiqueta de delinquente. A partir deste etiquetamento, há uma consolidação da sua identidade desviante e o ingresso em uma verdadeira carreira criminosa.

⁶⁰ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, p. 91

⁶¹ E por que impossível de ser alcançada por meio do sistema penal? Porque os momentos de aplicação e de execução da pena estão em crise. “A crise da aplicação da pena está no contraste entre o discurso do processo legal devido e a realidade do exercício seletivo do poder de punir: a) o discurso do processo legal devido, regido pela dogmática como critério de racionalidade, vê o crime como realidade ontológica preconstituída que o sistema de justiça criminal, como instituição neutra e passiva, identifica e processa; b) a realidade do exercício seletivo do poder de punir, encoberta pelo discurso do processo legal devido, aparece em vários níveis: primeiro, no crime como qualidade atribuída a fatos praticados por determinados autores; segundo, na criminalização como bem social negativo distribuído desigualmente conforme a posição social do autor; terceiro, no sistema de justiça criminal como instituição ativa na transformação do cidadão em criminoso, segundo a lógica menos ou mais inconsciente das chamadas meta-regras, consideradas o momento decisivo do processo de criminalização: mecanismos psíquicos emocionais atuantes no cérebro do operador do direito (preconceitos, estereótipos, traumas e outras idiosincrasias pessoais), que explicariam porque a repressão penal se concentra nas drogas e na área patrimonial, por exemplo (...)” (SANTOS, *Novas hipóteses de criminalização...*).

⁶² CHRISTIE, *Limits...*, p. 48.

Assim surge a ideia de um modelo de justiça participativa, mais informal e orientado para a vítima⁶³, que prioriza a participação dela, com vista a apurar o que pode ser feito para reparar o dano causado e o que pode ser feito para recuperar o agente⁶⁴.

Na justiça penal, os valores individuais e sociais são obrigatoriamente aclarados por meio da gradação da dor: mais tempo de punição para aquele que matou e menos para aquele que furtou. O Estado determina a escala dos valores por meio da quantidade de meses ou de anos retirados das vidas das pessoas. A dor é utilizada como linguagem. Já na justiça participativa, o mesmo resultado – a aclaração dos valores – é alcançada com o procedimento; a atenção é retirada do resultado e trazida ao processo⁶⁵. Somente nos casos em que nada pode ser feito ou que nada será feito pode haver alguma espécie de punição do ofensor, visto que não é possível exigir da comunidade a tolerância à impunidade. Mas, ainda nesses casos, o processamento e a punição deverão ser feitas da forma mais garantista e humana possível.

Para além disso, como resultado de um tribunal mais informal, orientado para os leigos, deve haver também a diminuição dos profissionais do conflito. As partes devem ter o direito de se auto representarem, quando equânimes. Deve-se ainda estimular a autocomposição, sem a interferência de um juiz, pois “se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação punitiva, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatorias, etc...”⁶⁶. Quando (e enquanto) os profissionais não puderem ser totalmente evitados, devem atuar como fonte de informação e de auxílio às partes, e não tomar conta por completo de conflitos que não são seus.

Com essas noções, Christie cria condições para um baixo nível de aplicação de dor, quais sejam: o conhecimento, o poder, a vulnerabilidade, a dependência mútua e um sistema confiável⁶⁷.

⁶³ CHRISTIE, *Conflicts...*, p. 10.

⁶⁴ Vale esclarecer que com “reparação do dano” Christie não se refere exclusivamente à reparação financeira, que já existe na justiça civil, mas à reparação do prejuízo num sentido muito mais amplo, o qual pode ser de ordem patrimonial, emocional, social, terapêutica, etc. Até porque, em muitos casos, os criminosos são indivíduos marginalizados, que não podem reparar financeiramente o dano. É também por isso que o sistema criminal impõe que os pobres paguem por seus pecados com a única comodidade que possuem: o tempo. O tempo lhes é retirado para criar dor.

⁶⁵ CHRISTIE, *Limits...* p. 94.

⁶⁶ HULSMAN; CELIS, *op. cit.*, p. 100.

⁶⁷ CHRISTIE, *Limits...*, p. 81-91.

A primeira delas, trata da necessidade de haver um conhecimento mais aprofundado sobre a totalidade do indivíduo, sobre a sua completa individualidade, e não somente sobre o seu papel dentro de um determinado grupo social (o *role-play*). Isto tende a aumentar a tolerância dos outros às condutas indesejáveis. A grande dificuldade deste tipo de conhecimento é a segmentação social nas sociedades altamente industrializadas, a qual impede que os grupos sociais (as “castas”) interajam entre si, mas a criação de espaços de encontro e diálogo podem ser uma forma de auxiliar nesse conhecimento.

A segunda condição, o poder, diz respeito à redução do poder delegado aos agentes da justiça, uma vez que indivíduos com poder podem deliberadamente aplicar dor. Ter poder significa ter a habilidade de fazer com que as pessoas ajam conforme a vontade do detentor e independentemente das suas vontades. O poder também afasta os indivíduos, sobrepondo uns aos outros. Quanto maior a distância entre os indivíduos poderosos e os não poderosos, mais fácil e asséptica será a aplicação da dor. Quando a tarefa de solucionar um conflito é dada ao juiz, um estranho ao conflito interpessoal e que está hierarquicamente acima das partes na relação de poder, a imposição autoritária de uma punição é certa. O conflito é “solucionado” de forma verticalizada, com a imposição de uma ordem vinda de cima, e não de maneira horizontal, entre iguais que pretendem construir uma solução que faça sentido em suas vidas. Quando o poder deste terceiro estranho é diminuído, a sua função passa a ser não mais impositiva, porque já não pode compelir as partes, mas de aconselhamento na construção conjunta de uma resposta.

A terceira condição, a vulnerabilidade, é uma das formas apresentadas para controlar o poder dos agentes da justiça. Poderia ser obtida por meio das seguintes medidas: a igualdade de status entre agentes e partes, igualdade de qualificação e uma proximidade maior em termos físicos, na própria distribuição espacial dos envolvidos. A tentativa é de tornar possível controlar os controladores.

A quarta condição, a dependência mútua, diz respeito ao aumento da solidariedade e da cooperação entre os indivíduos. Os sistemas sociais não desperdiçam os membros essenciais; tornando todos essenciais (e não descartáveis como na realidade dos *role-players*) a necessidade de punir tenderia a diminuir.

A última é a de criação de um sistema confiável, contrário a medidas autoritárias e incoerentes de criminalização e punição.

A partir da adoção de todas estas condições, Christie aponta para o nascimento de um espaço em que as partes diretamente envolvidas no conflito, quais sejam, ofensor, vítima e a comunidade, possam participar na construção de uma solução e na recuperação daquilo que foi perdido. Com este processo, além das vulnerabilidades da vítima, vulnerabilidades do ofensor podem ser expostas, sejam elas sociais, educacionais, médicas ou até religiosas, e por isso deverão ser melhor investigadas e, se possível, curadas com vista à sua cura e reintegração social⁶⁸.

Segundo o autor: *“Much deviance is expressive, a clumsy attempt to say something. Let the crime then become a starting point for a real dialogue, and not for an equally clumsy answer in the form of a spoonful of pain. Social systems must be constructed so that a dialogue can take place. (...) my position can be condensed into views that social systems ought to be constructed in ways that reduce to a minimum the perceived need for infliction of pain for the purpose of social control. Sorrow is inevitable, but not hell created by man”*⁶⁹.

Apesar de num primeiro momento parecerem ideias utópicas, Christie reforça o entendimento de que a transformação depende da quebra de paradigmas, da mudança no olhar para o crime, para o criminoso (que continua a ser humano, suscetível a erros, arrependimentos e mudanças), para a vítima (que tem sim a capacidade de perdoar e interesse na construção de uma solução de pacificação) e para as respostas buscadas.

É claro que as formulações do autor deixam diversas questões sem resposta ou insuficientemente respondidas, mas, em última análise, deixam como legado essenciais reflexões acerca do objetivo maior a guiar as mudanças sociais e de justiça: o de reduzir a dor como linguagem e como forma de controle social ao menor número de casos possível. Deve-se buscar sempre soluções que priorizem o diálogo ao invés do uso da força, que componham respostas ao invés de impô-las e que encorajem a reparação (o bem) ao invés da imposição do mal, tudo isso visando a pacificação pessoal e comunitária, a reparação do dano à vítima e a reintegração do ofensor. Para todas as objeções à criação de uma justiça menos punitiva, questiona Nils Christie: *“why should the impossible cases hinder a decent solution where decency is possible? Why not restrict the area for punishment to the utmost by actively taking away all those cases that might be taken away? Let us construct conciliatory bodies”*⁷⁰.

⁶⁸ CHRISTIE, *Conflicts...*, p. 10.

⁶⁹ CHRISTIE, *Limits...*, p. 11.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 97.

1.3 O SURGIMENTO DE UM OUTRO MODELO DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS PENAIS: A JUSTIÇA RESTAURATIVA

Essa mudança de postura, de olhar para o crime, reverberou mundo afora e inspirou, junto com outras correntes criminológicas surgidas após a década de 1960, como a vitimologia, a *peacemaking criminology* e os movimentos feministas, o nascimento do pensamento restaurativo. Este pensamento nasce da intersecção de várias linhas de críticas da justiça penal e assenta na ideia de que justiça tradicional falhou naqueles que deveriam ser os seus objetivos primeiros: não é bem sucedida na ressocialização do agente; não garante a satisfação das necessidades concretas da vítima, correspondendo mal às suas expectativas de superação do conflito e dos danos havidos; não fomenta a participação da comunidade e não garante a pacificação de sociedades alarmadas pela violência e pela criminalidade⁷¹.

Apesar das várias diferenças com o movimento abolicionista, notadamente no que diz respeito à coexistência da justiça penal e da justiça restaurativa⁷², o pensamento restaurativo possui em seu cerne diversos elementos também centrais ao abolicionismo, como os procedimentos e as práticas voluntárias, participativas, não punitivas e reparadoras, bem como uma grande preocupação com a integração social, por meio da criação de espaços de encontro e diálogo que permitam aos envolvidos no conflito o conhecimento mútuo e a construção de uma solução específica para cada caso.

Para Cláudia Santos, a justiça restaurativa significa “uma nova incumbência estadual de oferta ao agente e à vítima do crime de uma possibilidade de pacificação do conflito (inter)pessoal”⁷³; uma resposta curativa ao dano sofrido por cada um dos envolvidos no crime, “(i) quer dos males sofridos pela vítima, (ii) quer do diminuído sentido de responsabilidade do infractor perante os deveres vistos como essenciais no grupo a que pertence, (iii) quer da abalada relação de proximidade existencial entre o agente e a vítima, assim como da sua ‘comunidade de próximos’”⁷⁴.

⁷¹ SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal: uma solução divertida? In: *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (Org.). São Paulo: IBCCRIM, 2008, p. 37.

⁷² Apesar de o movimento restaurativo reconhecer que todas as limitações impostas pelo sistema penal supõem um desvalor (a norma proibitiva, a sujeição ao processo penal e a punição), é precisamente o mal da pena que mais enfaticamente rejeita (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 334).

⁷³ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 42.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 173.

Segundo Howard Zehr, a justiça restaurativa enxerga o crime como uma violação das relações interpessoais e das obrigações que permeiam essas relações, sendo que essa transgressão gera outras obrigações ao ofensor. Nesta perspectiva, a realização da justiça deve envolver a vítima, o ofensor e os membros da comunidade, todos em esforço comum para solucionar o conflito, com foco nas necessidades da vítima e na responsabilidade do ofensor em reparar o dano causado. Enquanto isso, na justiça penal o crime é tido como uma violação das leis e do Estado e, em decorrência disso, emerge a culpa, não outras obrigações. A realização da justiça, neste sentido, requer a determinação da culpa por parte do Estado e a imposição de uma pena (dor)⁷⁵. Para o autor, portanto, essa nova forma de responder ao crime requer, no mínimo, que se aborde os danos e necessidades das vítimas; que os ofensores sejam responsabilizados à reparação dos danos; e que todos os envolvidos no conflito participem do processo de reparação, inclusive a comunidade⁷⁶.

Nesta nova perspectiva, Christa Pelikan elenca os elementos principais da proposta restaurativa: o elemento social; o participativo ou democrático; e o reparador. Para além deles, devem ser considerados dois elementos acessórios (ou dois princípios de trabalho): o *empowerment* e o reconhecimento⁷⁷. O elemento social traduz a ideia de que o crime deve ser percebido como um fenômeno que, além de atingir as instâncias formais de controle, atinge e causa uma perturbação nas relações humanas entre pessoas que vivem em conjunto no seio da sociedade, nas relações interpessoais. O elemento participativo (ou democrático), por sua vez, está ligado ao princípio da voluntariedade dos envolvidos no conflito, ou seja, à vontade da vítima e do ofensor em reparar os danos advindos do conflito. Já o elemento reparador, talvez o principal elemento de diferença entre a justiça restaurativa e a justiça penal, significa que o objetivo do processo deve ser a reparação, ou a restauração da situação anterior, por meio do envolvimento ativo da vítima e do ofensor. Somente assim é possível ir ao encontro das verdadeiras necessidades da vítima, que podem incluir a necessidade de apoio emocional além (ou em vez) da indenização material (ou não material).

Em relação aos dois elementos de trabalho, o *empowerment* e o reconhecimento, o primeiro “está relacionado com um elemento essencial da mediação, a participação. Parte

⁷⁵ ZEHR, Howard. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014, p. 19.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 23.

⁷⁷ PELIKAN, Christa. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: *Seminário Internacional DIKÊ: proteção e promoção dos direitos das vítimas de crime na Europa*. Lisboa, APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003, p. 74-75. Disponível em: <<http://www.apav.pt/pdf/dike.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

do princípio de que a efectiva participação no processo de mediação requer que quer a vítima quer o agressor tenham a capacidade de se defender a si e aos seus interesses, de falarem e de serem capazes de concordar e discordar”⁷⁸; já o segundo “decorre da interacção ou, mais precisamente, do acto de reconhecer a outra pessoa, de perceber e entender as suas palavras e acções”⁷⁹.

Já John Braithwaite sugere que os elementos ou os valores da justiça restaurativa sejam divididos nos seguintes grupos: *constraining values*, de carácter obrigatório e que se não observados podem comprometer severamente a finalidade do procedimento restaurativo; *maximising values*, que devem ser encorajados; e *emerging values*, que podem emergir naturalmente de um procedimento restaurativo bem sucedido. Dentro do primeiro grupo, dos valores obrigatórios, encontram-se elementos impositivos, que devem ser fielmente observados para evitar que o procedimento se torne opressivo, tais como: o elemento da não-dominação, que significa que um dos participantes não pode se sobrepor ou dominar o outro, devendo qualquer tentativa neste sentido ser contida; o *empowerment*, uma vez minimizadas as diferenças de poder e não existindo dominação, o empoderamento das partes ocorrerá e assim poderão atuar da forma mais livre possível, expressando seus sentimento e desejos de reparação do conflito; *honouring limits* (honrando os limites), que pode ser traduzido como a impossibilidade de se estabelecer um acordo de degradação ou humilhação, ou que ultrapasse os limites legais de sanção; a escuta respeitosa, estabelece que todos os participantes deverão escutar respeitosamente a fala dos outros; *equal concern for all stakeholders*, o qual significa que, para que se alcance um acordo restaurativo, o procedimento tem de ser igualitário, assim, tanto a vítima quanto o ofensor e a comunidade devem ser respeitosamente ouvidos e levados em consideração; *accountability*, *appealability*, tratam do reconhecimento de que qualquer das partes pode submeter o acordo restaurativo à apreciação da justiça tradicional e, se for a intenção de qualquer uma delas, de optar pelo julgamento perante um tribunal; por último, respeito aos direitos previstos na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e demais acordos internacionais sobre o tema⁸⁰.

⁷⁸ PELIKAN, *Diferentes sistemas...*, p. 75.

⁷⁹ *Ibidem*.

⁸⁰ BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 8-13.

Quanto ao segundo grupo de valores (*maximising values*), o autor aponta que são aqueles relacionados aos possíveis objetivos dos encontros restaurativos, que podem incluir a reparação dos danos materiais, a minimização das consequências emocionais do conflito, a restauração da dignidade, a prevenção à prática de novos delitos, entre outros. Podem ser rejeitados pelas partes em razão do empoderamento e, caso o sejam, o mediador poderá sugerir o adiamento do encontro, a fim de convidar novos participantes para que estes valores sejam novamente discutidos⁸¹. Por último, no terceiro grupo de valores (*emerging values*), encontram-se aqueles que podem surgir espontaneamente do procedimento restaurativo, como um pedido de desculpas, o sentimento de remorso pela injustiça causada, o perdão pelo ato, etc.⁸².

A partir dessas contribuições, é possível extrair o entendimento de que a justiça restaurativa pretende: devolver o conflito às partes envolvidas; focar a atenção ao dano causado e à participação voluntária dos envolvidos no processo de reparação do conflito, o qual se torna, por vezes, mais importante do que a sua própria solução, conforme também defendido por Nils Christie; tratar com igualdade tanto a vítima quanto o ofensor, oferecendo respostas às necessidades da vítima ao mesmo tempo em que incentiva o ofensor a compreender o dano provocado e a relevância do cumprimento de suas obrigações reparadoras; permitir a construção de uma solução considerada justa, adequada e satisfatória na perspectiva dos envolvidos e específica para cada caso; e proteger os indivíduos contra ações estatais desarrazoadas⁸³.

É importante alertar desde já que a justiça restaurativa se apresenta em várias formas, tais como a mediação vítima-ofensor (talvez a mais recorrente), as conferências e os

⁸¹ BRAITHWAIT, *Principles of...*, p. 11. Para Cláudia Santos, um procedimento consensual entre o ofensor e a vítima que não almeja uma reparação dos danos causados através da responsabilização do agente, não pode merecer a qualificação de plenamente restaurativo (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 168).

⁸² *Ibidem*, p. 12-13. Um pedido de desculpas ou uma reconciliação entre o ofensor e a vítima são bens almejados, mas devem surgir espontaneamente, não podendo ser impostos, primeiro porque “pode não existir qualquer relação anterior passível de ser atingida pela ocorrência criminal. Em segundo lugar, [porque] mesmo que tal relação tivesse existido, deve ser reconhecida aos sujeitos do conflito a liberdade de não pretender retomá-la através de uma qualquer reconciliação. Nesta medida, a reconciliação que a proposta restaurativa escolhe como meta é, sobretudo, uma reconciliação de cada indivíduo interveniente no conflito consigo próprio” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 173).

⁸³ É importante compreender que mesmo as soluções de reparação contêm um mal, pois limitam de alguma forma os direitos do ofensor, mas têm sempre como objetivo um bem. “A diferença entre o mal que é inerente à sanção penal e o desvalor que pode decorrer da assunção de compromissos restaurativos é sobretudo qualitativa: ao assumir o mal do crime, o agente que participa nas práticas restaurativas (bem sucedidas) aceitará também a limitação dos seus interesses na medida necessária à reparação; ora, a assunção voluntária de tais limitações tenderá a diminuir nelas o cariz de mal. O que equivale a dizer que esse mal autonomamente assumido é um mal diferente” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 355).

círculos de sentença. Aliás, antes mesmo de existir o termo “justiça restaurativa” já existiam diversas iniciativas isoladas em funcionamento entre os anos 1970 e 1980, especialmente nos Estados Unidos e no Canadá. Assim, talvez o correto seja dizer que não existe uma única definição ou um modelo de justiça restaurativa, mas diferentes propostas e práticas em busca de uma teoria. É por isso que Walgrave afirma que a justiça restaurativa é um produto inacabado à procura de maneiras construtivas de lidar com as consequências do crime, o qual faz parte de uma ampla agenda socioética e política⁸⁴.

Diante da vasta literatura e de manifestações práticas surgidas em diversos locais do mundo, em 2002, a Organização das Nações Unidas, por meio do Conselho Social e Econômico, emitiu a Resolução nº 2002/12 que contém princípios básicos da justiça restaurativa. As práticas restaurativas ali referidas são a mediação, a conciliação, as conferências e os círculos de sentença. Não se trata de um catálogo de princípios de observação obrigatória, mas de um guia geral, que pode ou não ser seguido pelos países que pretendem adotar programas restaurativos em matéria criminal em seus sistemas jurídicos⁸⁵. Antes disso, o referido Conselho já havia emitido a Resolução nº 2000/14, de 27 de julho de 2000, que tratou especificamente da mediação penal. No âmbito Europeu, foram emitidos os seguintes documentos (que tratam no todo ou em parte da justiça restaurativa ou, em específico, da mediação penal): Recomendação Nº R (99) 19 do Comitê de Ministros do Conselho da Europa de 15 de setembro de 1999; Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001 (2001/220/JAI); Directiva 2012/29/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012.

No Brasil, apesar de haver vários estudos e práticas nacionais há vários anos, somente em 2016 o Conselho Nacional de Justiça elaborou a Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário. O documento procura estabelecer o que é justiça restaurativa, quais são seus fundamentos e finalidades e como poderá ser aplicada nos tribunais⁸⁶.

⁸⁴ WALGRAVE, Lode. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2008, p. 11.

⁸⁵ A resolução pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

⁸⁶ A Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <<https://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

Ao contrário do que pode parecer num primeiro momento, este novo modelo de justiça não pretende barrar a participação do Estado e não busca a privatização da justiça, assim também como não pretendia a formulação de Christie. Este inclusive é um argumento frequente daqueles que se opõem ao movimento restaurativo, como se se estivesse defendendo o retorno ao período pré-iluminista, da vingança privada. A verdade, no entanto, é que se busca “mais Estado social e solidário no reconhecimento de um novo direito dos cidadãos atingidos pelo crime: o direito a um espaço de encontro que lhes permita uma reparação e uma responsabilização face aos males concretos que o crime significou”⁸⁷.

Porém, ao considerar que a justiça restaurativa tem como um de seus objetivos a devolução do conflito às partes, mas, ao mesmo tempo, que aceita a existência (ainda que da forma mais enxuta possível) da justiça penal, que pressupõe a publicização destes mesmos conflitos, é normal que surjam os seguintes questionamentos: como determinar, então, a quem pertence o conflito penal? Quem afinal tem legitimidade para solucioná-lo?

Talvez as respostas para estas questões devam partir do reconhecimento de que num único crime existem dois conflitos, com naturezas e titulares diversos⁸⁸. Pode-se dizer que em um singular acontecimento histórico, que se convencionou chamar de crime, existe um

⁸⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº 3, julho-setembro 2007, p. 459-474. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 473. Sobre este ponto, pode soar um pouco contraditória a defesa de que os conflitos penais devem retornar aos particulares diretamente envolvidos, os quais serão responsáveis por encontrar uma solução justa, e, posteriormente, de que é do poder público a responsabilidade de disponibilizar todo o aparato para que isso ocorra. No entanto, é preciso dizer que não há contradição nenhuma. Primeiro, porque o Estado não foi bem-sucedido na tarefa de prevenir a ocorrência dos crimes e de proteger os cidadãos; segundo, porque, aqueles envolvidos no crime estão em situação de vulnerabilidade em relação aos outros e isso deve ativar os mecanismos de solidariedade de todos os outros cidadãos, representados pelo Estado. É claro que a concepção de Estado que se defende nesta última afirmação é aquela que concilia uma dimensão liberal de tutela dos direitos e liberdades (“derechos de”) – a qual corresponde às “*garantías negativas consistentes en límites o prohibiciones de hacer*” – com uma dimensão social, a qual pretende a proteção dos direitos sociais (“derechos a”), a proteção das “*garantías positivas consistentes en obligaciones de prestaciones individuales o sociales*” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2009, p. 28). “E talvez se possa afirmar que enquanto na justiça penal preponderam as ponderações associadas àquela dimensão liberal, já na justiça restaurativa sobrelevarão as considerações atinentes a esta dimensão social (...)” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 662). Em outras palavras: o pensamento restaurativo compartilha com o pensamento liberal a crença na autonomia dos indivíduos para a procura das soluções mais adequadas às suas necessidades, mas também abraça a importância do pensamento da solidariedade, que é um dos pilares do Estado social. Nas palavras de Cláudia Santos e exprimindo-se uma integral concordância, “(...) a proposta restaurativa ganha sentido em um Estado de Direito social e democrático, que saiba conciliar a compreensão do todo social com a compreensão do indivíduo e que logre integrar a sua vertente garantística de protecção dos direitos individuais relacionada com o império da lei e também a sua vertente social associada à efectiva promoção de condições (nomeadamente económicas, culturais, sociais) que permitam uma aproximação de cada um dos cidadãos do patamar de existência considerado digno de um determinado espaço e tempo” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 287).

⁸⁸ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 466.

conflito de natureza pública – entre o ofensor e o Estado, este último na qualidade de representante de toda a sociedade – e um de natureza interpessoal, entre o ofensor e a vítima. Neste sentido, a justiça punitiva se ocuparia da dimensão pública do conflito enquanto a justiça restaurativa da sua dimensão privada; haveria, assim, uma complementariedade de respostas⁸⁹.

Contudo, é também correto afirmar que nem sempre a ocorrência de um delito corresponde à necessidade de uma pena a cargo da justiça penal e de uma solução reparadora a ser obtida por meio da justiça restaurativa, cada uma funcionando como um sistema autônomo destinado a um conflito⁹⁰. Diferente do que imaginavam os primeiros estudiosos do tema, a justiça restaurativa não é mais um prego, muito menos o último prego, no caixão da justiça penal.

Isso porque, há casos em que a aplicação de uma pena se torna dispensável em razão da solução consensual encontrada, ou então porque o conflito público não possui relevância. De outro lado, existem casos em que a solução do conflito interpessoal não é suficiente para abrandar a dimensão pública; casos em que não é razoável exigir a conformação da comunidade com a solução reparadora, seja porque o crime é grave e abalou de forma intensa a ordem social, a qual precisa ser reafirmada pelas normas jurídicas, ou seja porque o agente é perigoso e pode vir a reincidir, arrebatando novas vítimas no futuro. A defesa do interesse público na não adoção de determinadas condutas deverá continuar a pertencer ao Estado, em nome da sobrevivência da própria comunidade⁹¹. Ou, ainda, porque há casos em que a vítima e/ou o ofensor simplesmente não têm interesse numa solução restaurativa.

É verdade que a justiça penal admite limitações severas às liberdades individuais; por óbvio, não se ignora a gravidade de uma pena de prisão e de seus efeitos sobre a pessoa do apenado e suas relações sociais. É por isso que a pena a cargo da justiça criminal deve ser limitada ao menor número possível de casos. Mas é também verdade que, quando essas limitações forem incontornáveis, não se encontra alternativa melhor do que a resultante do

⁸⁹ Não se ignora, contudo, a existência de uma corrente maximalista da justiça restaurativa (ou “centrada nos resultados”) que pretende a sua sobreposição à justiça penal, mediante, inclusive, a imposição coercitiva de soluções de reparação. Sobre o tema, consultar: WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003, p. 61-78.

⁹⁰ SANTOS, *Um crime, dois conflitos...* p. 471.

⁹¹ SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 89.

garantismo penal⁹². Como já disse José de Faria Costa, punir é um duro fardo que alguém tem de transportar⁹³ e este alguém deve continuar a ser a justiça penal.

Sobre este ponto, Howard Zehr explica que a justiça restaurativa não é uma resposta para todas as situações, não há sequer clareza quanto à possibilidade de substituir o sistema de justiça tradicional por completo, mesmo num mundo ideal. Muitos acreditam que mesmo que a justiça restaurativa possa ser amplamente implementada, alguns sistemas legais do mundo ocidental (preferencialmente aqueles orientados para os ideais restaurativos) ainda seriam necessários como um *backup* e utilizados como guardiões dos direitos humanos⁹⁴. Braithwaite, do mesmo modo, afirma que, ao contrário das mais radicais versões do abolicionismo, a justiça restaurativa vê vantagem na preservação do papel do Estado como “cão de guarda” dos direitos e admite que, para a minoria das pessoas que estão nas prisões, pode ser necessário proteger a sociedade por meio do seu encarceramento⁹⁵. Ainda, para Christa Pelikan, os documentos internacionais que foram concebidos até agora sobre o tema negam enfaticamente a concepção de que a justiça restaurativa é um substituto da justiça penal tradicional, devendo aquela ser encarada como uma forma complementar de reação⁹⁶.

Apesar da recomendada coexistência dessas duas formas de responder ao crime, não se pode interpretar a justiça restaurativa como uma nova modalidade de aplicação de penas alternativas, passível de colonização pela lógica da justiça tradicional burocrática e punitiva, uma vez que aquela constitui forma radicalmente diversa de auferir a responsabilidade e de realizar a justiça. Aliás, não se pode desvalorizar o fato de que, talvez, um dos fortes obstáculos que a proposta restaurativa tem de enfrentar e combater é a estranheza que pode representar algumas concepções do que é reagir ao crime de forma

⁹² SANTOS, *Um crime, dois conflitos...* p. 472. Não se desconhece que hoje, muitas vezes, o garantismo penal é utilizado como recurso para defesa e manutenção da intervenção penal além da mínima. Em nome deste garantismo, que deveria proteger o ofensor, defende-se um processo penal engessado, rígido e obsoleto, que ao final, invariavelmente, resultará numa pena privativa de liberdade ou numa pena alternativa, sem outra saída. Essa visão obstaculiza alternativas não punitivas, como se um sistema mais flexível fosse necessariamente antigarantista. Não é essa a ideia que aqui se defende.

⁹³ COSTA, *Um olhar doloroso...*, p. 35.

⁹⁴ ZEHR, *The little book...*, p. 10.

⁹⁵ BRAITHWAITE, John. Restorative justice. In: TONRY, Michael (Org.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998, p. 336. É óbvio que este reconhecimento não implica numa defesa acrítica da punição aplicada pela justiça penal. Pelo contrário, tentou-se demonstrar no ponto anterior que as finalidades da pena, que são também finalidades do direito penal, são tão somente finalidades legitimadoras da dor. Conhece-se, por certo, os desvalores inerentes ao funcionamento do sistema penal, que por isso deve ser limitado ao mínimo.

⁹⁶ PELIKAN, *Diferentes sistemas...*, p. 76.

justa⁹⁷, nomeadamente a concepção iluminista e puramente liberal de justiça, aquela que norteia o direito penal moderno⁹⁸.

De modo geral, pode-se dizer que não existe uma fórmula pronta para responder ao crime, pois este acontecimento pode suscitar conflitos diversos, aos quais distintos sistemas devem dar respostas. A justiça penal e a justiça restaurativa são formas de responder apenas a duas dimensões, que podem ser complementares ou alternativas, a depender do caso, e também não excluem a existência de outras, como a socioeconômica, que deve ser tratada pelo Estado por outros meios, notadamente pela criação de políticas públicas de assistência. Mas, deve-se ter sempre como objetivo inegociável a diminuição da resposta punitiva, restrita ao menor número de casos possível.

Assim, é possível dizer que para o movimento restaurativo não há propriamente um “roubo do conflito”, como explorado por Nils Christie, pois o Estado, por meio da justiça penal, se ocupa da dimensão do conflito que lhe pertence. Todavia, diante da incipiência ou da inexistência de outros modelos de resolução, o Estado nega a existência de outras dimensões. Por meio do monopólio do poder de punir, o Estado não é culpado pela apropriação do conflito, mas é culpado por perpetuar uma compreensão exclusivamente pública, desconsiderando o impacto individual e concreto que nele pode existir. “E será

⁹⁷ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 202.

⁹⁸ Sabe-se que não diz respeito ao objeto do presente trabalho a investigação do que é justiça. Conhece-se também a vastidão e a profundidade do tema, mas julga-se pertinente inserir algumas ideias de um autor que não identifica a justiça com os valores liberais. Segundo Amartya Sen, “A necessidade de uma compreensão da justiça que seja baseada na realização está relacionada ao argumento de que a justiça não pode ser indiferente às vidas que as pessoas podem viver de fato. A importância das vidas, experiências e realizações humanas não pode ser substituída por informações sobre instituições que existem e pelas regras que operam. Instituições e regras são, naturalmente, muito importantes para influenciar o que acontece, além de serem parte integrante do mundo real, mas as realizações de fato vão muito além do quadro organizacional e incluem as vidas que as pessoas conseguem — ou não — viver”, ideia que parece convergir com aquela da justiça restaurativa (SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 62). O autor acredita ser praticamente impossível extirpar da vida e da sociedade humana a busca pela justiça, ainda que caminhos diversos para chegar-se a ela sejam tomados, justamente em razão da capacidade de simpatia, da não indiferença diante da dor e da humilhação dos demais, do apego à liberdade, da capacidade de raciocinar, argumentar, divergir ou concordar inerentes aos seres humanos (SEN, *A ideia de justiça...*, p. 530), características que parecem ser anuladas por ideias contratualistas, que enxergam o Estado como protetor legítimo das liberdades e os indivíduos como incapazes de protegê-las. “(...) Uma das principais linhas de fractura entre a reflexão de filósofos ‘contratualistas’ como Rawls e o pensamento de Sen prende-se com o facto deste rejeitar a possibilidade de uma escolha unânime de princípios de justiça ou de um único argumento imparcial e capaz de satisfazer as exigências de equidade, por isso alheio a toda a crítica. Nessa medida, parece não acreditar na possibilidade de ‘arranjos sociais perfeitamente justos’ deduzidos de opções genéricas traçadas a coberto de uma ‘posição original’ associada a um ‘véu de ignorância’. Os arranjos almejados por Sen serão mais facilmente transferidos para o plano da conflitualidade real e para uma busca da solução menos injusta na prática” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 248). É no sentido de que a justiça deve ser pensada e formulada a partir dos problemas reais de pessoas reais, para os quais dificilmente existe uma resposta pré-definida, pronta e genérica, que o pensamento de Sen se aproxima da justiça restaurativa.

culpado por, ao desconsiderar este conflito, não ter fornecido aos cidadãos outros mecanismos – que não a justiça penal – que lhes permitam ultrapassar, de forma reparadora, esse conflito e os danos que causou⁹⁹.

Assim, é necessário que se tenha sempre à vista a afirmação de Jorge de Figueiredo Dias, segundo o qual “o direito penal constitui apenas um dos componentes do sistema global de controle social e se encontra por isso numa rede de múltiplas relações e interdependências com outras formas de resolução de conflitos sociais”¹⁰⁰.

Com este novo olhar para o conflito penal, as práticas restaurativas têm ganhado espaço nos sistemas judiciários atuais como alternativa ou complemento da resposta penal. Conforme será abordado mais a frente, em alguns países já existem práticas que, de forma ainda tímida, contribuem para a criação de espaços de encontro e respostas mais humanas, que se distanciam da inflicção proposital de dor.

⁹⁹ SANTOS, *Um crime, dois conflitos...* p. 472-473.

¹⁰⁰ DIAS, *Direito penal...*, p. 25.

2 UMA ANÁLISE DAS POSSÍVEIS FINALIDADES OCULTAS DO SISTEMA PENAL, EM ESPECIAL, DO BRASILEIRO: UM SISTEMA DE GESTÃO DOS CORPOS MARGINALIZADOS?

Considerando as críticas à justiça penal formuladas no capítulo anterior, de que as penas, e mais especificamente a pena de prisão, não se presta às finalidades da prevenção geral e da reintegração do agente no seio social (ou seja, às suas finalidades declaradas), pelo contrário, funciona como um vetor de aumento da criminalidade e da violência – uma vez que devolve à sociedade um indivíduo estigmatizado, marginalizado e vulnerável, suscetível a reincidir em práticas delitivas – por que os Estados e as sociedades em geral continuam a punir tanto e a clamar por mais punição ao invés de se debruçarem sobre soluções melhores? Para que(m), afinal, serve o fracasso da justiça penal?

É claro que existem inúmeras respostas a estes questionamentos, de maior e menor complexidade, transversais a diversos campos do conhecimento humano. Mas, não pretendendo realizar uma crítica implacável de tudo o que existe e de forma a manter uma linha de pensamento neste trabalho, pode-se dizer que uma das respostas passa pelo fortalecimento, nas últimas décadas, do aparato punitivo dos Estados como reflexo do surgimento de uma nova configuração de poder, amparada numa tecnologia de gestão dos corpos e das populações à margem da ordem econômica capitalista.

Este crescimento global do punitivismo colocado em funcionamento por políticas criminais mais duras, e aqui destaque para as políticas de tolerância zero e de guerra às drogas, amplamente assimiladas pelos países das Américas e postas em prática até hoje por muitos deles, como o Brasil, fez com que o sistema penal se convertesse numa instituição protagonista do capitalismo totalitário e das estratégias de governo, ajudando a construir e, ao fim, a completar um cenário político, social e econômico de violência de classe, cor e gênero.

Quando se pretende realizar qualquer análise que envolva o Brasil, não se pode ignorar, também, que nos países da América Latina a repressão estatal sempre foi sentida de maneira muito mais acentuada do que nos países do hemisfério norte, justamente em razão da sua posição periférica no poder e no capitalismo mundiais. É uma região que se pode dizer triplamente colonizada: pelo colonialismo tradicional, de Portugal e Espanha, que fundou verdadeiros estados de exceção, alheios à “civildade” do centro do mundo e às leis

das metrópoles¹⁰¹; pelo neocolonialismo, que compreende os processos de dominação política e econômica manejados pelas potências capitalistas no período pós 2ª Guerra Mundial; e, hoje, pelo colonialismo tardio, reflexo da passagem do capitalismo produtivo para o financeiro, que tem as regras ditadas pelas grandes corporações transnacionais (que têm suas bases no hemisfério norte), põe em xeque as soberanias dos Estados e provoca o superendividamento¹⁰².

Como não poderia ser diferente, o sistema penal brasileiro é reflexo dessa história colonial de base escravocrata, de sucessivos governos autoritários e repressivos, que buscam defender a sociedade “do outro”, ou seja, do arquétipo do inimigo criado à semelhança dos grupos sociais historicamente oprimidos: os pobres e os negros. São também governos com tendências a encolher o Estado social e na mesma medida a expandir o Estado penal, de forma que o tratamento dos problemas sociais fique a cargo deste último. Assim, o sistema punitivo age como garantidor e perpetuador das vertiginosas desigualdades sociais e raciais e fomenta os sentimentos de medo, vingança e morte contra aqueles grupos.

Na tentativa de realizar uma breve retrospectiva histórica das relações de poder e das técnicas que reforçam o sistema punitivo, apesar de seu flagrante fracasso (será que ao final este fracasso faz parte das suas funções não declaradas?), utilizar-se-á as ideias de disciplina e de biopolítica de Michel Foucault, bem como a passagem para a necropolítica, ideia desenvolvida por Achille Mbembe. Em momento posterior, buscar-se-á a fundamentação “oculta” do engrandecimento do sistema penal com o surgimento e a consolidação do Estado neoliberal.

¹⁰¹ “Os escombros humanos do mundo feudal, no corpo de ladrões e vagabundos, passaram a constituir um problema para as cidades europeias. Um alvará de D. João III, em 1536, impunha aos ‘moços vadios de Lisboa’ que reincidissem em ‘furtar bolsas’ o degredo para o Brasil; neste mesmo ano o rei concedeu couto e homizio a todos os condenados (excetuados os convictos por heresia, traição, sodomia e moeda falsa) que viessem povoar a capitania de Pero de Góes” (BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 149.)

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho latino-americano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015, p. 32 e ss.

2.1 DA DISCIPLINA E DA BIOPOLÍTICA À NECROPOLÍTICA: TÉCNICAS OCULTAS DE FUNCIONAMENTO DO SISTEMA PENAL

O filósofo Michel Foucault, em sua conhecida obra “Vigiar e Punir”, publicada em 1975, parte à investigação do nascimento da prisão no contexto de ascensão e de consolidação da ordem social e econômica capitalista no século XVIII, ou seja, no contexto de queda das monarquias absolutistas e ascensão da burguesia ao poder. A necessidade da burguesia iluminista não era só de controlar a arbitrariedade do Estado, mas também de controlar as massas populares, o que deu origem a uma nova maneira de vigiar e de punir, uma vez que era necessário não punir menos, mas punir melhor, com a eficácia do utilitarismo econômico. Neste contexto, a prisão, segundo o autor, foi concebida para produzir subjetividades nos indivíduos (valores, crenças, sentimentos, conhecimentos) adequadas à forma do capitalismo, assim também como foram as escolas, os hospitais, os quartéis, etc. Para que tais subjetividades sejam alcançadas é utilizada a disciplina como técnica de poder¹⁰³.

Para esta ordem socioeconômica emergente, que tem por objetivo a incessante produção e acumulação de riquezas, o corpo deve ser constantemente produzido como dócil politicamente e útil produtivamente; o sujeito da produção e a produção do sujeito são dois lados do mesmo processo. A disciplina, desse modo, é o que produz os indivíduos, é a técnica específica de um poder que os considera ao mesmo tempo objetos e instrumentos de seu exercício. Nas palavras de Foucault, esses “métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as disciplinas”¹⁰⁴.

Esse elemento, portanto, é uma maquinaria que esquadrinha o indivíduo, o desarticula e o recompõe da forma desejada pelo poder¹⁰⁵. A prisão surge para este efeito, para (re)formar, disciplinar e corrigir os corpos transgressores da ordem agora imposta pela burguesia¹⁰⁶. É importante sublinhar que o autor não concebe o poder como algo que emana

¹⁰³ FOUCAULT, *Vigiar e punir...*, p. 164.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 164.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p. 164.

¹⁰⁶ Um ano após a publicação de *Vigiar e Punir*, em uma de suas aulas no Collège de France (de 14 de janeiro de 1976), Foucault ressalta que o sistema capitalista não se interessa exatamente pela reabilitação do corpo do delinquente, mas sim pelo conjunto de mecanismos pelos quais o criminoso é controlado, seguido, punido, reformado, os quais geram benefício econômico e utilidade política (FOUCAULT, Michel. *É preciso*

unicamente do Estado ou de uma instituição, ou então de um grupo dominante, mas sim como “qualquer coisa que circula, ou melhor, como qualquer coisa que só funciona em cadeia. Ele nunca está localizado aqui ou além, nunca está nas mãos de alguns, nunca é possuído como uma riqueza ou um bem. O poder funciona. O poder exerce-se em rede e, nessa rede, os indivíduos não só circulam como estão sempre em posição de suportar e também de exercer esse poder. (...) Por outras palavras, o poder transita pelos indivíduos, não se aplica a eles”¹⁰⁷. É por isso que, neste sentido, mesmo que uma determinada ordem emane inicialmente de uma instituição ou de um grupo é facilmente assimilada pelo corpo social e passa a ser aplicada e exigida pelos seus próprios componentes.

Como já referido, a disciplina age sobre o corpo individualmente considerado pensando na produção em larga escala de corpos produtores e consumidores do capitalismo; o objetivo é fazer do corpo uma máquina de produção, reprodução e consumo de riquezas. É um poder, portanto, de vida, cuja função é operar a imposição da vida dócil e útil. Assim, o antigo poderio de morte do soberano nos Estados absolutistas, que escolhia quem seria eliminado do sistema e como (os criminosos eram punidos e eliminados por meio dos suplícios, aos olhos do público¹⁰⁸, ou então eram enviados às colônias) é substituído pela gestão dos corpos e da vida. No lugar do espetáculo da punição, existe agora a prática de correção constante do homem ao seu meio; controlar e manipular diversidades é mais efetivo do que violentar.

Todavia, com a intensificação do capitalismo, desponta uma nova tecnologia de poder, que integra e modifica parcialmente a disciplina. “Esta nova técnica não suprime a técnica disciplinar muito simplesmente por ser de outro nível, por se encontrar noutra escala”¹⁰⁹; não se aplica ao homem-corpo, individualmente considerado, mas à vida da espécie humana.

Assim, tem-se num primeiro momento a tomada de poder sobre o corpo – que se fez com a disciplina – e num segundo momento tem-se a tomada de poder sobre a massa humana. “Depois da anátomo-política do corpo humano, posta a funcionar durante o século

defender a sociedade: curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006, p. 46-47).

¹⁰⁷ FOUCAULT, *É preciso defender...*, p. 43.

¹⁰⁸ Para tanto, ver FOUCAULT, *Vigiar e punir...*, capítulos I e II.

¹⁰⁹ FOUCAULT, *É preciso defender...* p. 258.

XVIII, vemos aparecer, no final desse mesmo século, algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria uma biopolítica da espécie humana”¹¹⁰.

Foucault esclarece que, assim, nasce uma nova governamentalidade. O foco dos governos deixa de ser a disciplina dos corpos e passa a ser a produção da vida da massa humana, dos processos de natalidade, mortalidade, longevidade. Aqui se trata de produzir a vida também, mas da coletividade, uma biopolítica da população. “A velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida”¹¹¹. O poder é exercido de forma a fazer viver e deixar morrer e está imbricado no modo de produção capitalista: garante a inserção dos corpos no aparelho de produção e ajusta a população aos processos econômicos¹¹². Os problemas da reprodução e da natalidade, assim como do envelhecimento e da longevidade, passaram a ser de interesse do poder, pois têm impacto direto na capacidade produtiva e de consumo da população.

Segundo o autor, é com o surgimento da biopolítica que a população passa a ser ao mesmo tempo um problema científico e político, pois para que se alcance uma regularização da vida, é necessário modificar não mais um fenômeno particular, como faz a disciplina com o indivíduo, mas as determinações dos fenômenos gerais. Passa a ser necessário modificar, baixar a mortalidade, alongar a duração da vida, estimular a natalidade¹¹³.

Assim, pode-se dizer que o elemento que circula da disciplina à biopolítica, que se aplica do corpo à massa humana, que permite adestrar os indivíduos e regular as vidas de toda a população, é a norma. O poder na sociedade da normalização se apoderou da vida e conseguiu recobrir toda a superfície que vai do micro ao macro.

Apesar de pensar as sociedades regidas por estas técnicas, que são essencialmente produtoras da vida, que procuram promover e estendê-la ao seu nível máximo para que a produção e o consumo das riquezas sejam expandidos, Foucault reconhece a existência de um poder de morte exercido pelos governos e existente no próprio corpo social, que reclama a eliminação não só de seus inimigos, mas também de seus pares. A face morte da biopolítica é o racismo. Este elemento aparece como instrumento de luta de um grupo social contra o outro e serve de estratégia dos conservadores sociais. É um racismo estrutural, que a

¹¹⁰ FOUCAULT, *É preciso defender...* p. 259.

¹¹¹ FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade: a vontade de saber*. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 150.

¹¹² *Ibidem*, p. 152.

¹¹³ FOUCAULT, *É preciso defender...* p. 262.

sociedade irá exercer sobre si mesma, sobre os seus próprios elementos e produtos; “um racismo interno, o da purificação permanente, que será uma das dimensões fundamentais da normalização social”¹¹⁴.

O racismo, neste sentido, exerce duas funções: a primeira, de fragmentação do campo biológico, criando hierarquias entre raças e grupos sociais, desnivelando uns grupos em relação aos outros no interior da população; a segunda, de eliminação do inferior para que a raça ou o grupo superior possa se tornar soberano. “A morte do outro não é simplesmente a minha vida, na medida que significa a minha segurança pessoal. A morte do outro, a morte da raça má, da raça inferior (do degenerado, ou do anormal), é aquilo que tornará a vida em geral mais sã. Mais sã e mais pura”¹¹⁵. Segundo David Garland, a representação deste “outro”, no que chamou de criminologia do outro, como uma espécie diferente, não assimilável ao “nós”, permite a sua demonização e o emprego de maiores ou menores níveis de atrocidade¹¹⁶.

Foucault alerta para o fato de que o racismo não surgiu com a biopolítica, é muito anterior a ela, mas foi somente a partir dela que se inseriu como mecanismo de morte nos Estados modernos¹¹⁷.

Em outras palavras: a provocação da morte é aceitável quando objetivar a eliminação da raça ou do grupo social inferior para que o superior se afirme e prevaleça. A morte, neste sentido, não é somente a fisicamente perpetrada, mas também a morte psíquica, social, econômica, política. Assim, a guerra e o combate ao crime passam necessariamente pelo racismo, na medida em que o inimigo – o outro, aquele que ameaça a soberania – é morto ou isolado da sociedade.

Nestas condições, os Estados mais mortíferos são também os mais racistas. O exemplo mais extremado é o do Estado nazista. O nazismo foi um regime extremamente disciplinador dos corpos e regularizador da população, assegurava e exaltava a vida da raça soberana ao mesmo tempo em que segregava e exterminava cruelmente aqueles que

¹¹⁴ FOUCAULT, *É preciso defender...*, p. 73-74.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 272.

¹¹⁶ GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 228.

¹¹⁷ Achille Mbembe afirma que o racismo emerge no século XVIII como uma experiência intraeuropeia, mas finca suas raízes nas experiências coloniais, as quais possuem como marca os processos de escravidão e genocídio dos povos indígenas nas Américas e na África. Para Mbembe “todo relato histórico sobre la emergencia del terror moderno debe tener en cuenta la esclavitud, que *puede considerarse como una de las primeras manifestaciones de la experimentación biopolítica*” (MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Tradução de Elisabeth Falomir Archambault. Espanha: Editorial Melusina, 2011, p. 31).

considerava inferiores e indignos de vida. É claro que estes poderes de vida e de morte não emanavam somente do Estado – até porque, como já referido, o poder é algo que circula entre os indivíduos –, a população também contribuiu para que fossem largamente exercidos. O Estado nazista, para Foucault, combinava as características de um Estado racista, mortífero e suicida¹¹⁸. É claro que não é necessário recorrer ao exemplo mais extremo para entender o que o racismo de Estado quer significar. Os atuais Estados ditos democráticos, inseridos na lógica da biopolítica, utilizam-se do racismo para isolar e/ou matar o outro, o negro, o marginal, o delinquente, o louco, todos aqueles que incomodam ou ameaçam a soberania do sistema.

Na sequência, a partir do século XX, e de maneira mais acentuada na segunda metade, ocorrem transformações técnicas no modo de produção capitalista e o sistema passa a precisar cada vez menos de força de trabalho. A ação passa a ser justamente o inverso do que existia até então: não se pretende mais disciplinar os corpos e regularizar as populações para que sejam completamente assimiladas pelo modo de produção; com a crescente mecanização, desenvolvimento tecnológico, expansão e consolidação do capitalismo globalizado, de investimento, dos mercados financeiros, pretende-se agora expulsar as massas do ciclo produtivo, uma vez que elas se tornaram dispensáveis para a geração das riquezas.

Ainda que a produção de valor seja própria do trabalho vivo, essa nova fase do capitalismo aprofunda aquilo que Karl Marx chamou de “trabalho morto”¹¹⁹ – a força de trabalho se acumula agora nos próprios meios de produção e passa a descartar a mão de obra menos qualificada. Diferentemente do que acontecia com o fordismo, em que as grandes massas humanas eram trazidas para as fábricas, o atual contexto capitalista (financeiro, das corporações transnacionais, dos grandes bancos, das bolsas de valores, das massas de dinheiro que sequer podem ser materializadas) deixa de incluir os indivíduos em seu ciclo produtivo, despejando-os no mercado informal ou no desemprego. E o que fazer com essa população dispensada, que não encontra espaço sequer na classe mais explorada do modo de produção capitalista?

É possível verificar, neste contexto, que o sistema criminal aparece como a principal opção de gestão destes corpos dispensados, tornados supérfluos, que vivem às

¹¹⁸ FOUCAULT, *É preciso defender...* p. 277.

¹¹⁹ MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 371.

margens, que foram empurrados para as periferias, para as favelas. Assim, aquela biopolítica concebida por Foucault se utiliza tanto do racismo para dar conta desta nova configuração do poder que é convertida na necropolítica.

A necropolítica tem a capacidade de decidir quem pode viver e quem deve morrer. Fazer morrer e deixar viver, em contraposição à concepção foucaultiana de fazer viver e deixar morrer, constitui a soberania dos Estados contemporâneos e, de forma mais pronunciada, dos Estados da periferia do capitalismo, aqueles que são extremamente desiguais, que foram colonizados, tardiamente industrializados e que são coadjuvantes no poder e mercado mundiais¹²⁰.

Esta política de morte tem como objetivo a eliminação física e social em larga escala das populações à margem do capitalismo: os corpos “excedentes”, que não são mais rentáveis, que não são capazes de gerar riquezas, são expulsos do arranjo social e jogados para as periferias, ao desemprego, às prisões, às execuções sumárias.

A ideia de necropolítica de Mbembe está, na verdade, ligada às novas formas de dominação e submissão no continente africano pós-colonial. Não obstante, a sua análise pode ser aplicada ao conjunto dos Estados pertencentes à periferia do capitalismo mundial, no qual o Brasil está inserido, sobretudo quando se percebe a grave crise política, econômica e social que vive o país, com crescentes taxas de desemprego, aumento da pobreza, superencarceramento e sucessivas restrições dos direitos individuais e sociais. A concepção do autor possibilita uma análise crítica dos fenômenos de violência próprios destes Estados, nos quais a exclusão, o autoritarismo e a barbárie, historicamente perpetrados tanto pela sociedade quanto pelos governos, ocupam o lugar daquilo que deveria ser o Estado social, cada vez mais fraco e menos garantidor de direitos.

Segundo o próprio autor, uma das dimensões da necropolítica é a “*instrumentalización generalizada de la existencia humana, y la destrucción material de los cuerpos y poblaciones humanas juzgados como desechables o superfluos*”¹²¹. O sujeito supérfluo, cuja força de trabalho já não é mais necessária ao modo de produção, passa a ser portador de uma vida matável; a vida desprovida de qualquer valor de troca torna-se uma vida aniquilável. Neste ponto a biopolítica converte-se em necropolítica.

¹²⁰ MBEMBE, *Necropolítica...*, p. 19.

¹²¹ MBEMBE, Achille. Necropolítica: una revisión crítica. In: *Estética y Violencia: necropolítica, militarización y vidas lloradas*. México: Museo Universitario Arte Contemporáneo/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 135-136.

Para Giorgio Agamben, a biopolítica, na medida em que valorizou e politizou toda a forma de vida, criou também uma categoria jurídica de vida sem valor ou indigna de ser vivida, que por decisão da própria sociedade passa a ser politicamente irrelevante, passa a ser nua, desprovida de direitos, o que implica na possibilidade de ser impunemente eliminada¹²².

A política de morte é a forma adequada ao capitalismo em crise estrutural (porque dispense daquilo que é originalmente o seu motor), na medida em que a questão social já não é mais administrável pelas estruturas convencionais (sociais, governamentais e econômicas), e a conseqüente militarização, barbarização e segregação dos espaços periféricos aparece como modelo de gestão possível destes corpos excedentes. Para Sayak Valencia, as práticas dessa necropolítica são "ações radicais destinadas a vulnerar o corpo"¹²³, num processo de isolamento e eliminação em massa, como tentativa de manter um sistema em ruínas.

Neste contexto, a necropolítica serve perfeitamente como forma de análise do fortalecimento dos sistemas punitivos de alguns Estados, inclusive e principalmente o brasileiro. O uso sistemático de políticas criminais voltadas à militarização, à guerra, à seleção, ao encarceramento ou à eliminação dos corpos que vivem à margem da sociedade dita "de bem", branca, culta, cristã, das classes mais altas, transformou a justiça penal e as prisões brasileiras em verdadeiros depósitos de mulheres e homens negros e pobres, obrigados a viver em condições de superlotação, insalubridade, violência... Em condições de desumanização. Neste contexto, a punição aplicada pelo Estado não se reduz à privação da liberdade, mas sim à condenação a um espaço de morte física, psíquica, social e política. Para Máximo Sozzo, a prisão moderna é "*una prisión sin trabajo, sin educación, sin religión, sin familia, sin observación, clasificación y tratamiento, sin flexibilización del encierro. Ni una 'prisión-fábrica', ni una 'prisión-escuela', ni una 'prisión-monasterio', ni una 'prisión-familia', ni una 'prisión-asilo' o 'prisión-hospital'. Una prisión sólo encierro y aislamiento, reglamentación, vigilancia y sanción. Una prisión 'segura'. Una 'prisión-jaula' o 'prisión-depósito'*"¹²⁴.

¹²² AGAMBEN, Giorgio. *O poder soberano e a vida nua: homo sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998, p. 134.

¹²³ VALENCIA, Sayak. *Capitalismo gore*. Espanha: Editorial Melusina, 2010, p. 147.

¹²⁴ SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y "prisión-depósito" en Argentina. *Revista Sistema Penal e Violência*. v. 1, n. 1, p. 33-65, jul./dez. 2009. Porto Alegre, 2009, p. 50.

O cárcere, assim considerado um espaço de poder que produz a dessacralização e a mutilação dos corpos, é o próprio exercício da necropolítica. É um espaço em que são produzidas formas únicas e novas de existência social, em que os encarcerados se veem submetidos a condições de mortos-vivos¹²⁵. Aos “mortos da democracia”¹²⁶ não é necessária a declaração de uma guerra ou a instauração de um governo totalitário para que os seus cadáveres sejam acumulados, pois já não há direitos para estas pessoas, vivem à margem do que é legal.

Num paralelo com Agamben, os Estados contemporâneos, aqueles chamados democráticos, utilizam-se do estado de exceção, que originalmente significa um estado de coisas provisório e excepcional, como técnica de governo, como técnica da necropolítica, instaurando uma guerra legal e não declarada, que permite a eliminação física de categorias inteiras de cidadãos que por qualquer razão não sejam integráveis no sistema político. “O estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal”¹²⁷. Segundo Sozzo, o emprego da guerra como metáfora abriga uma percepção dicotômica e maniqueísta, na qual existem dois lados (um bom e um mau), sendo que a resolução desse enfrentamento só pode ter como consequência a neutralização ou a eliminação de um deles¹²⁸.

A situação das prisões no Brasil é tão semelhante ao que foi acima descrito que foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal, a corte constitucional do país, no acórdão da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347 proferido 2015, um “estado de coisas inconstitucional” em razão da violação reiterada e permanente dos direitos fundamentais dos custodiados.

Segundo o voto do Ministro Marco Aurélio: “(...) a população carcerária, maioria de pobres e negros, alcançava, em maio de 2014, 711.463 presos, incluídos 147.397 em regime domiciliar, para 357.219 vagas disponíveis. Sem levar em conta o número de presos em domicílio, o déficit é de 206.307, subindo para 354.244, se computado. A deficiência de vagas poderia ser muito pior se não fossem os 373.991 mandados de prisão sem cumprimento. Considerando o número total, até mesmo com as prisões domiciliares, o Brasil

¹²⁵ MBEMBE, *Necropolítica...*, 2011, p. 33.

¹²⁶ CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010, p. 256.

¹²⁷ AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, 2010, p. 12-13.

¹²⁸ SOZZO, *Populismo punitivo...*, p. 43.

possui a terceira maior população carcerária do mundo, depois dos Estados Unidos e da China. Tendo presentes apenas os presos em presídios e delegacias, o Brasil fica em quarto lugar, após a Rússia. A maior parte desses detentos está sujeita às seguintes condições: superlotação dos presídios, torturas, homicídios, violência sexual, celas imundas e insalubres, proliferação de doenças infectocontagiosas, comida imprestável, falta de água potável, de produtos higiênicos básicos, de acesso à assistência judiciária, à educação, à saúde e ao trabalho, bem como amplo domínio dos cárceres por organizações criminosas, insuficiência do controle quanto ao cumprimento das penas, discriminação social, racial, de gênero e de orientação sexual. Com o déficit prisional ultrapassando a casa das 206 mil vagas, salta aos olhos o problema da superlotação, que pode ser a origem de todos os males. No Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, formalizado em 2009, concluiu-se que ‘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’. Consta, na representação da Clínica UERJ Direitos, que, nos presídios e delegacias, por todo o país, as celas são abarrotadas de presos, que convivem espremidos, dormem sem camas ou colchões, em redes suspensas no teto, “dentro” das paredes, em pé, em banheiros, corredores, pátios, barracos ou contêineres. Muitas vezes, precisam se revezar para dormir. Os presídios e delegacias não oferecem, além de espaço, condições salubres mínimas. Segundo relatórios do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, os presídios não possuem instalações adequadas à existência humana. Estruturas hidráulicas, sanitárias e elétricas precárias e celas imundas, sem iluminação e ventilação representam perigo constante e risco à saúde, ante a exposição a agentes causadores de infecções diversas. As áreas de banho e sol dividem o espaço com esgotos abertos, nos quais escorrem urina e fezes. Os presos não têm acesso a água, para banho e hidratação, ou a alimentação de mínima qualidade, que, muitas vezes, chega a eles azeda ou estragada. Em alguns casos, comem com as mãos ou em sacos plásticos. Também não recebem material de higiene básica, como papel higiênico, escova de dentes ou, para as mulheres, absorvente íntimo. A Clínica UERJ Direitos informa que, em cadeia pública feminina em São Paulo, as detentas utilizam miolos de pão para a contenção do fluxo menstrual. Além da falta de acesso a trabalho, educação ou qualquer outra forma de ocupação do tempo, os presos convivem com as barbáries

promovidas entre si. São constantes os massacres, homicídios, violências sexuais, decapitação, estripação e esquartejamento. Sofrem com a tortura policial, espancamentos, estrangulamentos, choques elétricos, tiros com bala de borracha. Quanto aos grupos vulneráveis, há relatos de travestis sendo forçados à prostituição. Esses casos revelam a ausência de critério de divisão de presos por celas, o que alcança também os relativos a idade, gravidade do delito e natureza temporária ou definitiva da penalidade. O sistema como um todo surge com número insuficiente de agentes penitenciários, que ainda são mal remunerados, não recebem treinamento adequado, nem contam com equipamentos necessários ao desempenho das próprias atribuições. O quadro não é exclusivo desse ou daquele presídio. A situação mostra-se similar em todas as unidades da Federação, devendo ser reconhecida a inequívoca falência do sistema prisional brasileiro”¹²⁹.

Apesar deste grave reconhecimento, a decisão teve pouco ou nenhum impacto na prática judiciária e carcerária. Não há notícias de melhoramento das condições das prisões ou da diminuição do número de presos ou então da diminuição do número de condenações. Pelo contrário, a decisão não impediu que, no ano seguinte, o STF decidisse favoravelmente à possibilidade de execução antecipada da pena de prisão. Isto significa dizer que a corte constitucional do país decidiu ser possível executar a pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória¹³⁰ (que não se confunde com a prisão provisória, processual), violando de forma flagrante o princípio da presunção de inocência previsto na própria Constituição Federal (art. 5º, inciso LVII)¹³¹.

Como se não bastasse a superlotação das prisões brasileiras com presos provisórios – os quais correspondem a 40% do total – e presos condenados em definitivo – 38% deles em regime fechado e 15% em regime semiaberto (os outros 7% estão distribuídos entre regime aberto e penas alternativas)¹³² – vivendo em condições desumanas, o STF permitiu que mais corpos sejam privados de liberdade e despejados no inferno criado pelo homem.

¹²⁹ STF. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

¹³⁰ STF. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

¹³¹ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹³² BRASIL. Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017, p. 13.

Os números da população carcerária citados pelo Ministro em seu voto, que já eram alarmantes em 2014, foram atualizados e divulgados em 2017 por meio do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, relatório oficial elaborado pelo Departamento Penitenciário Nacional em parceria com o Ministério da Justiça e Segurança Pública¹³³. Até junho de 2016, os números das prisões brasileiras eram os seguintes:

Brasil - Junho de 2016	
População prisional	726.712
Sistema Penitenciário	689.510
Secretarias de Segurança/ Carceragens de delegacias	36.765
Sistema Penitenciário Federal	437
Vagas	368.049
Déficit de vagas	358.663
Taxa de ocupação	197,4%
Taxa de aprisionamento	352,6

Gráfico 1 – Números do sistema prisional brasileiro

Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016.

Com 726.712 presos, mas com vagas somente para a metade deste número, o Brasil possui hoje a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás somente dos Estados Unidos (1º) e da China (2º). Vale lembrar que este dado é estático, ou seja, corresponde ao número de presos existentes no sistema na data em que os relatórios foram elaborados pelas prisões e pelas carceragens. Estima-se que no período de um ano, mais metade deste total passa pelo sistema penal, entre entradas e saídas, o que faz com que a movimentação seja de mais de um milhão de pessoas¹³⁴. Além disso, estima-se que até o primeiro semestre de 2018 existiam mais de 448 mil mandados de prisão válidos a serem

¹³³ BRASIL, *Levantamento nacional...* É importante destacar que os números e os gráficos utilizados neste trabalho foram fornecidos e compilados por órgãos oficiais do Estado brasileiro. Contudo, se verificadas as considerações metodológicas do relatório, observar-se-á que muitos estabelecimentos prisionais de diversos estados da federação deixaram de participar e de encaminhar seus dados. Assim, deve-se tomar estes números como aproximados, na realidade, podem ser muito maiores.

¹³⁴ BRASIL, *Levantamento nacional...*, p. 28.

cumpridos¹³⁵, que, se fossem, resultariam no acréscimo de quase meio milhão de pessoas no sistema prisional.’

Em que pese a Constituição Federal dispor no art. 5º, inciso XLVII, que não haverá penas de morte e cruéis e, no inciso XLIX, que é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral, a realidade daqueles que vivem encarcerados é o avesso do que se lê na carta que constitui o Estado brasileiro. Um espaço no qual os direitos mais básicos dos indivíduos são suprimidos e os corpos são expostos às doenças, à violência de toda forma (física, psíquica, moral, sexual), à fome, à falta de higiene, ao sofrimento, ao abandono e à morte não permite leitura diversa da necropolítica.

Corroborando o que se afirmou até agora em relação à cor dos “mortos da democracia”, os gráficos abaixo demonstram que a grande maioria dos presos pertence aos grupos colonizados e escravizados, presentes nos porões dos navios negreiros e nas senzalas, hoje encontrados sobremaneira nas favelas, nos morros, nas periferias. Apesar de os negros corresponderem basicamente à metade da população brasileira, são quase o dobro dos presos brancos. É nítido, portanto, que o sistema penal brasileiro atua como reprodutor e perpetuador da colonialidade e do racismo:



Gráficos 2 e 3 – Comparação entre negros e brancos na população total e no sistema prisional
Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016.

Quanto ao perfil educacional e econômico dos presos, pode-se observar dos gráficos abaixo que 70% deles possuem somente o ensino mais básico, ou nem isso. São

¹³⁵ VICK, Mariana; POMPEU, Lauriberto. Mandados não cumpridos superam vagas de prisões em 18 estados do país. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/mandados-nao-cumpridos-superam-vagas-de-prisoas-em-18-estados-do-pais.shtml>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.

pessoas que foram privadas da educação, direito social e dever do Estado, ao menos segundo consta no art. 23, inciso V, da Constituição Federal, e receberam deste mesmo Estado somente a resposta do braço armado. A baixa escolaridade também tem impacto direto na baixa empregabilidade e remuneração e, conforme se verifica, 33% dos presos não recebem qualquer tipo de remuneração e 63% recebem menos de 1 salário mínimo, o que corresponde a viver com menos de 998 reais por mês, valor correspondente a 229 euros a depender do câmbio. Apenas 4% dos encarcerados recebem mais de 1 salário mínimo:

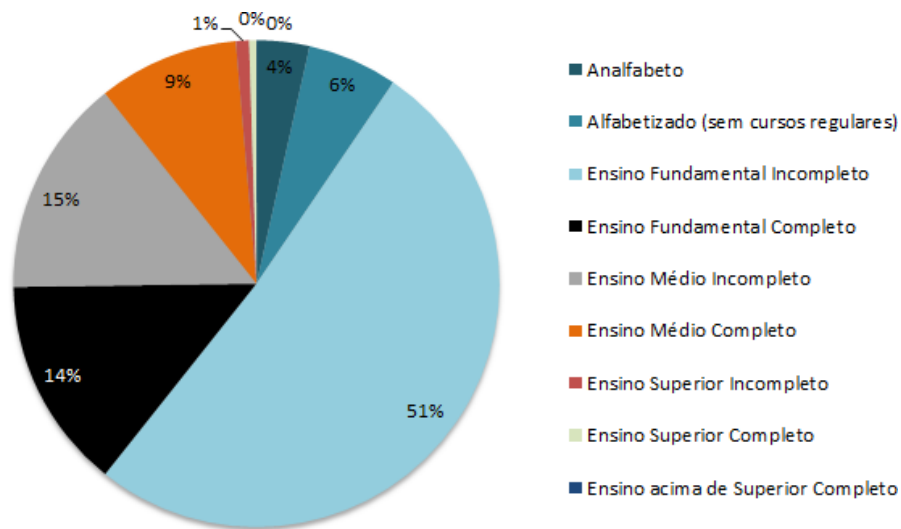


Gráfico 4 – Perfil educacional dos presos

Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016.

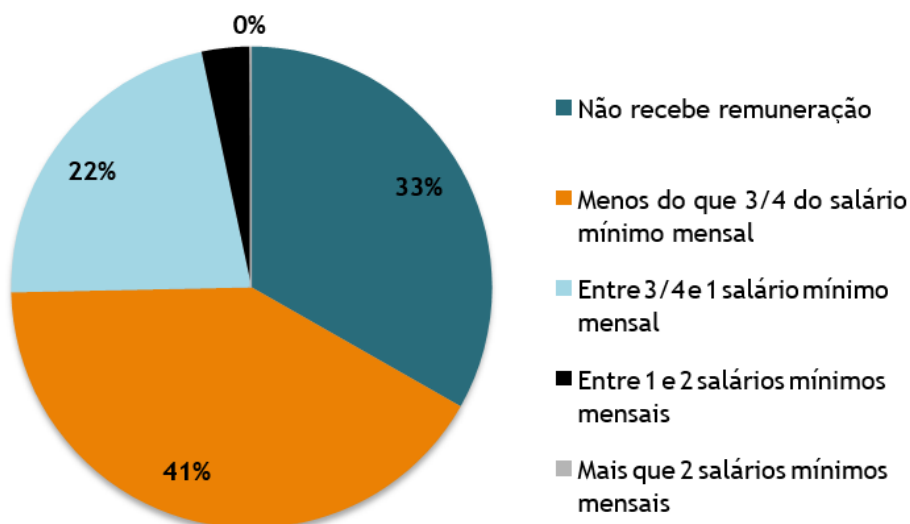


Gráfico 5 – Perfil econômico dos presos

Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN, 2017.

A disparidade racial e econômica é ainda mais proeminente entre os jovens. Conforme se vê no gráfico que segue, os presos entre 18 e 29 anos correspondem a 55% do total:

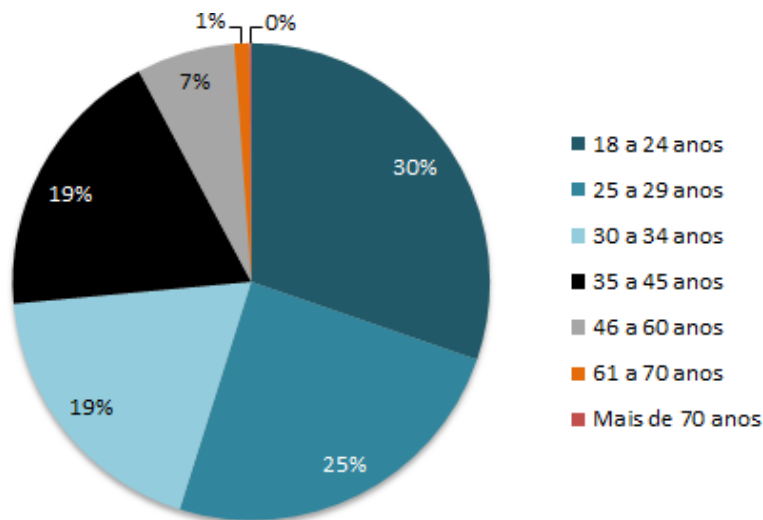
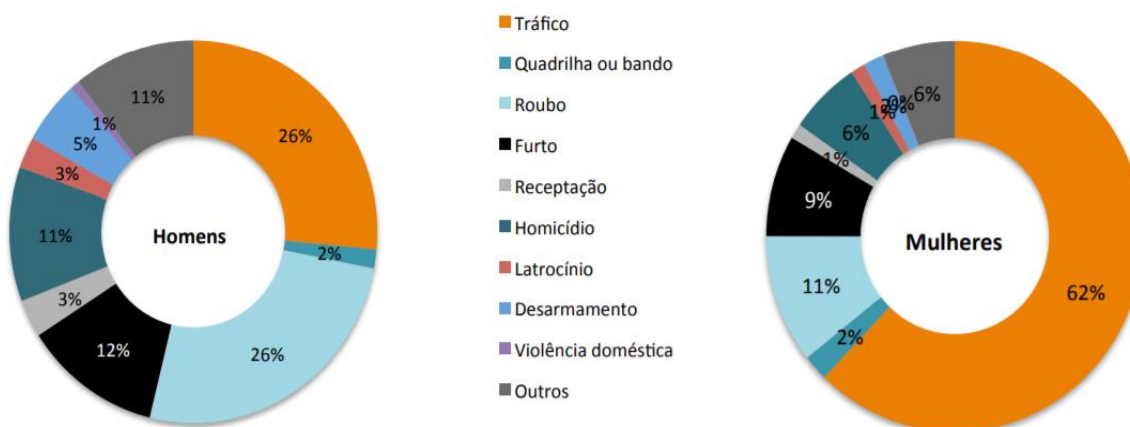


Gráfico 6 – Faixa etária dos presos

Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016.

Com relação aos tipos de crimes que mais encarceram hoje os brasileiros, são os gráficos:



Gráficos 7 e 8 – Tipos de crimes que mais prendem homens e mulheres

Fonte: Levantamento nacional de informações penitenciárias – INFOPEN, Junho/2016.

É possível observar dos dados acima que o tráfico de drogas tem grande expressão, especialmente entre as mulheres. Certamente isso é reflexo da política de guerra às drogas, que tem por objetivo a seleção da ponta da organização do tráfico, dos pequenos

comerciantes, dos mais pobres, aqueles mais facilmente identificados pelas forças policiais e facilmente substituídos, uma vez que não impactam na produção e na distribuição dos estupefacientes.

Em relação à própria positivação do tráfico, a Lei 11.343/06 possui indeterminações normativas na qualificação da conduta que se subsume ao tráfico de drogas (art. 33) e possui grande margem de punição em abstrato (de 05 a 15 anos). Estes espaços de discricionariedade normativos, na prática da justiça penal, são normalmente preenchidos por punitividade e não por liberdade. “Segundo a Lei de Drogas, configuram crime as condutas de adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas. Ambas as condutas, porém, estão previstas nos tipos penais do art. 28 e do 33 da Lei 11.343/06, ou seja, objetivamente a mesma conduta empírica pode ser capitulada como “consumo” (efeito legal: pena alternativa) ou “tráfico” (efeito legal: reclusão de 05 a 15 anos). O critério de diferenciação, previsto no art. 28, § 2º, estabelece que para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Trata-se, porém, de uma não-regra. Os espaços de ambiguidade são tão grandes que é evidente perceber como a espécie de imputação será definida pelas metarregras que compõem os quadros mentais dos agentes do sistema punitivo, ou seja, pela pré-compreensão e pela representação que os intérpretes-atores (policial, promotor ou juiz) têm sobre quem é o traficante e quem é o usuário de drogas”¹³⁶.

É possível observar também a grande expressão de crimes contra o patrimônio privado não violentos, como o furto e a receptação. Parece injustificável do ponto de vista da dignidade humana que se tenha 15% de homens presos por estes delitos e 10% de mulheres, percentagens que equivalem a mais de 100 mil encarcerados. Neste ponto, numa análise comparativa dos crimes contra o patrimônio público (por exemplo, crimes previdenciários e tributários), o próprio ordenamento jurídico evidencia a radical seletividade do sistema, uma vez que, tradicionalmente, criam-se mecanismos de extinção da punibilidade após a reparação do dano causado ao erário. “O art. 34 da Lei 9.242/95 determinava a extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária no caso de o

¹³⁶ CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2015, p. 633.

agente promover o pagamento do tributo ou da contribuição social antes do recebimento da denúncia. O art. 9º, § 2º da Lei 10.684/03, igualmente regulou a extinção da punibilidade dos crimes contra a ordem tributária (art. 1º e 2º da Lei 8.137/90) e contra a previdência social (art. 168a e 337a do Código Penal) quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuasse, a qualquer tempo, o pagamento dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais. A Lei 11.941/09, em seu art. 69, determinou a extinção da punibilidade quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais que tivessem sido objeto de concessão de parcelamento¹³⁷. Atualmente a Lei 12.382/11, que alterou o art. 83, § 4º da Lei 9.430/96, prevê que será extinta a punibilidade quando a pessoa física ou jurídica relacionada ao agente criminoso efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos dos tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.

A partir disso, conclui-se que a própria legislação imuniza as elites econômicas (e normalmente brancas) de qualquer contato com o sistema penal, ao permitir que aqueles que cometem crimes contra o patrimônio público fiquem isentos de pena ao devolverem os valores indevidamente apropriados. Não por outro motivo os crimes dessa natureza sequer aparecem individualizados nos gráficos apresentados.

Outro dado que salta aos olhos é o referente ao roubo, crime contra o patrimônio privado cometido com violência ou grave ameaça. Neste ponto é necessário empreender uma pesquisa mais profunda sobre como a violência e a grave ameaça são interpretadas tanto pela polícia, que tem normalmente o primeiro contato com o crime, e pelas demais instâncias da justiça, o órgão acusador e o julgador, considerando que são as elementares diferenciadoras de um crime de furto e responsáveis pela punição em abstrato bem mais severa, de um a 4 anos (furto) para 4 a 10 anos (roubo). É claro que considerando o histórico da justiça penal e o percentual alto de encarcerados dentro do perfil demonstrado (negro e pobre), é fácil supor que qualquer ato de relativo constrangimento é interpretado como violência e qualquer mínima intimidação é convertida em ameaça, autorizando, assim, uma resposta penal mais gravosa.

Para além de tudo isso, os altos índices de encarceramento por crimes dessas naturezas são também justificados pela concentração da vigilância e do policiamento nas zonas mais pobres das cidades. É também por isso que, hoje, o freguês do sistema penal é

¹³⁷ CARVALHO, *O encarceramento seletivo...*, p. 638.

aquele que se utiliza de técnicas pouco especializadas para o cometimento de crimes, facilmente detectadas. “A maioria avassaladora das investigações é oriunda de prisões em flagrante realizadas pela polícia militar. E essas prisões em flagrante, por óbvio, atingem apenas uma criminalidade aparente”¹³⁸. Os autores de crimes especializados e complexos – e que normalmente estão mais perto dos bairros nobres do que das periferias –, não são os alvos preferenciais da polícia, e por isso não se observa nos gráficos sequer o percentual individualizado dos presos por crimes contra o patrimônio público, como já referido, e do colarinho branco, por exemplo.

Conforme já alertado por Alessandro Baratta, o funcionamento da justiça penal é altamente seletivo, seja no que diz respeito à proteção outorgada aos bens jurídicos, seja no que concerne ao processo de criminalização e ao recrutamento da clientela do sistema. Todo o sistema está dirigido, quase que exclusivamente, contra as classes populares e, em particular, contra os grupos sociais mais vulneráveis, como evidencia o perfil da população carcerária brasileira, ainda que os comportamentos socialmente negativos estejam distribuídos em todos os extratos da sociedade e que as violações mais graves aos direitos humanos ocorram por obra de indivíduos pertencentes aos grupos dominantes ou que fazem parte de organismos estatais ou organizações econômicas privadas, legais ou ilegais¹³⁹. Por isso também o autor afirma que a realidade dos gráficos representa um quadro falso de distribuição da criminalidade.

Assim, pode-se chegar ao entendimento de que as prisões brasileiras estão cheias de jovens negros e negras que tiveram suas trajetórias educacionais interrompidas e que tiveram também reduzidas ou anuladas as perspectivas de empregabilidade formal e de remuneração, com todos os direitos sociais inerentes a elas. Ao serem excluídos do mercado de trabalho formal, são empurrados ao mercado informal, ao desemprego e, em muitos casos, à criminalidade. Como resposta do Estado e da sociedade em geral à ausência de privilégios (inerentes aos brancos e às classes mais ricas), às desigualdades de oportunidade e à inexistência de políticas assistenciais, recebem exclusivamente o tratamento penal.

¹³⁸ CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 144.

¹³⁹ BARATTA, Alessandro. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004. p. 301.

É possível, desse modo, traçar quase por completo o perfil do pária, ou do “outro”, do Estado brasileiro: o/a jovem negro/a, pobre, de baixa escolaridade e da periferia. A necropolítica incide sobremaneira nestes corpos, pois são considerados excedentes ao funcionamento do sistema econômico e social capitalista, o que permite a sua permanente vigilância, aprisionamento em massa e eliminação como método de gestão e controle social.

2.2 O FORTALECIMENTO DO ESTADO NEOLIBERAL E A CONSEQUENTE EXPANSÃO DO ESTADO PENAL

Depois de analisadas as técnicas postas em funcionamento pelos Estados contemporâneos, notadamente pelo Estado brasileiro, para a administração dos corpos subjugados, o que permitiu uma primeira leitura das finalidades não declaradas da justiça penal, talvez seja possível ir mais além na construção das respostas às perguntas feitas no início deste capítulo.

Em linhas passadas, mencionou-se que a vertiginosa expansão do Estado penal se deu, dentre outros fatores, com a passagem do capitalismo produtivo para o capitalismo financeiro. Em termos de modelos de Estado, isso pode ser observado por meio da derrocada no mundo ocidental dos Estados de bem-estar social criados na primeira metade do século XX com a teoria keynesiana, bem como da dissolução da União Soviética, e da progressiva substituição pelos Estados neoliberais, uma vez que a transformação do sistema capitalista aumentou sobremaneira os gastos públicos, levando ao endividamento estatal e a crises econômicas, assim como à falha (ou à falência) dos serviços públicos. Houve também um crescente repúdio a políticas sociais, identificadas como socialistas, em razão da ruínosa experiência soviética.

De forma muito simplificada, é sabido que os Estados sociais priorizam políticas assistenciais e de regulamentação do mercado, bem como pretendem o fornecimento de produtos e serviços (educação, saúde, segurança, direito ao trabalho, seguridade, etc.) a fim de garantir a toda a população uma digna possibilidade de vida e a diminuição da clivagem social. De outro lado, os Estados neoliberais se opõem à assistência e intervenção estatais, preconizando a atuação livre do mercado, sem as amarras das leis, e a oferta de todos os produtos e serviços pelo setor privado; para o neoliberalismo o Estado deve ser o mais enxuto possível. Mas, apesar de bradarem a plenos pulmões a liberdade do mercado, os neoliberais

são extremamente conservadores e reguladores no âmbito das liberdades individuais e comportamentos sociais, o que significa dizer que são muito favoráveis a políticas proibicionistas e punitivas. Aqueles que militam a favor do “menos Estado” no que diz respeito aos privilégios do capital e da utilização da mão de obra, são os mesmos que exigem com igual fervor “mais Estado” que “mascare e contenha as consequências deletérias, nas regiões inferiores do espaço social, da desregulamentação do salariado e da deterioração da proteção social”¹⁴⁰.

Com o apoderamento dos Estados por políticas de submissão ao mercado, as classes mais pobres, sem privilégios, que agora não mais podem recorrer ao Estado para buscar qualquer tipo de assistência, esbarram no único braço que foi fortalecido, o penal.

Assim, o sucesso do neoliberalismo, “como projeto ideológico e prática governamental que ordena a submissão ao ‘livre mercado’ e a celebração da ‘responsabilidade individual’ em todos os domínios, por um lado, e o desenvolvimento de políticas de segurança ativas e punitivas circunscritas à delinquência de rua e as categorias situadas às margens da nova ordem econômica e moral que ocorre sob o império conjunto do capital financeiro e do salário flexível, por outro”¹⁴¹, garante a coerência com a expansão do sistema penal nos países industrializados. De forma a complementar a ideia de necropolítica, pode-se afirmar que os Estados neoliberais são aqueles que, hoje, mais se utilizam de técnicas de morte contra determinados grupos.

O modelo neoliberal foi primeiro colocado em funcionamento nos Estados Unidos com o governo de Ronald Reagan¹⁴² e na Inglaterra de Margaret Thatcher, do fim dos anos 1970 a 1990, e foi exportado aos demais países da Europa e da América Latina, os quais o receberam em maior ou menor grau. No caso do Brasil, que foi sempre fortemente influenciado por tudo aquilo que é produzido em solo estadunidense, a importação das políticas de governo neoliberais foi grande a partir da década de 1990. Para entender como

¹⁴⁰ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. Oeiras: Celta Editora, 2000, p. 6.

¹⁴¹ WACQUANT, Loïc. Insegurança social e surgimento da preocupação com a segurança. *Revista Panóptica*, ano 3, número 19, julho-outubro 2010, p. 198-2013. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_5.2_2010_198-213>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019, p. 198.

¹⁴² Foi também nos Estados Unidos, neste contexto, que nasceu a teoria das *broken windows*, formulada por James Wilson e George Kelling, expoentes da criminologia conservadora estadunidense, e publicada na revista *Atlantic Monthly*. “Essa pretensa teoria sustenta que é lutando firmemente contra as pequenas desordens cotidianas que se poderão fazer recuar as grandes patologias do crime” (WACQUANT, *As prisões...*, p. 12). Foi este ensaio que inspirou o nascimento da política de tolerância zero em Nova Iorque, depois nos Estados Unidos e que posteriormente se espalhou pela Europa e pelas Américas.

isso se deu é necessário tecer algumas breves considerações sobre os governos brasileiros do início do século XX até a atualidade.

Do Estado desenvolvimentista surgido nos anos 1930, preocupado com o desenvolvimento do mercado nacional e dos centros urbanos e defensor do capital nacional em detrimento do estrangeiro, sucede o Estado ditatorial e militar, instituído em 1964 por meio de um golpe de Estado orquestrado pelas forças armadas do país, extremamente intervencionista e autoritário, que inchou sobremaneira a máquina pública e elevou a dívida interna e externa a níveis nunca antes vivenciados.

Diante do colapso econômico e político dos governos militares e da descrença em políticas de intervenção, especialmente em razão da hiperinflação ocorrida no final da década de 1980, o país retorna à ordem democrática em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, e adere à lógica neoliberal – em que pese o texto constitucional aprovado ter consagrado extenso rol de direitos sociais e ter projetado a fundação de um verdadeiro Estado social. O Brasil foi o último dos países da América Latina, já no início dos anos 1990, a entrar no contexto de liberalização do mercado e de desregulamentação com o objetivo de atrair investimentos estrangeiros a qualquer custo, o que o levou a uma posição subordinada no novo panorama econômico mundial¹⁴³.

No plano da geopolítica, o despertar neoliberal brasileiro está ligado ao Consenso de Washington, ocorrido em 1989 nos Estados Unidos. No centro das discussões travadas, concretizou-se a ratificação da proposta neoliberal que o governo estadunidense, o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial impunham como condição à concessão de ajuda financeira. Os governos que se seguiram, de Fernando Collor (1990-1992), Itamar Franco (1992-1994) e Fernando Henrique Cardoso (1995-2002), concretizaram a submissão do Estado ao mercado e ao capital estrangeiros, por meio do estímulo às importações, da desregulamentação da economia e do capital-trabalho, das sucessivas privatizações, dos juros elevados, da compressão da massa salarial, e entre outras medidas voltadas ao capital.

¹⁴³ PORTO, Maria Célia da Silva. Estado e neoliberalismo no Brasil contemporâneo: implicações para as políticas sociais. *IV Jornada Internacional de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão*, 2009. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/1_Mundializacao/estado-e-neoliberalismo-no-brasil-contemporaneo.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

O país ingressou no século XXI presidido por um governante, Fernando Henrique Cardoso, que agia contra os interesses e as aspirações da massa dos trabalhadores brasileiros¹⁴⁴.

Em termos de criação de leis penais e de segurança pública, este período foi marcado, a título exemplificativo, pela: promulgação da Lei 8.072 de 1990, a chamada Lei dos Crimes Hediondos, que indevidamente impôs tratamento penal mais rigoroso aos crimes nela previstos (como o tráfico de drogas), a exemplo do cumprimento da pena integralmente em regime fechado (posteriormente declarado inconstitucional e revogado) e da progressão do regime de execução da pena, que passou a ser de 2/5 ao invés de 1/6 e de 3/5 para reincidentes; promulgação da Lei 9.034 de 1995, a qual dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas (posteriormente revogada e substituída pela Lei 12.850 de 2013); promulgação da Lei 9.296 de 1996, que regulamentou a interceptação telefônica para fins de investigação criminal; deflagração da Operação Rio (1994), que abriu espaço para que as forças armadas assumissem tarefas policiais no Rio de Janeiro, por meio da ocupação das favelas como se fossem territórios inimigos; criação da Secretaria Nacional Antidrogas (1998), de caráter militar, que tinha como objetivo a implementação da política de guerra às drogas¹⁴⁵.

As práticas neoliberais postas em funcionamento em sucessivos governos levaram a grandes crises cambiais, sociais e políticas sofridas nos primeiros anos do séc. XXI, que foram decisivas para a chamada “virada à esquerda” do Brasil, bem como de outros países da América Latina, modificando os projetos políticos do continente que se uniram em grandes blocos ideológicos e de poder¹⁴⁶.

Esta “mudança de rumos” permitiu que em 2003, pela primeira vez, acesse ao posto mais alto do Poder Executivo um representante das classes mais baixas da sociedade brasileira, Luiz Inácio Lula da Silva, do Partido dos Trabalhadores (PT), que prometeu durante a sua campanha realizar profundas mudanças econômicas e sociais a fim de melhorar as condições de vida do proletariado e dos mais pobres. É verdade que o seu governo promoveu algumas políticas assistenciais e de distribuição de renda como forma de

¹⁴⁴ NETTO, J. Paulo. FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.) *O desmonte da nação: balanço do governo FHC*. 3ª ed. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes, 1999. p. 75-89.

¹⁴⁵ KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002, p. 135-136.

¹⁴⁶ FIORI, José Luís. O Brasil e seu “entorno estratégico” na primeira década do século XXI. In: SADER, Emir (org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo: Boitempo, 2013, p. 36.

aprofundar a democracia no país, tais como o Fome Zero, o Bolsa Família, o Programa Universidade para Todos (PROUNI), o programa Minha Casa, Minha Vida, a promoção da valorização do salário mínimo, dentre outras – que atraiu para a sua base de apoio a parcela mais pobre e politicamente desorganizada da sociedade –, mas sem, contudo, criar indisposições políticas com as frações hegemônicas do poder. O capital financeiro, representado pelos banqueiros estrangeiros e nacionais, credores das dívidas externa e interna, continuaram a ditar as regras do jogo e a faturar bilhões de reais¹⁴⁷. Para além disso, Lula ainda conquistou a simpatia e o apoio da burguesia nacional industrial e agrária, ao estimular intensamente a exportação, especialmente de bens de baixa complexidade tecnológica e de *commodities* (como soja, carnes, madeiras, açúcar e álcool, papel e celulose, couros, café, algodão e fibras, fumo e suco de frutas). Já com relação aos trabalhadores organizados, que constituíam a sua base de apoio desde a fundação do PT em 1980, foram tratados a “pão e água”, com a manutenção do arrocho salarial já praticado pelos governos anteriores¹⁴⁸. Também durante os anos de seu governo deixou-se de realizar reformas tributárias que desonerassem bens de consumo, especialmente do gênero alimentício, e criassem tributos para as grandes fortunas, lutas antigas e permanentes da esquerda.

Em geral, o candidato da esquerda, que prometeu governar para as classes operárias e pobres, deu continuidade – ainda que de forma não declarada e mitigada – às políticas neoliberais, notadamente em relação à submissão ao capital financeiro. O governo de sua sucessora Dilma Rousseff (2010-2016), também do PT, seguiu mais ou menos a mesma linha de governo. Deve-se mencionar também que a política criminal praticada nos governos Lula e Dilma foi extremamente repressiva e punitivista. A título de exemplo, foi durante este período que a atual lei de drogas (Lei 11.343 de 2006) foi promulgada, responsável pela agudização da guerra às drogas e do grande encarceramento de negros(as) e pobres, assim como a Lei 11.340 de 2006, conhecida como Lei Maria da Penha, que recrudescu o tratamento penal dos crimes quando praticados contra a mulher no âmbito doméstico e

¹⁴⁷ “A era Lula chega ao fim com um recorde na área financeira. O lucro líquido de uma amostra de nove bancos (entre eles, Banco do Brasil, Itaú e Bradesco) somou R\$ 174,075 bilhões entre 2003 e 2010, em valores nominais. Corrigida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), essa cifra pula para R\$ 199,455 bilhões, batendo de longe os resultados registrados durante a gestão do tucano Fernando Henrique Cardoso” (NOVO, Aguinaldo. Na Era Lula, bancos tiveram lucro recorde de R\$ 199 bilhões. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/na-era-lula-bancos-tiveram-lucro-recorde-de-199-bilhoes-2818232>>. Acesso em: 16 de abril de 2019).

¹⁴⁸ MACHADO, Eliel. Governo Lula, neoliberalismo e lutas sociais. *Revista Lutas Sociais*. Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais da PUC/SP. nº 21/22, jul./dez. 2008 e jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www4.pucsp.br/neils/downloads/2_eliel.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

familiar, e a Lei 12.850 de 2013, que dispõe sobre as organizações criminosas e cria mecanismos de maior intrusão investigativa e processual, tais como a colaboração premiada, a ação controlada e a infiltração de agentes. Houve também a implantação das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) nas favelas do Rio de Janeiro que, na verdade, promovem uma gestão policial da vida dos pobres.

Com o impeachment de Dilma em 2016, que se entende realizado à margem da lei de responsabilidade à qual está submetido o Presidente da República, assume a presidência do país o vice-presidente Michel Temer (2016-2018), que retoma uma postura neoliberal mais ortodoxa, entreguista, privatizadora, de desmonte das poucas conquistas sociais obtidas nos anos anteriores. Em seu governo houve a aprovação da reforma trabalhista, que desregulamentou as relações de trabalho e as flexibilizou imensamente em favor do capital, e foi proposta a reforma da previdência social, que, segundo se crê, visa a diminuição dos benefícios previdenciários das classes mais baixas e o aumento da idade mínima para a aposentação dos trabalhadores¹⁴⁹. Foi também em seu curto, mas destrutivo mandato que houve a decretação da intervenção federal militar no Rio de Janeiro, medida que objetivava “pôr termo a grave comprometimento da ordem pública” na região, segundo se lê no Decreto nº 9.288 de 16.02.2018. Na prática, isto significou a intensificação da intrusão militar nas periferias e nas favelas e a instauração de uma verdadeira guerra contra os moradores daqueles locais¹⁵⁰.

O atual governo de extrema-direita do presidente Jair Bolsonaro (2019), ainda que muito recente, já revela suas pretensões extremamente repressivas e punitivas. O ministro da justiça, Sérgio Moro, ex-juiz federal e responsável por julgar a maior parte das ações penais da Operação Lava-Jato, propôs ao Congresso Nacional projeto de lei que contém diversas alterações na legislação penal e processual penal, intitulado “Pacote Anticrime” (Projeto de Lei nº 1864 de 2019). Além do nome esdrúxulo (existe alguém a favor do

¹⁴⁹ A reforma trabalhista é desaprovada por mais de 60% da população brasileira, que acredita que só trouxe mais benefícios aos empregadores e ao empresariado. Da mesma forma, a reforma da previdência social, também proposta pelo governo Temer e agora assumida por Jair Bolsonaro, ainda em tramitação, conta com a desaprovação de mais de 70% da população. Esta proposta prevê, como ponto principal, o aumento do tempo de contribuição para 40 anos para o recebimento da aposentadoria integral, além do aumento da idade mínima para a aposentação dos homens (65 anos) e das mulheres (62 anos) (G1. *71% são contra reforma da Previdência, aponta pesquisa Datafolha*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/71-sao-contra-reforma-da-previdencia-aponta-pesquisa-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 04 de julho de 2018).

¹⁵⁰ Segundo o relatório elaborado pelo Observatório da Intervenção, até o mês de dezembro de 2018, foram contabilizadas 1.375 mortes decorrentes da ação de forças policiais, 33% a mais do que no ano de 2017 (OBSERVATÓRIO DA INTERVENÇÃO. *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Disponível em: <<http://www.observatoriointervencao.com.br/dados/relatorios1/>>. Acesso em: 15 de abril de 2019).

crime?), o projeto contém inúmeras disposições inconstitucionais, ilegais e que pretendem o aumento da vigilância e da intrusão das instâncias formais de controle na vida das pessoas e o aumento da punição e do encarceramento¹⁵¹.

Independente de posições partidárias dos governos, mais à esquerda ou mais à direita, mas todas sob o manto do neoliberalismo, é possível observar que os discursos políticos em relação à segurança pública e ao sistema penal são os mesmos: necessidade de recrudescimento de leis penais e processuais e aumento do aparato repressivo (policial, judiciário e carcerário), ignorando questões estruturantes que provocam a criminalidade circunscrita à violência urbana.

Feita esta curta recapitulação, fica fácil entender o motivo do crescimento da população prisional brasileira em 700% de 1990 a 2016: no início dos anos 1990 existiam 90 mil presos; em 2016 existiam mais de 726 mil¹⁵². A vertiginosa expansão do número de presos no país não pode ser explicada pelo aumento de 700% da criminalidade (que provavelmente já teria levado o país a uma guerra civil) ou pela maior eficiência das polícias no descobrimento dos delitos (a título exemplificativo, menos de 10% dos casos de homicídio são solucionados pelas polícias¹⁵³). Só pode ser explicada pelo endurecimento das políticas punitivas decorrentes de uma dupla transformação do Estado: a retração da proteção social e o aumento da atuação da justiça penal.

Estas transformações encabeçadas pelas classes dominantes refletem na precarização do emprego, com a terceirização dos postos de trabalho (tanto para a atividade meio como para a atividade fim), flexibilização e intensificação das jornadas de trabalho, diminuição dos salários, descontinuidade e dispersão dos trajetos profissionais, restrição da previdência social, na precarização da educação pública, da saúde pública e etc., como já referido. “Essas mutações são o produto da mudança na relação de forças entre as classes e os grupos que lutam a todo momento pelo controle do mundo do emprego. E, nessa luta, são os grandes empregadores transnacionais e as frações ‘modernizadoras’ da burguesia cultural e da alta nobreza do Estado, aliados sob a bandeira do neoliberalismo, que tomaram a ponta

¹⁵¹ O “Pacote Anticrime” pode ser consultado no seguinte endereço eletrônico: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

¹⁵² BRASIL. *Levantamento nacional...*, p. 9.

¹⁵³ BRUM, Maurício. Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

e realizaram uma vasta campanha de reconstrução do poder público de acordo com seus interesses materiais e simbólicos”¹⁵⁴.

O projeto neoliberal de desregulamentação e definhamento do setor público traduz a adoção de uma política de criminalização da miséria, que é o complemento indispensável da imposição do salariado precário e sub-remunerado como obrigação de cidadania¹⁵⁵. Isso pode ser lido também por meio da passagem do *welfare*, direito coletivo ao trabalho e seguro contra o desemprego, para o *workfare*, responsabilidade individual pela empregabilidade, ainda que precária.

Para Wacquant, do Estado preocupado com a diminuição dos ciclos recessivos da economia de mercado, proteção das populações mais vulneráveis e redução das desigualdades sociais, sucede um Estado que pode ser qualificado como neodarwinista, na medida em que eleva a competição entre as pessoas e celebra a responsabilidade individual (a meritocracia) – cuja contrapartida é a irresponsabilidade coletiva e política¹⁵⁶.

A “mão esquerda”¹⁵⁷ do Estado, aquela que protege e melhora as oportunidades de vida das categorias sociais desprovidas de capital econômico e cultural, representada pelo direito ao trabalho, à educação, à saúde, à assistência e à moradia, é substituída por sua “mão direita”, representada pela polícia, pela justiça e pelo cárcere, cada vez mais ativa e intrusiva nas zonas periféricas do espaço urbano, criando espaços de vigilância e invasão constantes¹⁵⁸. Segundo Angela Davis, o sistema penal é a instituição chave dos governos neoliberais, caracterizados pela expansão do braço punitivo do Estado, pela redução ou

¹⁵⁴ WACQUANT, *Insegurança social...* p. 200.

¹⁵⁵ WACQUANT, *As prisões...*, p. 95.

¹⁵⁶ WACQUANT, *Insegurança social...* p. 201.

¹⁵⁷ BORDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008, p. 217.

¹⁵⁸ Não é por acaso que a atuação das polícias nas zonas periféricas das cidades brasileiras é tão violenta e sangrenta. A polícia militar do Rio de Janeiro, por exemplo, é a que mais mata cidadãos em todo o país. Mas não os cidadãos que vivem na zona sul da cidade (região turística e habitada pelas classes mais abastadas); as mortes ocorrem nos morros, nas favelas. Em 2017, o número de mortos pela polícia militar chegou a 1.035, o maior desde 2009. A força policial não chega à periferia para prevenir os crimes, para proteger os cidadãos ou para buscar a pacificação, chega para eliminar aqueles corpos marginais. (BIANCHI, Paula. Número de mortos pelas polícias no RJ passa de 1.000 em 2017 e já é o maior em quase 10 anos. *UOL*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/18/numero-de-mortos-pela-polica-no-rio-ultrapassa-os-1000-e-ja-o-maior-em-quase-10-anos.htm>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.) Consciente desta realidade, a vereadora Marielle Franco, conhecida por sua forte atuação política em defesa dos direitos humanos dos negros e das populações periféricas, denunciou em suas redes sociais a atuação brutal da polícia militar do Rio de Janeiro na favela de Acari em março de 2018, que deixou dois jovens negros mortos sem qualquer motivo aparente. Quatro dias depois da sua denúncia, a vereadora foi morta a tiros de arma de fogo dentro de seu carro por ex-policiais militares integrantes de milícias. O crime ainda não foi solucionado e a principal linha de investigação da polícia civil é a de que a execução foi motivada politicamente.

extinção das políticas públicas assistenciais e pela emergência de uma rede de instituições punitivas para controlar as populações marginalizadas¹⁵⁹. Pode-se denominar este regime de “liberal-paternalista”, uma vez que é liberal e permissivo na parte de cima da pirâmide social, em relação ao empresariado e às classes privilegiadas, e paternalista e autoritário na parte de baixo, em relação àqueles que foram capturados pelo encolhimento das proteções sociais¹⁶⁰.

A escolha do tratamento penal às parcelas mais baixas da estrutura social – em nome de uma segurança pública que não se sabe o que significa, mas que é sempre pauta e prioridade no curto prazo dos ciclos eleitorais e dos pânicos articulados pelos meios de comunicação de massa –, ao invés do tratamento social da pobreza e de seus efeitos correlatos, fundada numa visão de longo prazo e guiada pelos valores de justiça social e de solidariedade, coloca-se em termos particularmente problemáticos no Brasil.

Isso porque, como já mencionado, a criminalidade no país não é atenuada, mas nitidamente agravada pela intervenção das instâncias formais de controle. A violência das polícias e das prisões brasileiras está inserida numa tradição histórica de controle pela força das classes mais pobres e dos negros, tradição oriunda dos tempos coloniais e escravocratas e que se viu fortalecida ao longo dos anos com a justificação proporcionada pelas ditaduras civil (Estado Novo) e militar e, agora, pelo neoliberalismo. Nestas condições, qualquer medida que aumente a taxa de aprisionamento necessariamente aumenta a violência urbana.

Em que pese o retorno à democracia, o Brasil nem sempre alcançou um Estado de Direito digno do nome. A transição do período ditatorial, autoritário, de supressão dos direitos individuais e sociais para o neoliberalismo, que se pode dizer um regime totalitário imposto pelo capital, pesa bastante tanto sobre o funcionamento do Estado como sobre o inconsciente coletivo, o que faz com que diversos grupos identifiquem a defesa dos direitos humanos com a tolerância à impunidade e à bandidagem, ou uma “bandidolatria”. Esse discurso é também assimilado e repetido pelas classes mais baixas, que são suas principais vítimas. No atual período de instabilidade política e econômica, é comum observar manifestações nas ruas e nas redes sociais pelo desmanche dos Poderes do Estado (“Fora STF”, por exemplo), pela volta da ditadura ou então pela intervenção das forças armadas no governo.

¹⁵⁹ DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003, p. 84.

¹⁶⁰ WACQUANT, *Insegurança social...* p. 203.

Em tais condições, desenvolver ainda mais a justiça penal para responder às desordens suscitadas pela desregulamentação da economia, pela dessocialização do trabalho assalariado e pelo empobrecimento de amplos contingentes do proletariado urbano, aumentando os meios, a amplitude e a intensidade da intervenção do aparelho policial e judiciário, equivale a estabelecer uma verdadeira ditadura sobre os pobres¹⁶¹. A opção por este caminho “serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado”¹⁶², bem como à manutenção do poder hegemônico, do que a qualquer finalidade penológica criada pela dogmática jurídica e só agrava os males já sofridos pela tão clivada e classista sociedade brasileira. Em sociedades extremamente desiguais, o único papel do direito penal é o de garantidor dessas desigualdades.

Relembrando e tomando como inspiração os ensinamentos de Gustav Radbruch de que não precisamos de um direito penal melhor, mas de qualquer coisa melhor do que o direito penal, mais inteligente e mais humano¹⁶³, é imperativa a mudança, numa perspectiva maior, das práticas legislativas e de governo, alterando-se radicalmente o paradigma da segurança, que deve ser voltada não aos mais variados proibicionismos (aqui, destaque para a necessária e urgente descriminalização das drogas e o investimento público no tratamento voluntário dos usuários dependentes) e à repressão violenta, mas sim à construção de possibilidades reais de desenvolvimento individual e social, diminuindo-se as abismais desigualdades de classe, cor e gênero, por meio da criação de políticas de acesso a todos à educação, à saúde, à moradia, à alimentação, ao emprego e etc. Neste sentido, segundo Alessandro Baratta, uma política de contenção da violência punitiva é realista somente quando inserida no movimento para a afirmação dos direitos humanos e da justiça social, pois, definitivamente, não se pode isolar a violência, concebida como violência institucional, da violência estrutural e da injustiça das relações de propriedade e de poder, sem perder o contexto material e ideal da luta pela transformação do sistema penal¹⁶⁴. Para além disso, numa perspectiva menor, é imperativa a mudança das práticas jurídicas, visando a diminuição da punição e do encarceramento, por meio da criação, desenvolvimento e

¹⁶¹ WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 6.

¹⁶² WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003, p. 33

¹⁶³ RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961, v. II, p. 97.

¹⁶⁴ BARATTA, *Principios del derecho...*, p. 303.

implementação de mecanismos alternativos à justiça penal, a exemplo da já referida justiça restaurativa.

Não se pode esquecer também que, como já escreveu Francesco Carnelutti há mais de meio século, “convertemo-nos em adoradores do direito. Agora, não existe experiência tão idônea como a experiência penal para que nos distanciemos desta idolatria. As misérias do processo penal são um aspecto da miséria fundamental do direito. ‘Para além do direito’ é a expressão da civilidade”¹⁶⁵.

¹⁶⁵ CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2005, p. 103.

3 A MEDIAÇÃO PENAL COMO PRÁTICA RESTAURATIVA E MECANISMO DE DIVERSÃO PROCESSUAL (OU UM CAMINHO ALTERNATIVO À JUSTIÇA PENAL)

Considerando todos os problemas levantados nos capítulos anteriores a respeito do funcionamento do sistema penal, tentar-se-á, agora, traçar um caminho para a criação e a implementação, no Brasil, de um mecanismo de solução dos conflitos alternativo à justiça penal, qual seja, a mediação penal, como prática guiada pelos valores da justiça restaurativa, levando-se em consideração a experiência (e as críticas) existente em Portugal e também no Brasil.

É claro que, conforme argumentado no ponto anterior, o encolhimento da justiça penal e a conseqüente diminuição da punição e do encarceramento dos indivíduos, especialmente num país como o Brasil, periférico e marcado por desigualdades que estruturam a sociedade e o Estado, não depende só de mudanças no campo jurídico. Como sugerido, as soluções são muito mais complexas e profundas e dependem de mudanças sociais, políticas, econômicas, transversais a diversos campos da vida e do conhecimento humano.

Contudo, como não é possível (nem se pretende), neste espaço, apresentar soluções que dizem respeito a outras áreas do saber, ater-se-á ao que pode ser respondido no campo jurídico-penal.

Tendo em vista o esforço realizado nos capítulos anteriores para deslegitimar o funcionamento da justiça penal – apesar de, em dado momento, reconhecer a necessidade da sua existência em estreitas possibilidades –, optou-se metodologicamente por tratar a justiça restaurativa e, em específico, a mediação penal – por ser a prática dominante nos países que já preveem a justiça restaurativa em seus ordenamentos jurídicos –, como parte da solução aos problemas revelados ao invés das penas de substituição¹⁶⁶, por exemplo, pois aquelas primeiras parecem querer construir uma nova ideia de justiça, para além dos muros do sistema penal.

¹⁶⁶ Em que pese a pretensão dos substitutivos penais de diminuição da punição, ou pelo menos da pena de prisão, não se desconhece as inúmeras críticas voltadas ao fato de que, muitas vezes, acabam tornando-se “fábricas de penas alternativas”, como se tivessem nenhum impacto sobre os apenados (e como se o processo penal por si só já não fosse degradante), além de aumentar a vigilância e a intrusão do sistema penal na vida das pessoas.

De início, é importante destacar que a mediação penal não é a única e nem a primeira forma de mediação existente no âmbito jurídico. Em sentido amplo, a mediação é utilizada como mecanismo alternativo de solução dos litígios e já é aplicada em outros campos do direito, como o cível, o familiar e o trabalhista. A ideia que atravessa todas essas formas de mediação é a de que há claras vantagens na solução dos litígios pelos próprios intervenientes e, como consequência, pode haver a diminuição da judicialização. Por óbvio, a solução dada por um tribunal deve permanecer uma possibilidade para todos os casos em que os intervenientes no litígio não consigam resolvê-lo, já que nos casos em que existem interesses para além dos apresentados pelos envolvidos, a intervenção judicial pode tornar-se incontornável, ainda que não exclusiva¹⁶⁷.

A mediação (em sentido amplo), na qual também está inserida a mediação penal, pode então ser organizada da seguinte forma: a) pode ser considerada, em primeiro lugar, como uma mera técnica de intervenção social, em que um sujeito terceiro e neutro tende a promover a superação do conflito existente entre dois indivíduos, por meio do encontro e do confronto; b) em segundo lugar, a mediação emerge na sua função de mecanismo de solução de conflitos que tem intersecção com o processo penal, na perspectiva mais ampla da justiça restaurativa; c) e em terceiro lugar, a mediação põe-se como uma nova abordagem de dinâmicas sociais, que consente em prescindir da resposta judiciária em relação a alguns conflitos interpessoais ou entre grupos¹⁶⁸. A mediação, desse modo, pode ser definida como um processo dialético de ativação do conhecimento entre autor e vítima (que pode funcionar também como fator de estabilização social), no qual o mediador é chamado para reconstruir o espaço comunicativo intersubjetivo entre as partes e para encontrar um “sinal” comum que possa conduzir à superação do conflito¹⁶⁹.

No estudo que diz respeito a este trabalho, considerar-se-á somente a mediação penal, isto é, aquela que tem alguma conexão com o funcionamento da justiça penal e que, dessa forma, proporciona a diversão ou condiciona de algum modo a decisão do tribunal¹⁷⁰.

¹⁶⁷ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 635.

¹⁶⁸ MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada: Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milão: Giuffrè, 2003, p. 340.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 359.

¹⁷⁰ Não se desconhece a existência da mediação pós-sentencial, que é realizada quando a justiça penal já atuou e deu a sua resposta, mas, em razão da adequação ao tema do trabalho, optou-se por não a abordar. Essa iniciativa restaurativa, que normalmente ocorre no contexto penitenciário e é destinada a crimes graves, justifica-se pela necessidade que o preso tem de assumir o seu ato e de se responsabilizar por ele para, tendo olhado o passado, poder olhar para o futuro já com aquele passado mais resolvido. Compreende-se bem que

É essa mediação que se acredita proporcionar contribuição para uma reação menos punitiva ao crime e é também a que relaciona melhor a resposta penal com a resposta restaurativa.

De antemão, sabe-se que a mediação penal comporta várias dificuldades em relação às demais formas de solução alternativa de conflitos. Isso porque, o conflito objeto da primeira é um crime, o qual, muitas vezes, possui uma particular gravidade e repercute para além das partes diretamente envolvidas, ou seja, repercute também na comunidade, diferente do que normalmente ocorre em litígios de outras naturezas.

Algumas dessas dificuldades podem ser elencadas da seguinte forma: na mediação penal nem sempre existe uma relação antecedente entre os envolvidos, ao contrário do que é normal ocorrer nos casos envolvendo relações familiares, contratuais ou de trabalho; o desequilíbrio de poder entre as partes será, em regra, maior, pois a vítima normalmente está em posição muito mais vulnerável; são convenientes as reuniões preliminares separadas, entre o mediador e cada uma das partes, para explicar o procedimento, gerar um clima de confiança e verificar as condições concretas para o encontro; o objetivo da mediação penal é menos determinar responsabilidades e mais encontrar modos de reparar os danos causados; é mais importante a qualidade do diálogo e menos relevante a obtenção de um acordo; a neutralidade habitualmente apontada como essencial para o mediador não é, na mediação penal, a neutralidade quanto à existência do crime – mas uma sensibilidade em relação às necessidades da vítima, que impõem o reconhecimento de que algum mal lhe foi infligido, o que requer, muitas vezes, que o ofensor seja ajudado a admitir o mal causado e a sua responsabilidade –, mas antes imparcialidade quanto aos indivíduos como seres humanos, merecedores de igual respeito¹⁷¹.

É claro que a participação na mediação penal e a assunção de responsabilidade pela reparação do dano não equivalem a uma confissão do ofensor. Mesmo que um acordo seja realizado, não há o reconhecimento da culpa penal, até porque o ofensor pode aceitar que o fato ocorreu, entender que deve reparar os danos decorrentes dele e preservar o direito de alegar causas excludentes ou de justificação para a sua conduta, o que só poderá ocorrer perante a justiça penal, já que o mediador não desenvolve qualquer atividade probatória e decisória; além disso, as discussões durante a mediação são sempre confidenciais. Em outras

esse contato e essa pacificação pessoal é muito importante para o sucesso da reintegração social do agente (SANTOS, *A mediação penal: uma solução divertida...*, p. 37).

¹⁷¹ HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys; GREGORIO, Carlos. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 65 e ss.

palavras: “a possibilidade de decorrerem da mediação, para o arguido, determinados deveres, sem a sua responsabilidade ter sido mostrada através da produção de prova numa audiência de julgamento, só se compreende na medida da existência quer de vontade de participação, quer de vontade de celebração daquele acordo”¹⁷².

Apesar das referidas dificuldades e da ausência de uma fórmula procedimental, que revelam a complexidade da mediação penal, é possível afirmar que há uma relativa conformação da literatura ao redor de quatro principais fases: 1. uma fase de admissão, na qual são selecionados os conflitos passíveis de serem submetidos à mediação; 2. uma fase de preparação, em que são priorizados os contatos preliminares entre o mediador e cada uma das partes, vítima e ofensor, separadamente; 3. uma fase de mediação propriamente dita, caracterizada pela partilha, direta ou indireta, de considerações sobre o conflito criminal e sobre a forma de reparar os danos decorrentes dele; 4. e, por último, uma fase de acompanhamento, na qual será monitorado o cumprimento do que foi acordado e a efetiva pacificação do conflito¹⁷³.

É claro que no interior dessas fases, deve-se sempre levar em consideração os elementos imprescindíveis à mediação penal (e também à justiça restaurativa), tais como, a voluntariedade da participação da vítima e do ofensor nos encontros e ao longo de todo o processo, a intervenção de um mediador que visa facilitar a comunicação entre as partes, mas que não detém qualquer poder decisório sobre o conflito, e a constante procura pela pacificação do conflito e pela reparação dos danos havidos. O encontro que se procura com a mediação penal é, assim, “um encontro em que não deve haver o abraço (porventura asfixiante) de um terceiro que representa o Estado, porque o que deseja é antes um estender de braços de cada um dos intervenientes em direção aos outros, com o auxílio de um terceiro pouco interventivo que é o mediador”¹⁷⁴.

Apesar de se buscar a reparação dos danos, não é pressuposto da mediação penal a obtenção de um acordo, até porque pode-se obter a reparação sem um acordo, o que reforça o seu caráter não instrumental. A mediação não é um meio para se obter qualquer coisa, mas sim um fim em si mesma, uma atividade que, por meio da comunicação e da reparação, visa pacificar uma dimensão do conflito penal, podendo resultar numa solução que indique a desnecessidade de resposta da justiça penal. “Nessa linha, o conceito que se encaixa no

¹⁷² SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 707.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 640.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 641.

âmbito da construção do novo paradigma elaborado a partir da ideia da justiça restaurativa é: a mediação é uma reação penal (concebida sob o ponto de vista político-criminal) alternativa, autônoma e complementar à justiça formal punitiva, cujo objeto é o crime em sua dimensão relacional [interpessoal], cujo fundamento é a construção de um novo sistema de regulação social, cujo objetivo é superar o déficit comunicativo que resultou ou que foi revelado pelo conflito e, contextualmente, produzir uma solução consensual com base na reparação dos danos e na manutenção da paz jurídica”¹⁷⁵.

Por óbvio, não se desconhece que ao se abordar a mediação como mecanismo de solução dos conflitos penais surge a ideia de direito fraco, mitigado, que não responde à altura a gravidade do crime, ou então, que flexibiliza e desprotege demasiadamente os direitos fundamentais do ofensor em favor da vítima, levando à privatização da justiça penal. Essas são impressões equivocadas, pois a flexibilidade e a amplitude da mediação penal, segundo Giuseppe Mosconi, se funda essencialmente na constatação de que estamos diante de uma realidade sempre mais complexa, que não pode ser governada e reduzida, segundo a hipótese de Luhmann, pelo instrumento jurídico, mas requer, mais do que tudo, uma extrema flexibilidade do direito em relação à complexidade social¹⁷⁶. Nesse sentido, a produção do direito e o alcance da própria justiça, por meio da mediação, ocorre de maneira a considerar perspectivas diversas e não somente aquelas apresentadas pelos operadores técnico-jurídicos (ou pelos profissionais do conflito).

Quanto ao argumento de que haveria uma reprivatização da justiça privada, da vingança do particular, é necessário dizer que a mediação penal e a atuação do mediador, que é um particular, se dá a níveis externos à verdadeira administração da justiça penal, no contexto de um sistema distinto do penal e que não o substitui. Não existe um conflito entre as finalidades da justiça penal e da mediação penal, como expressão da justiça restaurativa, porque justamente buscam dar respostas a dimensões diferentes do crime¹⁷⁷. Há casos em que a resposta restaurativa é suficiente e torna dispensável a resposta penal, e há casos em que a resposta penal é inafastável. E para todas as objeções, o oferecimento dessa resposta

¹⁷⁵ SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De jure*: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Belo Horizonte, n. 12, 2009, p. 419.

¹⁷⁶ MOSCONI, Giuseppe. *La mediazione, questioni teoriche e diritto penale*: prassi e teoria della mediazione, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão: CEDAM, 2000, p. 53.

¹⁷⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. Os novos atores da justiça penal: “o futuro é uma astronave que tentamos pilotar”. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Org.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 18.

alternativa ao conflito é e deve ainda ser realizada pelo Estado, que deverá realizar a regulação e o investimento necessário para o seu suporte e aparelhamento.

Os possíveis ganhos para o agente da infração com a mediação penal são muitos e claros: o sucesso do procedimento, que pode ser medido por meio da qualidade dos encontros, da pacificação das partes, da internalização das responsabilidades e da reparação, impede o seu contato com o sistema penal – ou, pelo menos, impede um contato mais intenso com as instâncias formais de controle – e a aplicação de uma punição, com os conhecidos e já mencionados efeitos estigmatizantes, dessocializadores e criminógenos¹⁷⁸. Quanto aos possíveis ganhos para a vítima, Carlota Pizarro de Almeida aponta que: “regra geral, o interesse da vítima não é, primacialmente, a punição do delinquente: é a assistência (material e psicológica) adequada e necessária, a reparação (possível) dos danos sofridos; é, também, não sofrer uma vitimação secundária provocada pelo encontro com as instâncias de controlo, onde é mal recebida e onde se sente excluída de um processo que não compreende e ninguém lhe explica, como se não lhe dissesse respeito (este será, aliás, um dos motivos para a elevada taxa de não denúncia dos crimes)”¹⁷⁹.

Nesta esteira, na medida em que os países se deram conta da necessidade de encolhimento da justiça penal e de desjudicialização por motivos econômicos, concomitante às críticas criminológicas e ao surgimento do pensamento restaurativo, a mediação penal difundiu-se e passou a ser o método restaurativo, ou de diversão, mais adotado. Com essa expansão, surgiram também compreensões diferentes acerca das suas finalidades e que, não em raros casos, sequer se assemelham às finalidades restaurativas.

Assim, pode-se dizer que existem duas hipóteses de configuração da mediação penal: a primeira, como um direito dos intervenientes no conflito (de orientação ética); a segunda, como oferta discricionária do Estado (de orientação tecnocrática e atuarial). “Aqueles que veem na mediação penal um instrumento a que o Estado pode recorrer para reagir ao crime em nome de uma gestão mais eficiente dos recursos – promovendo a celeridade e a economia de custos – configuram-na enquanto opção estadual para enfrentar uma expansão da criminalidade a que o modelo tradicional tem dificuldade em dar

¹⁷⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 16, nº 1, janeiro-março 2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 93.

¹⁷⁹ ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, nº 3, julho-setembro 2005. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 396.

resposta”¹⁸⁰. De outro lado, aqueles que identificam na mediação penal uma forma de aprofundamento da democracia, uma vez que permite a participação dos indivíduos na construção da justiça e da civilidade, além do aumento da capacidade de gerir suas próprias razões e interesses, bem como da compreensão e da tolerância dos interesses dos outros, identificam a mediação penal como um direito do cidadão, um direito de ver a dimensão pessoal do conflito pacificada.

Parece inequívoco, a partir das hipóteses apresentadas, que existem compreensões teóricas da mediação penal que partem de premissas completamente diversas – ou, então, que até partem da mesma premissa, mas acabam limitadas pelos recursos disponíveis –, o que não significa que os dois programas não podem coexistir no mesmo espaço. Nessa perspectiva, os dois principais programas de mediação penal podem ser distinguidos em: um mais exigente, orientado pelos princípios restaurativos – que prevê a oferta da possibilidade de pacificação da dimensão interpessoal do conflito penal e a possibilidade de reparação do dano sofrido, com a participação voluntária e ativa das partes envolvidas – que poderia ser chamado de modelo de mediação centrado na relação interpessoal; e, um mais simples, voltado para a resolução célere e menos dispendiosa do conflito, apoiado na ideia de que a mediação penal se destina aos delitos de menor gravidade, aos quais não se justificam todas as garantias da justiça penal, que poderia ser chamado de modelo de mediação orientado para a eficiência na gestão do conflito¹⁸¹.

Num primeiro momento, pode parecer irrelevante essa diferenciação, afinal, em ambos os casos se trata de mediação penal e de mecanismo de diversão processual. Contudo, a relevância é grande. Isso porque, muitas das críticas à mediação penal e à justiça restaurativa estão centradas nas suas más práticas e na insatisfação que geram na vítima e no ofensor, pois invocam fundamentos éticos e prometem a pacificação do conflito, mas nada entregam. Isso se dá, sobretudo, pois os modelos de mediação, apesar de invocarem princípios restaurativos, podem ser construídos de diferentes formas: com um olhar voltado para a restauração ou com um olhar voltado para a gestão eficiente dos conflitos.

Mesmo os programas pensados e construídos para a efetiva pacificação interpessoal do conflito podem ser distinguidos com base no grau de exigência, em especial, quanto aos requisitos existentes nas fases de admissão e de preparação dos casos enviados à mediação

¹⁸⁰ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 643.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 646.

penal. “Assim, são pensáveis programas em que o encontro (directo ou indirecto) vítima-agressor só pode ocorrer depois de um amplo trabalho individual e colectivo destinado a garantir que esses encontros ocorram nas melhores condições possíveis; mas admitem-se também hipóteses em que o cerne é colocado na actuação do mediador já em contexto de mediação propriamente dita (ainda que, naturalmente, lhe deva já ter cabido um trabalho prévio de verificação da adequação da mediação ao caso, esclarecimento dos eventuais intervenientes e comprovação das condições de segurança)”¹⁸².

O modelo de mediação orientado para a gestão eficiente dos conflitos, por sua vez, nada mais é do que uma forma de diversão processual como qualquer outra, uma forma mais célere e simples de resolução dos conflitos penais menos relevantes, que não necessitam do funcionamento completo da justiça tradicional. O que se pretende com este modelo é que aquilo que seria um caso criminal e colocaria em funcionamento todo o maquinário da justiça penal, seja resolvido de forma eficiente por meio da realização de um acordo. O sucesso da mediação, neste sentido, se dá na medida em que elimina o processo do sistema judiciário, sem a intervenção de um tribunal. Os programas postos em funcionamento nesses termos normalmente não fazem exigências quanto aos encontros prévios e individuais do mediador com a vítima e com o ofensor; também é muito comum que haja previsão de quanto tempo pode durar o processo de mediação até se chegar a um acordo; caso esse limite seja ultrapassado, o procedimento será remetido à justiça tradicional. Os mediadores também exercem um papel mais invasivo, na medida em que incentivam (muitas vezes forçam) a obtenção de um acordo. Esse olhar para a mediação penal que surge embaçado, pois estritamente jurídico-criminal, utilitarista, tenderá a reduzir a nada de muito novo, a nada além da justiça tradicional, a figura da mediação penal¹⁸³.

¹⁸² SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 647. Sobre os encontros prévios e individuais entre o mediador e as partes, uma parte da literatura sobre o tema trata de forma autônoma esta fase. Elena Highton, Gladys Alvarez e Carlos Gregorio chamam-na de “modelo de desenvolvimento do caso através do trabalho social”. Isso se baseia no fato de que “poucas pessoas estão preparadas para uma confrontação vítima-agente. É trabalho do mediador auxiliar os participantes no reconhecimento das suas necessidades. Podem requerer o auxílio de outros profissionais antes de estarem em condições de atuar de uma forma que seja aproveitável. As vítimas podem precisar de resolver questões traumáticas com um terapeuta. Um infrator que nega ter dependido de drogas pode solicitar uma avaliação antes de conseguir enfrentar a sua vítima (...). É característico dos encontros vítima-agressor que eles sejam mais benéficos quando os participantes entram no lugar onde se levará a cabo a mediação depois de terem cumprido os seus próprios deveres de autoajuda, centrados naquilo que pretendem obter e naquilo em que estão dispostos a contribuir para o processo de mediação” (HIGHTON; ALVAREZ; GREGORIO, *Resolución alternativa...*, p. 129).

¹⁸³ SANTOS, *A mediação penal: uma solução divertida...*, p. 36.

Em suma, esse modelo é guiado por interesses outros que não os das partes e que não a obtenção da pacificação pessoal, interpessoal e comunitária do conflito, além da não reparação dos danos havidos. O modelo utilitarista não é coerente com o sentido que a justiça restaurativa quer dar a um mecanismo alternativo ao sistema penal, pois é regido pelas mesmas finalidades deste último, isto é, busca dar uma resposta eficiente ao interesse coletivo, ainda que possa, em alguns casos, promover (por acaso) a restauração do dano.

Segundo Mannozi, inscrever a mediação nessa lógica significa considerá-la como uma mera técnica de diversão, portanto, sempre e ainda, como uma resposta pertencente ao controle formal. Mas a mediação é ontologicamente diversa de todos os outros instrumentos presentes na “caixa de ferramentas” do sistema penal, já que trabalha unicamente por meio da comunicação¹⁸⁴.

O primeiro problema deste modelo, para além de em muitos casos não lograr uma pacificação efetiva do conflito, é que o conflito pode ser agudizado, uma vez que cria expectativa de reparação que não se cumpre, ou que se cumpre, mas não satisfaz verdadeiramente os intervenientes¹⁸⁵. Há, portanto, uma insatisfação dos usuários. O segundo problema é que, se aplicado para crimes de menor gravidade, a mediação penal pode expandir a rede de controle penal. Nessa perspectiva, tornar-se-ia uma nova forma autoritária de controle, só que “mais leve”, inserindo no sistema penal casos que antes não eram levados ao conhecimento de um tribunal, casos de bagatela ou casos nos quais sequer houve a prática de um fato típico bem definido. Guadalupe Sanzberro destaca que é possível evitar o efeito de ampliação das redes de controle desde que não se estimule a admissão de casos de pouca relevância, que normalmente seriam arquivados. Para a autora, a mediação penal guiada para a pacificação interpessoal pode e deve ser aplicada para delitos de gravidade média e até alta; sugere também que a reincidência não seja fator que afaste a possibilidade de solução consensual (o que parece muito relevante para o Brasil, onde a reincidência tem tratamento jurídico profundamente excludente e bem mais repressivo)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ MANNOZZI, *La giustizia senza spada...*, p. 330.

¹⁸⁵ A sobrecarga de trabalho nas agências da justiça tradicional fez surgir uma forte pressão para a implementação de mecanismos de diversão processual, voltados à celeridade e à eficiência, muitas vezes inócuos ou meramente inflativos, como é o caso da transação penal, prevista na Lei 9.099 de 1995 e mais a frente tratada, além de ter impulsionado movimentos pontuais de despenalização e, em menor escala, de descriminalização, mal planejados, os quais, em geral, apenas retiram certas situações do âmbito do controle público, remetendo-as para um vazio e, por isso, não satisfazem as necessidades de regulação social da sociedade complexa e conflitiva que hoje se verifica.

¹⁸⁶ SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999, p. 175.

Para além disso, pode-se acrescentar um terceiro problema. Este modelo deixa de fazer sentido para os crimes mais graves. Por um lado, porque a ideia de uma solução rápida e barata que evite o julgamento penal deixa de ser pertinente; por outro, porque se essa mediação penal no âmbito dos crimes mais graves tiver prosseguimento sem as devidas cautelas e o imprescindível investimento financeiro nos níveis de admissão, preparação e mediação propriamente dita, é suscetível de originar riscos acrescidos, quer para os intervenientes, quer para a comunidade¹⁸⁷.

De forma resumida e conclusiva: o que se julga dever deixar claro é que, na perspectiva daqueles que são o fundamento e as finalidades da justiça restaurativa, o único modelo de mediação penal coerente é aquele voltado para a pacificação do conflito interpessoal, aquele que pode ser considerado um quase direito das partes. Mas este é também um modelo que conduzirá, em regra, a processos de mediação mais longos, mais custosos, com mediadores que não propõem soluções conducentes ao acordo, mas se limitam a facilitar a comunicação dos envolvidos, e que reconhecem a necessidade de tempo para que atitudes ou comportamentos sejam transformados e para que se compreenda e melhore o sentido das relações interpessoais.

3.1 A TENTATIVA BRASILEIRA DE CRIAÇÃO DE ESPAÇOS DE COMUNICAÇÃO E REPARAÇÃO: OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS (LEI Nº 9.099/95)

De início, é importante esclarecer que a mediação penal não é prevista no ordenamento jurídico brasileiro nos termos propostos no ponto anterior, assim como não há previsão legal de práticas restaurativas ou da implementação de uma justiça restaurativa, complementar ou autônoma à justiça tradicional (o que não exclui a existência de programas restaurativos locais, conforme será visto em ponto posterior). Contudo, há alguns anos, seguindo a tendência mundial de desjudicialização, simplificação, informalização e de cortes nos custos do sistema criminal, o Brasil abriu espaço para a adoção e a aplicação de

¹⁸⁷ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 649. A mediação penal pós-sentencial, por exemplo, pensada para alguns dos crimes mais graves (como aqueles praticados contra a vida), é totalmente alheia à lógica deste modelo, pois não serve para economizar recursos, mas supõe antes a mobilização de mais recursos, não favorece o tempo breve, pressupõe mais tempo, e nunca pode ser entendida como uma espécie de justiça penal de segunda porque, tendo já a justiça penal dado a sua resposta, é sempre de resposta a outras necessidades que aqui se trata.

mecanismos de resolução dos conflitos que, pelo menos na teoria, poderiam alterar o funcionamento e o estrangulamento da justiça penal enquanto gestora oficial dos conflitos penais.

A preocupação com o funcionamento do sistema penal, já na década de 1980, saiu das discussões teóricas e criminológicas e chegou ao legislador constituinte brasileiro, o qual inseriu na Constituição Federal de 1988 o seguinte dispositivo: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

O objetivo da norma era o de criar mecanismos diversos de resolução dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário, diferentes da justiça tradicional, identificada como lenta e complexa, como forma de proporcionar maior satisfação àqueles que procuravam ou eram submetidos ao funcionamento do judiciário. Alguns anos após a promulgação da carta constitucional, foi elaborada a Lei 9.099 de 1995, que regulou a norma constitucional e instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Para Luiz Antônio Bogo Chies, a referida lei é “a principal experiência a ser objeto de reflexões quanto a formas alternativas de resolução de conflitos no Brasil”¹⁸⁸.

Logo no art. 2º da lei, lê-se que os processos de competência dos Juizados Especiais serão guiados pelos princípios da “da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação”, disposição que é repetida no art. 62, inserido no capítulo III, que trata especificamente dos Juizados Especiais Criminais (adiante apenas denominados JECrim), e acrescida do final: “objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade”. Na teoria, os casos submetidos aos JECrim, pautados por estes critérios, priorizam a conciliação entre as partes, mediante a participação mais ativa e a comunicação destas na resolução do conflito, oportunizando uma atuação menos autoritária e punitiva do Poder Judiciário. Nos casos em que não é possível obter uma

¹⁸⁸ CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 203.

solução conciliatória entre vítima e ofensor, há ainda a hipótese de oferecimento da transação penal por parte do Ministério Público ao ofensor, a fim de evitar a acusação e o início do processo penal.

Postos em funcionamento nestes termos, os JECrim têm como objetivo instaurar “uma lógica de informalização, entendida como a renúncia do Estado ao controle de condutas e no alargamento das margens de tolerância, mas com a procura de alternativas de controle mais eficazes e menos onerosas. (...) Com a sua implantação, se esperava que as antigas varas criminais pudessem atuar com maior prioridade sobre os chamados crimes de maior potencial ofensivo”¹⁸⁹.

Na época em que foi promulgada, a Lei 9.099/95 foi recepcionada com empolgação e entusiasmo de grande parte da comunidade jurídica, uma vez que prometia a transformação da obsoleta, estigmatizante e seletiva justiça penal tradicional¹⁹⁰ e refletia um grande avanço em termos de política criminal, pois previa soluções de consenso e despenalizadoras.

A respeito do âmbito material dos JECrim, segundo consta no art. 61, serão processadas somente as infrações identificadas como de menor potencial ofensivo, traduzidas para os efeitos da lei nas contravenções penais – previstas no Decreto-Lei 3.688 de 1941 – e nos crimes com a pena em abstrato máxima de dois anos, cumulada ou não com multa (a redação original do artigo falava em crimes com pena em abstrato máxima de um ano, mas foi posteriormente alterada por meio da Lei 11.313 de 2006). As contravenções e os crimes inseridos nesses limites podem ser processados mediante ação pública incondicionada, condicionada e ação privada.

Assim, a lei criou não só uma nova categoria de crimes (os de menor potencial ofensivo), mas também criou um procedimento próprio, ainda que não autônomo, pois subsidiariamente se aplicam as normas do Código Penal e do Código de Processo Penal. Este novo procedimento, que possui uma fase preliminar e outra sumaríssima, na teoria, trouxe para o centro a vítima, que agora tem a oportunidade de dialogar com o ofensor e participar na construção de uma solução consensual para o seu conflito.

¹⁸⁹ AZEVEDO, Rodrigo. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 68-69.

¹⁹⁰ PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 1.

Segundo se acreditava, os juizados especiais criminais convergiam para a expectativa da aplicação razoável do direito penal, isto é, para uma aplicação em condições de respeitar a realidade social, de forma a reagir proporcionalmente aos conflitos merecedores de sanção penal e deixando de reagir àqueles que carecem de dignidade penal, porque podem ser solucionados sem a aplicação da punição formal e estatal¹⁹¹.

Em relação ao procedimento dos JECrim, a lei dispõe que a autoridade policial, na fase preliminar, ao tomar conhecimento do fato criminoso, lavrará o termo circunstanciado e o encaminhará ao JECrim, preferencialmente com o ofensor e a vítima, requerendo, quando necessário, os exames periciais para a comprovação da materialidade do delito (art. 69). Não sendo possível realizar imediatamente a audiência preliminar, é designada uma data próxima (art. 70) e, nos casos em que o ofensor ou a vítima não estiverem presentes, serão intimados para o comparecimento na referida audiência (art. 71).

Na audiência preliminar deverão estar o representante do Ministério Público, o ofensor, a vítima, os advogados das partes e o juiz. Este último informará as partes acerca da possibilidade de conciliação e composição dos danos e, não sendo possível, sobre a proposta de transação penal oferecida pelo Ministério Público, com o consequente não oferecimento da acusação e com a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, ou seja, pena restritiva de direitos ou multa (art. 72). A conciliação será conduzida pelo juiz ou por um conciliador de sua confiança e sob a sua orientação (art. 73), permitindo que as partes dialoguem.

Caso a conciliação seja frutífera e haja composição civil dos danos, o juiz homologará o acordo por meio de sentença irrecorrível, a qual poderá ser executada na justiça civil (art. 74), caso não seja cumprida pelo ofensor. Caso a infração seja processada mediante ação penal privada ou condicionada à representação, a homologação do acordo acarreta na renúncia ao direito de queixa ou ao direito de representação (art. 74, parágrafo único), extinguindo-se a punibilidade. Caso não seja possível construir uma solução conciliatória, a vítima poderá representar contra o ofensor para que, assim, o Ministério Público proceda com a sua atribuição – de transacionar ou de oferecer a acusação (art. 75).

Havendo representação da vítima nas infrações processáveis mediante ação penal pública condicionada, ou sendo a infração processada mediante ação penal pública

¹⁹¹ AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei n. 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 114.

incondicionada, nos casos em que não cabe o arquivamento do procedimento, ou seja, presente a justa causa (o fato deve ser típico, ilícito e culpável e devem haver indícios mínimos de autoria e materialidade delitivas) para o processamento do fato, o Ministério Público poderá oferecer a transação penal ao ofensor, aplicando-se de imediato penas restritivas de direitos (previstas no art. 43 do Código Penal¹⁹²) ou multa, mediante a aceitação do ofensor e a apreciação do juiz togado (art. 75). O benefício, contudo, não poderá ser oferecido ao ofensor nos seguintes casos (art. 76): “I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”.

Caso aceita, a transação não poderá ser tratada como reincidência, mas o ofensor não poderá utilizar novamente este benefício pelo prazo de cinco anos (art. 76, § 4º). Caso não aceita, ou não presente o ofensor, o Ministério Público oferecerá ao juiz, de imediato, denúncia oral (art. 77).

Após o oferecimento da acusação e nos casos em que a infração possua pena mínima em abstrato igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não pela Lei 9.099/95, o Ministério Público “poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”, segundo se lê no art. 89. Aceita a proposta pelo ofensor e por seu advogado, o juiz, ao receber a denúncia, poderá suspender o processo e submeter o ofensor ao cumprimento das condições previstas no art. 89, quais sejam: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do juiz; comparecimento pessoal e obrigatório à justiça para informar e justificar suas atividades; além de outras condições que poderão ser especificadas pelo juiz.

Caso o ofensor seja processado por outro delito durante o período de prova, ou deixe de efetuar a reparação do dano sem justificativa, a suspensão do processo será

¹⁹² Art. 43. As penas restritivas de direitos são: I - prestação pecuniária; II - perda de bens e valores; III - limitação de fim de semana; IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; V - interdição temporária de direitos; VI - limitação de fim de semana.

revogada e haverá a sua continuidade (art. 89, § 3º); de outro lado, a suspensão poderá ser revogada caso sejam descumpridas as demais condições ou o ofensor seja processado pela prática de contravenção penal (art. 89, § 4º). Passado o período de prova e cumpridas todas as condições, o juiz declarará extinta a punibilidade (art. 89, § 5º). Caso nenhum dos “benefícios” sejam cabíveis, ou o ofensor não os aceite, haverá o processamento normal da ação penal.

Em resumo, conforme foi possível observar da análise do procedimento dos JECrim, a Lei 9.099/95 instituiu e disciplinou algumas medidas despenalizadoras, como a conciliação (para a composição dos danos civis), a transação penal e a suspensão condicional do processo, as quais possuem como objetivo principal a não aplicação da pena de prisão, por meio de um procedimento informal e célere, que busca, na teoria, uma solução de consenso. Pode-se dizer que isso foi um grande avanço em comparação à justiça penal tradicional, que não prevê espaços negociais e medidas não encarceradoras.

Contudo, apesar da aparente boa vontade do legislador brasileiro, o que se observou na prática ao longo dos anos foi o avesso do que a Lei 9.099/95 prometeu.

Isso porque, na ampla maioria dos casos, a conciliação entre as partes não é realizada por falta de tempo, interesse ou preparo do juiz/conciliador. A participação da vítima e a comunicação entre as partes, muitas vezes, sequer chega a ocorrer, impedindo a exposição das considerações de cada um e a construção de uma solução de consenso. À vítima, presente pessoalmente, não é dada voz e oportunidade de expressar-se sobre o conflito. A reparação do dano, desse modo, ainda que somente concebida em termos materiais, dificilmente é alcançada. “A busca pela máxima produtividade, aliada ao critério da celeridade, aparecem como obstáculos à reparação da vítima e à opção por processos que realmente proporcionem o diálogo entre as partes, frustrando a possibilidade de estabelecer uma nova maneira de administração dos conflitos”¹⁹³.

As rotinas e as práticas judiciárias formais, burocráticas e engessadas, tão criticadas no âmbito da justiça penal tradicional, acabaram colonizando o procedimento inaugurado pelos JECrim e o transformou em mais um sistema obsoleto. Pior do que isso, trouxe à apreciação do Poder Judiciário infrações que antes sequer eram conhecidas, a exemplo das contravenções penais – que claramente carecem de dignidade penal – porque eram tão

¹⁹³ ACHUTTI, Daniel Silva. *A justiça restaurativa e o abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 155.

irrelevantes que eram “engavetadas” ou então “mediadas” informalmente na própria delegacia de polícia; além, claro, da não diminuição do volume de processos da justiça comum.

Assim, segundo Leonardo Sica, os JECrim quase nada contribuíram para a renovação do paradigma arcaico da justiça penal, não trouxeram nenhum progresso para a resolução consensual dos conflitos e não existem resultados expressivos quanto à desobstrução do sistema de justiça¹⁹⁴. Para André Giamberardino, “o âmbito restritíssimo de incidência, por um lado, e o anseio por celeridade, por outro, minaram qualquer possibilidade de se buscar efetivamente resgatar o papel da vítima e construir ‘acordos’ em substituição ao processo tradicional. Não há informalização, como propagado, mas a expansão do controle penal para novas dimensões das relações sociais que deveriam, na verdade, dar lugar a uma discussão séria sobre descriminalização das condutas a elas referidas, já que muitas delas, antes da lei, sequer eram levadas ao conhecimento do Poder Judiciário”¹⁹⁵.

Não sendo devidamente oportunizada a conciliação, que leva tempo e preparo de quem a conduz – e vale aqui destacar que na ampla maioria dos casos a conciliação é conduzida pelo juiz e a sua formação meramente técnico-jurídica obviamente dificulta o alcance de um acordo –, passou-se a recorrer irrestritamente à transação penal, o que transformou os JECrim em verdadeiras “fábricas de transação”. A proposta de transação é formulada e oferecida pelo Ministério Público ao ofensor (a vítima novamente deixa de ter qualquer participação), na grande maioria dos casos sem a análise da justa causa, isto é, sem a verificação dos elementos mínimos de autoria e materialidade delitiva e de outros elementos de admissibilidade da acusação, que, acuado e com receio de que este procedimento seja transformado num processo penal – o qual pode levar à sua condenação à prisão –, acaba aceitando a aplicação imediata de penas restritivas de direito ou de multa.

O ofensor, portanto, não desfruta de posição de igualdade em relação àquele que oferece a transação e a sua escolha se limita a aceitar uma pena sem processo ou ser

¹⁹⁴ SICA, Leonardo. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 227.

¹⁹⁵ GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2014, p. 168. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/35955/R%20-%20T%20-%20ANDRE%20RIBEIRO%20GIAMBERARDINO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 14 de maio de 2019.

submetido a um processo penal e correr o risco de ser condenado. O aceite, apesar de não ser utilizado para fins de reincidência e não permanecer registrado nos antecedentes criminais, impede que se usufrua novamente da transação penal pelo prazo de cinco anos¹⁹⁶ e, para além disso, na eventualidade do processo penal, poderá produzir um pré-juízo da imputação no magistrado que irá julgá-lo, diminuindo as chances de absolvição. Assim, a opção do sujeito é pena ou pena¹⁹⁷. Os JECrim, desse modo, assumem a forma mais antiguarantista possível de uma justiça “consensual”.

Em que pese terem introduzido institutos de consenso, os JECrim não romperam com o sistema tradicional de justiça e tampouco são um exemplo de prática restaurativa, como também é comum serem identificados. Isso porque, sob a retórica da negociação e do consenso, uma vez que em todos os acordos é necessário o aceite do ofensor, é evidente que não há igualdade entre as partes e que na verdade há somente a mitigação ou a flexibilização do princípio da oficialidade do processo (ou obrigatoriedade) para o órgão acusador. Não há a valorização das partes, em especial da vítima, na resolução do conflito. “Basta notar que, não ocorrendo acordo na audiência de composição dos danos civis, de incidência muito restrita, o mesmo acordo pode ser realizado pelo Ministério Público em seguida, por meio da transação penal”¹⁹⁸. Não é à toa que o impacto da criação dos JECrim é inexpressivo em relação ao índice de encarceramento, que só cresceu desde a década de 1990, conforme já foi referido no capítulo anterior.

Importante observar também que a opção legislativa por abarcar apenas as contravenções penais e os crimes com pena máxima em abstrato de dois anos restringiu imensamente o âmbito material de atuação dos JECrim. O Código Penal brasileiro prevê penas muito mais altas para crimes de baixa gravidade, a exemplo do furto simples, que tem

¹⁹⁶ Existe uma celeuma jurídica com relação aos efeitos do descumprimento da pena restritiva de direito imposta na transação penal. A Lei 9.099/95 é omissa neste ponto, mas o art. 44, § 4º do Código Penal dispõe que “a pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta”. Contudo, considerando que a transação penal se trata de acordo estabelecido entre Ministério Público e ofensor, que não importa em assunção de responsabilidade penal e que o seu oferecimento é anterior à acusação, ao processo e à formulação da culpa, a jurisprudência e a doutrina jurídica, em sua maior parte, têm entendido que o descumprimento tem como consequência o oferecimento da denúncia e a instauração do processo penal, sob pena de se operar, com a conversão em pena de prisão, analogia *in malam partem*. Já com relação à pena de multa, apesar de o art. 85 da Lei 9.099/95 prever que “não efetuado o pagamento de multa, será feita a conversão em pena privativa da liberdade, ou restritiva de direitos”, a sua revogação tácita foi operada com a edição da Lei 9.268/96, a qual deu nova redação ao art. 51 do Código Penal, de forma a definir a multa como dívida de valor, sujeita a ser cobrada de acordo com as normas relativas à dívida ativa da Fazenda Pública.

¹⁹⁷ SICA, *Justiça restaurativa e mediação penal...*, p. 228.

¹⁹⁸ GIAMBERARDINO, *Um modelo restaurativo de censura...*, p. 169.

pena cominada de um a quatro anos de reclusão e que poderia muito bem ser objeto de conciliação, incentivando-se a restituição do bem furtado ou a sua restituição monetária, posteriormente extinguindo-se a punibilidade, uma vez que trata de apropriação de patrimônio particular sem violência ou ameaça. Assim, os crimes que mais prendem os brasileiros, hoje, como o tráfico de drogas, o roubo, o furto e a receptação, conforme já analisado nos gráficos antes colacionados, sequer podem ser solucionados nos JECrim, ficando a cargo da justiça penal tradicional o julgamento e a imposição de penas nestes casos.

Em suma, o que se pode extrair da Lei 9.099/95 e do funcionamento dos Juizados Especiais Criminais é que a construção deste modelo de diversão, fundada em finalidades utilitaristas, de eficiência, celeridade e baixos custos, levou à insatisfação generalizada dos usuários (vítima e ofensor) e, em especial, à insatisfação da vítima, que continuou à margem da solução dos conflitos penais, à não pacificação dos conflitos, à não reparação, à não diminuição dos processos (pelo contrário, levou ao abarrotamento dos JECrim com processos que tratam de crimes sem dignidade penal e irrelevantes) e à aplicação desmedida de penas restritivas de direitos por meio da transação penal.

3.2 A EXPERIÊNCIA PORTUGUESA COM A MEDIAÇÃO PENAL DE ADULTOS: A LEI Nº 21, DE 12 DE JUNHO DE 2007

A Lei nº 21, de 12 de junho de 2007, que prevê a mediação penal de adultos em Portugal, é fruto da Decisão-Quadro 2001/220/JAI do Conselho, de 15 de março de 2001, a qual dispõe sobre o estatuto da vítima em processo penal. Quando o documento foi aprovado, exigia que os Estados-Membros da União Europeia promovessem a mediação nos processos penais em infrações que considerem adequadas até a data de 22 de março de 2006 (art. 10º)¹⁹⁹. Antes da promulgação da lei, foram elaborados o Anteprojeto de Proposta de Lei sobre Mediação Penal, de 21 de fevereiro de 2006 e a Proposta de Lei nº 107/X sobre Mediação Penal, de 02 de novembro de 2006. Para além das influências legislativas externas (além da Decisão-Quadro 2001/220/JAI, de caráter vinculativo, deve-se lembrar da Resolução nº 2002/12 do Conselho Econômico e Social da ONU, já referida anteriormente),

¹⁹⁹ A Decisão-Quadro pode ser consultada no seguinte endereço eletrônico: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

a criação de uma norma que regulasse a mediação penal em solo lusitano era um compromisso do programa de governo do XVII Governo Constitucional, que já a havia considerado um novo rumo na política criminal²⁰⁰. O tema, à época, foi assunto de intensa discussão pública, ouvindo-se a sociedade e diversas entidades.

Promulgada a Lei nº 21/2007, de 12 de junho, passou-se a prever no ordenamento jurídico português a mediação penal, a qual deve ocorrer na fase do inquérito (art. 3º, nº 1, 1ª parte), o que significa dizer que se enquadra nos mecanismos de diversão processual.

Além desta modalidade de mediação de adultos²⁰¹, existe o art. 39º da Lei nº 112/2009, de 16 de setembro, que trata de encontros restaurativos realizados durante a suspensão provisória do processo ou durante o cumprimento da pena (não necessariamente de prisão), destinados ao crime de violência doméstica, e o art. 47º, nº 4 da Lei nº 115/2009, de 12 de outubro (Código de Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade), que trata da mediação penal pós-sentencial, isto é, a qual é realizada durante a execução da pena de prisão, destinada a todos os crimes que justifiquem uma pena privativa de liberdade. Estes dois últimos programas restaurativos, portanto, não são considerados mecanismos de diversão processual, porque não impedem ou condicionam a atuação da justiça penal, antes a complementam. Em razão disso, não serão tratados no presente estudo.

O âmbito material de aplicação da mediação penal foi restringido pela lei aos crimes particulares em sentido amplo, isto é, aos crimes semi-públicos e particulares em sentido estrito somente quando cometidos contra a pessoa ou o patrimônio (art. 2º, nº 1 e 2)²⁰². Dentro destes limites, estão excluídos, ainda, os delitos que prevejam pena de prisão maior do que cinco anos, os crimes contra a liberdade ou a autodeterminação sexual, os crimes de

²⁰⁰ MACHADO, Pedro Sá. Limites legais da mediação penal “de adultos” em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Org.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 24.

²⁰¹ Importante notar que em Portugal existe também a mediação destinada à “delinquência juvenil”, prevista na Lei Tutelar Educativa (Lei nº 166/99, de 14 de setembro). Neste modelo educativo de responsabilidade, “reconhece-se a importância do contributo criativo do menor para a reparação dos males que causou, acreditando-se que a sua educação para o direito será favorecida pela consciencialização e pelo esforço reparador que lhe são inerentes” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 667). Aliás, a mediação com propósitos restaurativos surgiu primeiro na justiça juvenil e depois passou a ser aplicada na justiça de adultos. Este curso das coisas é observado na maioria dos países que adotou a prática.

²⁰² O Anteprojecto de Proposta de Lei sobre Mediação Penal, de 21 de fevereiro de 2006, propunha que os crimes públicos com pena de prisão não superior a cinco anos também pudessem ser submetidos à mediação penal. Tentava-se evitar, com isso, a tendência de reservar a mediação penal apenas aos crimes cujo processamento depende de queixa, relativamente aos quais é mais fácil assumir a disponibilidade do processo pelas partes, na medida em que nenhum princípio relativo à promoção processual penal é excepcionado (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 673). A lei, ao final, deixou de considerar essa proposta.

peculato, corrupção ou tráfico de influência, assim como os casos em que o ofendido possui menos de 16 anos de idade e nos quais sejam aplicáveis o processo sumário ou sumaríssimo (art. 2º, nº 3)²⁰³.

Na prática, é possível mediar os seguintes crimes previstos no Código Penal Português: ofensa à integridade física simples (art. 143º), ofensa à integridade física por negligência (art. 148º), ameaça (art. 153º), coacção (art. 154º), intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156º), difamação (art. 180º), injúria (art. 180º), ofensa à memória de pessoa falecida (art. 185º), ofensa a organismo, serviço ou pessoa colectiva (art. 187º), violação de domicílio ou perturbação da vida privada (art. 190º), introdução em lugar vedado ao público (art. 191º), devassa da vida privada (art. 192º), violação de correspondência ou de telecomunicações (art. 194º), violação de segredo (art. 195º), aproveitamento indevido de segredo (art. 196º), gravações e fotografias ilícitas (art. 199º), furto (art. 203º), abuso de confiança, não agravado (art. 205º), furto de uso de veículo (art. 208º), apropriação ilegítima em caso de acessão ou de coisa achada (art. 209º), dano (art. 212º), dano qualificado, não agravado (art. 2013º), usurpação de coisa móvel (art. 215º), alteração de marcos (art. 216º), burla, não agravada (art. 217º), burla relativa a seguros, não agravada (art. 219º), burla para obtenção de alimentos, bebidas ou serviços (art. 220º), burla informática e nas comunicações, não agravada (art. 221º), infidelidade (art. 224º), abuso de cartão de garantia ou de crédito, não agravada (art. 225p), usura (art. 226º), receptação, não agravada (art. 231º), auxílio material (art. 232º), danificação ou subtracção de documento e notação técnica (art. 259º) e embriaguez e intoxicação (art. 295º)²⁰⁴.

Ao limitar a mediação penal aos crimes particulares em sentido amplo, o legislador português reforçou a ideia de que a mediação é um assunto do ofendido e apenas do ofendido titular de um direito de queixa, que simboliza uma certa disponibilidade do processo a depender da sua vontade. Não bastando restringir aos crimes particulares, e somente àqueles cometidos contra as pessoas e o património, alguns crimes particulares contra as pessoas foram expressamente excluídos, nomeadamente os crimes contra a liberdade e a autodeterminação sexual. “Relativamente a estes, o legislador parece ter

²⁰³ Com relação à exclusão dos crimes aos quais sejam aplicáveis o processo sumário ou sumaríssimo, “de forma simplificada, poder-se-á extrair a conclusão de que o legislador afastou a possibilidade de mediação penal sempre que haja detenção em flagrante delito e sempre que o Ministério Público considere que não é necessária a cominação de uma sanção privativa de liberdade” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 682).

²⁰⁴ BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. *A mediação penal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 81

acolhido o entendimento de que o ‘encontro’ com o agressor seria sempre desfavorável para a vítima, destituída de uma possibilidade de ‘empoderamento’ do conflito. Tratando-se de crimes cujo procedimento depende de queixa e excluindo-se as hipóteses de intervenção na mediação de menores de 16 anos, não se julga que tal solução seja inquestionável, parecendo reveladora de um certo ‘paternalismo’²⁰⁵.

É sabido que em países do ocidente, ou, diga-se, aqueles de mesma tradição jurídica, existem práticas de mediação penal aplicáveis a crimes públicos, a exemplo da Bélgica, porque se reconhece que mesmo nesses crimes pode existir um conflito com dimensão pessoal ou interpessoal que merece uma possibilidade de pacificação. É claro que a obtenção de um acordo durante a mediação penal, que versa sobre crime de natureza pública, não exclui a necessidade de verificação por parte de uma autoridade judiciária da satisfação das finalidades preventivas, eminentemente penais. Isso, porém, não leva à conclusão imediata da incompatibilidade da mediação com os crimes públicos.

Por óbvio, a relevância para efeitos penais assumida por um acordo de vontades do arguido e do ofendido não pode ser a mesma num crime público ou num crime particular. Não significa, todavia, “que a mediação, enquanto instrumento da justiça restaurativa, não tenha o mesmo fundamento e assuma as mesmas finalidades em ambos os casos. Em qualquer uma das situações, a mediação penal fornece uma possibilidade de encontro pré-ordenada a uma pacificação do conflito (inter)pessoal. O que se passa, porém, é que a relevância dessa pacificação será diversa consoante o crime seja público ou particular, porque na primeira hipótese ela pode não ser suficiente para tornar desnecessária a aplicação do direito penal, à luz das suas específicas finalidades”²⁰⁶. Disso decorre a importância de sublinhar que a mediação penal não pode servir às finalidades da pena. Elas só serão relevantes para aferir a necessidade da intervenção da justiça penal para os crimes públicos, para além da intervenção restaurativa.

Em relação ao processamento da mediação penal previsto na lei, é disposto que, tendo sido recolhidos indícios da prática de um crime e identificando-se o agente, o procedimento poderá ser remetido para a mediação por impulso do Ministério Público (art. 3º, nº 1), caso entenda que assim responde às exigências de prevenção no caso concreto, ou

²⁰⁵ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 682.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 676.

por iniciativa do ofendido²⁰⁷ e do ofensor (art. 3º, nº 2)²⁰⁸, que deve ser constituído arguido. Em outras palavras: a mediação não pode ocorrer antes de iniciado o procedimento formal. Assim, somente após a instauração de um inquérito é que se pode recorrer à mediação penal, ou por iniciativa do Ministério Público, ou por iniciativa das partes, quais sejam, arguido e ofendido.

Neste último caso, torna-se irrelevante a convicção do Ministério Público sobre a possibilidade de a mediação alcançar uma solução para o conflito que favoreça as tais exigências de prevenção, conforme se lê no nº 1 do art. 3º. “Este seguimento normativo só é compreensível a partir da ideia de que aquilo que se persegue com a mediação penal não é em primeira linha a obtenção de finalidades de prevenção especial e geral, ainda que elas possam ser atingidas de forma mediata”²⁰⁹.

Nos casos em que o processo é remetido para mediação por iniciativa do Ministério Público, há várias críticas no sentido de que, uma vez que a lei trata tão somente dos crimes particulares em sentido amplo, não cabe ao órgão acusador realizar a análise das exigências de prevenção. Isso porque, este critério parece desajustado com a própria natureza da promoção processual dos crimes particulares, que dependem de queixa; subordina as finalidades da mediação, que são restaurativas, às finalidades preventivas, as quais são eminentemente penais; e restringe de forma indevida o acesso à mediação penal por arguidos e ofendidos nos crimes particulares de maneira que parece completamente incompatível com os documentos internacionais que consagram o acesso à mediação como direito daqueles últimos²¹⁰.

Não se pode deixar de mencionar também a crítica talvez mais óbvia quanto à função desempenhada pelo Ministério Público de encaminhar os processos à mediação: a mediação penal como expressão da justiça restaurativa pretende oferecer uma forma diferente de reação ao conflito penal, buscando devolver o poder de decisão aos intervenientes concretos no conflito. Isso significa que deixar a decisão de existência (ou

²⁰⁷ Neste ponto do trabalho, tratar-se-á a vítima exclusivamente como ofendido, uma vez que é assim que a lei a refere e porque implica um significado técnico-jurídico previsto no ordenamento jurídico português.

²⁰⁸ Segundo Cláudia Santos, a exigência de que o requerimento de encaminhamento à mediação seja feito pelo arguido e pelo ofendido dificulta a exequibilidade do procedimento não determinada exclusivamente pela autoridade judiciária. Isso porque, é improvável que, num momento anterior à pacificação do conflito, haja um acordo de vontades entre as partes diretamente envolvidas no conflito (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 678).

²⁰⁹ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 677.

²¹⁰ *Ibidem*.

não) da mediação penal a cargo da autoridade judiciária, que é desapossada de um poder que tinha como seu, parece incompatível com a função e as finalidades da justiça restaurativa.

Em qualquer dos casos previstos no art. 3º, seja por encaminhamento do Ministério Público ou por decisão das partes, cabe ao primeiro a nomeação do mediador a partir das listas inscritas pelo Ministério da Justiça (art. 11º). O envio do procedimento para a mediação penal suspende os prazos relacionados com a acusação, com a duração máximo do inquérito e com a prescrição do procedimento criminal (art. 7º).

Com relação à figura do mediador penal, que é um particular nomeado exclusivamente pelo Ministério Público, deverá no exercício de suas funções observar alguns requisitos: a imparcialidade, a independência, a confidencialidade²¹¹ e a diligência, por razões legais, éticas e deontológicas (art. 10º). Isso porque, a partir da nomeação, é o mediador que entrará em contato com as partes, ofendido e arguido, para informar seus direitos e deveres, esclarecer a natureza, finalidade e regras da mediação e verificar se possuem condições para participar de todo o processo (art. 3º, nº 5), além de obter o consentimento por escrito livre e esclarecido de ambos²¹². O mediador também estará em contato com o Ministério Público durante todo o procedimento por motivos relacionados com informações (art. 3º, nº 4 e 6; art. 5º, nº 1), solicitações (art. 5º, nº 2) e conformidades legais (art. 5º, nº 3 e 8)²¹³.

Apesar de o mediador ser um particular nomeado pelo órgão acusador, não se pode dizer que, no caso da lei ora esmiuçada, há uma atribuição de funções eminentemente públicas e, por isso, necessariamente desempenhadas pelos órgãos do Estado. Isso porque, segundo Cláudia Santos²¹⁴, o mediador não intervém na condenação do ofensor a uma pena, acusando-o – como faz o Ministério Público – ou aplicando-lhe uma pena ou medida de segurança – como faz o tribunal. O mediador é tão somente uma figura que pretende facilitar a comunicação e a pacificação pessoal e interpessoal do conflito. Além disso, nos casos em que a mediação penal condiciona o funcionamento da justiça penal, isto é, nos casos em que

²¹¹ A confidencialidade dos encontros para mediação é de extrema importância. O mediador penal deverá guardar segredo em relação ao teor das sessões (art. 10º, nº 3), mas também em relação à informação processual de que saiba em razão da participação no procedimento de mediação (art. 10º, nº 4). Nada do que for discutido poderá ser utilizado como prova em processo judicial.

²¹² O consentimento das partes não é irrevogável (art. 4º, nº 2), ou seja, o consentimento ao longo de todo o procedimento é imprescindível e característico da mediação penal. Caso haja a revogação por qualquer uma das partes, retoma-se o processo penal.

²¹³ MACHADO, *Limites legais da mediação penal...*, p. 27.

²¹⁴ SANTOS, *Os novos atores da justiça penal...*, p. 15.

a mediação conduz à diversão processual, prevê-se um papel de controle atribuído a uma autoridade judiciária (ao Ministério Público). Ademais, o mediador não surge como um privado (puramente), pois atua no âmbito do sistema público de mediação, regulado e disponibilizado pelo Estado. Em suma, as funções do mediador, por óbvio, não se revestem da natureza eminentemente pública que tem a resposta penal, contudo, também não se pode dizer que o mediador é puramente um particular, porque de fato atua no âmbito público.

Esclarecido este ponto, deve-se fazer uma segunda observação quanto à atuação do mediador. O consentimento esclarecido de ambas as partes a ser obtido pelo mediador não impede que a mediação não venha a ter lugar caso este último entenda que o arguido, o ofendido, ou ambos não possuem condições para participar das sessões. Isso porque, podem existir casos em que não há o mesmo empoderamento do conflito pelo arguido e pelo ofendido, e a conseqüente impossibilidade de participação em plano de igualdade, quer de diálogo, quer de conformação com a solução, como também podem existir casos em que há a intenção de utilização dos encontros para agudizar o conflito ao invés de pacificá-lo. Por isso, nestes casos, a fim de evitar a vitimização secundária, pois impossível a participação equânime das partes, e a fim de evitar a agudização do conflito, o mediador poderá considerar inaplicável a mediação penal, ainda que as partes a desejem²¹⁵. Nesses casos, retoma-se o processo penal.

Com o preenchimento de todas as condições até aqui referidas, terá lugar, extrajudicialmente, a mediação penal. Caso não sejam alcançadas todas condições, prossegue-se com o processo penal (art. 3º, nº 6). Não são devidos pagamentos de custas processuais para que o procedimento de mediação ocorra. Nas sessões devem comparecer o mediador, o arguido e o ofendido, podendo estes últimos dois estarem acompanhados de advogado ou advogado estagiário (art. 8º), que deverão se reservar ao papel de fonte de informação e esclarecimento. Para além deles, é possível a intervenção de outros interessados, nomeadamente eventuais responsáveis civis e lesados (art. 4º, nº 3 e 4).

Durante o procedimento, as partes podem ou não chegar a um acordo. Caso cheguem, poderão fixar acordo de livre conteúdo, excetuando-se sanções privativas de

²¹⁵ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 711.

liberdade, deveres que ofendam a dignidade da pessoa²¹⁶, ou deveres cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses (art. 6º, nº 2)²¹⁷.

Sobre este ponto, André Lamas Leite considera-o o mais controvertido da lei. Isso porque, segundo o seu entendimento “o art. 6º padece de inconstitucionalidade material, por violação do princípio da determinabilidade ou taxatividade das sanções, ínsito no art. 29º, nº 3, da Constituição”²¹⁸. No mesmo sentido, segundo Mário Ferreira Monte, “a excessiva liberdade de fixar acordo pode ser inconstitucional e, não só por isso, mas porque essa liberdade é ilusória. Pode parecer um paradoxo, mas é verdade. De facto, não há dúvidas que quase não existem limites na fixação do acordo. Mas o que mais nos preocupa é que essa liberdade é aparente, na medida em que sobre o arguido impende aquela espada a que já aludimos que consiste em saber que estará em causa o acordo ou a acusação. Um binómio alternativo como este não é aceitável quando, em seguida, se permite uma fixação livre do acordo”²¹⁹.

Apesar das críticas bem fundamentadas, concorda-se com Cláudia Santos, para quem o conteúdo do acordo deve resultar da conformação do ofendido (que o deve considerar suficientemente reparador) e do arguido (que deve querer assumir determinados deveres), da troca comunicacional amparada num idêntico empoderamento dos sujeitos que buscam a solução que consideram a melhor possível para o conflito em que estão envolvidos.

²¹⁶ Apesar da amplitude do conceito de dignidade da pessoa, um dos critérios para aferição da compatibilidade do acordo com a dignidade da pessoa prende-se com a adequação dos objetivos de reparação e de pacificação implícitos na mediação penal. Assim, deveres contidos no acordo inúteis ao alcance desses objetivos não passarão pelo crivo de adequação e tenderão, uma vez que implica ao arguido limitações desnecessárias e supérfluas, à desconformidade com a dignidade da pessoa (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 701).

²¹⁷ O motivo talvez pragmático pelo qual o legislador português estabeleceu um limite temporal para o acordo cinge-se ao fato de que o prazo para o seu cumprimento não pode ser tão longo que prejudique de forma exagerada o processo que virá a existir caso o acordo fracasse; um motivo utilitarista e que se relaciona com o modelo eleito para a concatenação do processo penal e da mediação penal. Isto significa dizer que é sobretudo a eventualidade de se vir a retomar a via da resposta punitiva estadual que desaconselha uma maior dilação do prazo para o cumprimento do acordo. “Todavia, a esta razão acrescerá pelo menos ainda uma outra, relacionada com a tendencial inconveniência da assunção de deveres por um período de tempo longo quando estão em causa infracções de pequena e de média gravidade. Ou seja: partindo do princípio de que aqueles deveres representam um desvalor para o arguido, ter-se-á considerado que esse desvalor não pode prolongar-se de forma excessiva, sobretudo na medida em que na origem desta mediação estão ilícitos criminais que não são, eles próprios, geradores de um enorme desvalor. Ter-se-á, assim, procurando introduzir um certo facto de proporcionalidade entre o desvalor do crime e o desvalor associado a esta forma de reacção ao crime” (SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 701-702).

²¹⁸ LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos: um novo “paradigma” de justiça*. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 82.

²¹⁹ MONTE, Mário Ferreira. Um balanço provisório sobre a lei de mediação penal de adultos. In: *Jornadas de ciência criminal em homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 121.

Além disso, por não ser possível realizar acordo que verse sobre sanções penais, falta a nota de coercitividade às possíveis limitações a direitos constantes nele²²⁰.

Na sequência, se o Ministério Público verificar que o acordo não respeita os limites referidos, devolverá o procedimento ao mediador para, juntamente com as partes, sanar a ilegalidade; se entender que o acordo respeita todos os requisitos, homologa a desistência de queixa (art. 5º, nº 5). A assinatura do acordo significa e equivale a uma desistência de queixa por parte do ofendido e ao aceite por parte do arguido (art. 5º, nº 4)²²¹.

A homologação do acordo a ser realizada pelo Ministério Público obriga a verificação de que o conflito que as partes consideram resolvido por meio da mediação penal diz respeito ao mesmo conflito que mereceu enquadramento penal em um inquérito. Isso porque, inserindo-se a mediação penal na caixa de ferramentas da diversão processual, pelo menos segundo a lei, não há o desligamento total do conflito penal. É claro que com essa verificação o Ministério Público não deve buscar saber se a verdade acordada pelas partes corresponde exatamente à verdade do fato delitivo, mas antes, se aquela verdade não é manifestamente incoerente com esta, à luz dos elementos disponíveis²²².

A segunda verificação diz respeito ao controle que deve ser feito quanto aos deveres assumidos pelo arguido com a sua concordância. Por óbvio, deve-se verificar se o que foi acordado não envolve os limites legais do art. 6º da lei, quais sejam, as sanções privativas da liberdade, deveres que ofendam a dignidade do arguido ou cujo cumprimento se deva prolongar por mais de seis meses; caso o acordo infrinja esses limites, não poderá haver a sua homologação. Mas, pode-se questionar se o Ministério Público pode recusar a homologação caso entenda que os deveres assumidos não são suficientes para o cumprimento das finalidades preventivas (aquelas finalidades que foram critério de envio para a mediação).

Sobre este ponto, concorda-se novamente com Cláudia Santos, para quem a rejeição desta hipótese de não homologação do acordo pelo Ministério Público sustenta-se nas mesmas razões pelas quais antes se criticou a escolha das exigências preventivas como critério para envio do processo à mediação penal²²³. Ou seja, há um flagrante desajuste com

²²⁰ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 697.

²²¹ MACHADO, *Limites legais da mediação penal...*, p. 28.

²²² SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 719.

²²³ *Ibidem*, p. 720.

a própria forma de promoção processual dos crimes particulares em sentido amplo e com a submissão das finalidades restaurativas às finalidades penais.

Acresce-se a isso o fato de que, nos crimes particulares, mesmo que apresentada a queixa, o ofendido poderá desistir dela até a publicação da sentença no tribunal de primeira instância. A homologação dessa desistência da queixa, segundo se lê no art. 51º do Código de Processo Penal Português²²⁴, parece estranha a qualquer das finalidades preventivas. Se, no próprio processo penal, no que diz respeito aos crimes particulares, a vontade do ofendido prevalece quanto à existência ou não do processo, não parece razoável que na mediação penal o Ministério Público possa fazer a análise das finalidades preventivas a fim de homologar o acordo, abrindo brecha para a existência de um processo penal não desejado pelas partes.

Não se pode ignorar também que a escolha do Ministério Público como a autoridade judiciária responsável pela verificação do acordo obtido na mediação penal suscita diversas críticas na literatura jurídica portuguesa.

Segundo André Lamas Leite, por meio do acordo, o arguido está sujeito à imposição de obrigações que se podem traduzir, em maior ou em menor grau, em formas de sanção que comprimem seus direitos fundamentais. Em razão disso, é essencial que um juiz, como guardião das liberdades, intervenha na verificação da legalidade do processo de mediação e do acordo entabulado, sob pena de violação do princípio da reserva de juiz aludido no art. 32º, nº 4, da Constituição da República Portuguesa²²⁵.

No mesmo sentido, Mário Ferreira Monte defende que a opção feita pela lei de incumbir ao Ministério Público a verificação do acordo mais do que incompreensível, é sobretudo questionável. Segundo o autor, “só o juiz garante a independência necessária para, enquanto garante dos direitos fundamentais, homologar o acordo (...) [por isso] a sua intervenção deve ter-se por absolutamente indispensável”²²⁶.

²²⁴ “Artigo 51.º - Homologação da desistência da queixa ou da acusação particular. 1 - Nos casos previstos nos artigos 49.º e 50.º, a intervenção do Ministério Público no processo cessa com a homologação da desistência da queixa ou da acusação particular. 2 - Se o conhecimento da desistência tiver lugar durante o inquérito, a homologação cabe ao Ministério Público; se tiver lugar durante a instrução ou o julgamento, ela cabe, respectivamente, ao juiz de instrução ou ao presidente do tribunal. 3 - Logo que tomar conhecimento da desistência, a autoridade judiciária competente para a homologação notifica o arguido para, em cinco dias, declarar, sem necessidade de fundamentação, se a ela se opõe. A falta de declaração equivale a não oposição. 4 - Se o arguido não tiver defensor nomeado e for desconhecido o seu paradeiro, a notificação a que se refere o número anterior efectua-se editalmente.”

²²⁵ LEITE, *A mediação penal de adultos...*, p. 115.

²²⁶ MONTE, *Um balanço provisório sobre a lei...*, p. 121.

Estes são, de fato, argumentos muito relevantes. Contudo, acredita-se, como já referido, que as responsabilidades acordadas e assumidas pelo arguido no processo de mediação não equivalem a sanções penais, pois falta-lhes coercitividade e, também, porque resultam do consenso de partes equânimes. Desse modo, não há propriamente uma ofensa aos direitos fundamentais que justifique a necessidade premente da intervenção de um juiz. Mas, reconhece-se que este ponto é merecedor de cuidado redobrado, pois é sabido que na prática da justiça penal o Ministério Público assume um compromisso com a acusação e com a condenação, como se parte num processo privado fosse.

Assim, após a homologação, caso o acordo não seja adimplido no prazo fixado, o ofendido poderá renovar a queixa no prazo de um mês, cabendo ao Ministério Público verificar o não cumprimento – podendo recorrer aos serviços de reinserção social, a órgãos de polícia criminal e outras entidades administrativas –, abrindo-se novamente o inquérito, se necessário.

De outro lado, caso não seja possível alcançar uma solução consensual ou caso o procedimento estenda-se por mais de três meses contados da remessa inicial sem a solicitação de prorrogação (o mediador poderá formular pedido de prorrogação por mais dois meses, desde que se verifique uma forte probabilidade de se alcançar um acordo) (art. 5º, nº 2), encerra-se a mediação e deverá o mediador informar ao Ministério Público para que seja dada sequência ao processo penal (art. 5º, nº 1).

Em suma, este é o procedimento relativo à mediação penal, como instrumento de diversão processual, previsto na Lei nº 21/2007, de 12 de junho.

Agora, talvez seja necessário abordar um ponto bastante controvertido e que foi deixado à margem da lei. Aqueles mais atentos podem ter percebido que ao longo desta exposição não se fez referência à possibilidade de mediação nos casos em que há pluralidade (ou inexistência) de ofendidos. De fato, a lei é omissa, sendo certo que trata do ofendido no singular.

Segundo Cláudia Santos, no que respeita ao ofendido e aos problemas postos pela sua participação na mediação penal, “podem distinguir-se as hipóteses de uma sua inexistência daquelas outras em que se afirma uma sua pluralidade. Parece, porém, impor-se aqui, em uma perspectiva metodológica, um esclarecimento conceptual, porque aquela inexistência pode relacionar-se, em certo sentido, com um problema de pluralidade. Quando aqui se refere a inexistência de um ofendido têm-se em conta os denominados ‘crimes de

vítima abstracta’ ou os ‘crimes sem vítima’, sujeitos ao denominador da inexistência de uma vítima individualizada ou com a consciência da sua própria vitimização”²²⁷. Em outras palavras: nos crimes sem vítima, ninguém se sente ofendido; nos crimes de vítima abstrata, não há um único ofendido, mas várias e indeterminadas vítimas; estas hipóteses deverão ser consideradas como de inexistência de um ofendido. Sob a designação da pluralidade de ofendidos serão consideradas, pelo contrário, as hipóteses em que do crime resulta não um, mas vários ofendidos, individualizáveis e conscientes da sua vitimização.

Nos casos em que inexistente um ofendido (nos crimes sem vítima ou nos crimes de vítima abstrata), não é incontroversa a exclusão da mediação penal. Isso porque, desde que seja possível identificar sujeitos ou associações de sujeitos que se identifiquem como portadores mais próximos ou mais diretos dos interesses prejudicados, é possível a participação em práticas voluntárias, que os reúnam junto com o arguido, no intuito de favorecer a reparação por meio do cumprimento de um acordo. Tenha-se como exemplo um crime ambiental, que fere um bem jurídico supra-individual e atinge a coletividade. É muito mais vantajoso que o ofensor, por exemplo, que poluiu um riacho, desenvolva estratégias e programas de reparação ambiental junto com uma associação que já trabalha nesta área do que priorizar a resposta punitiva, que não terá como finalidade a reparação dos danos já causados. Este também é o entendimento de John Braithwaite. Para além do crime ambiental, o autor afirma, a título de exemplo, que as empresas da indústria farmacêutica poderiam fornecer gratuitamente medicamentos a certos setores da população ou investir mais na investigação da cura para determinadas doenças; os infratores que tivessem, por exemplo, vendido alimentos em condições inadequadas poderiam oferecer, sob vigilância e cumpridos certos requisitos, refeições aos mais carentes, assim por diante²²⁸.

De outro lado, nos casos em que há pluralidade de ofendidos, individualizáveis e conscientes de sua vitimização, não se encontra na lei resposta direta a esta questão, como já mencionado. Como não há menção a essa possibilidade e, por consequência, não há exclusão expressa, deve-se interpretar que é possível a realização da mediação penal nos casos em que existem vários ofendidos.

Agora, quanto aos casos em que há pluralidade de arguidos, também não parece haver óbice à mediação caso entenda-se que esse procedimento não é somente uma forma

²²⁷ SANTOS, A *justiça restaurativa...*, p. 68.

²²⁸ BRAITHWAITE, John. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 16.

de diversão processual, mas verdadeiramente um processo guiado por valores não penais e processuais penais, destinado a pacificar o conflito e a reparar o dano por aqueles que assim queiram.

Deve-se, no entanto, a título argumentativo, suscitar duas interrogações: se um dos arguidos se recusar a participar da mediação, deve isso obstar a mediação entre o ofendido e o outro arguido? Caso a resposta seja negativa, poderá a mediação bem-sucedida entre o ofendido e um dos arguidos ser aproveitada por aquele que não a desejou?

Quanto à primeira interrogação, não parece razoável admitir que a rejeição à mediação por um dos arguidos obste a vontade do outro em solucionar o seu conflito por uma via não punitiva, estando o ofendido de acordo. Com relação à segunda interrogação, o problema é mais complexo. Isso porque, segundo consta na Lei nº 21/2007, de 12 de junho, a assinatura do acordo equivale a desistência da queixa por parte do ofendido e à não oposição por parte do arguido, podendo o ofendido renovar a queixa no prazo de um mês caso o acordo não seja adimplido no prazo estipulado (art. 5º, nº 4). Já o art. 116º do Código Penal Português prevê que “a desistência de queixa relativamente a um dos participantes no crime aproveita aos restantes, salvo oposição destes, nos casos em que também estes não puderem ser perseguidos sem queixa”. Considerando-se essas disposições, poderá a desistência de queixa inerente à celebração do acordo de mediação ser aproveitada pelo arguido que não desejou a mediação penal? A resposta positiva parece não ser compatível com os fundamentos e as finalidades restaurativas, pois pretendem justamente que o arguido queira participar da mediação e se empenhe para reparar o mal causado, o que não acontece com a comunicabilidade da desistência de queixa. Em sentido contrário, a não comunicabilidade pode levar à responsabilização penal isolada do outro arguido, contornando-se a pretendida diversão processual pelo legislador²²⁹.

Dito tudo isso, não se pode negar que as críticas à lei são muitas e os pontos não respondidos são tantos outros, mas, apesar disso, deve-se reconhecer o esforço do legislador português em inserir no ordenamento jurídico uma lei que trata do tema e que reconhece a importância da prática, abrindo caminho para o aperfeiçoamento e a inserção de outros instrumentos restaurativos.

Uma última observação diz respeito aos números relativos ao funcionamento do sistema público de mediação penal desde a promulgação da lei, que não parecem

²²⁹ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 690-691.

encorajadores. No ano de 2008 foram feitos 95 pedidos de envio de processos à mediação penal; em 2009 foram 224; em 2010, 261; em 2011, 90. Os números de processos finalizados, com acordo e sem acordo, no mesmo período, são os seguintes: em 2008 foram 16 processos com acordo e 14 sem acordo; em 2009, 47 com acordo e 40 sem acordo; em 2010, 71 com acordo e 87 sem acordo; em 2011, 35 com acordo e 50 sem acordo. Nos dois primeiros meses de 2012 foram feitos 10 pedidos de mediação; nesse mesmo período foram finalizados 5 processos de mediação, 2 com acordo e 3 sem²³⁰. Já os números dos processos penais na fase de julgamento findos nos tribunais judiciais de primeira instância, são os seguintes: em 2008 foram finalizados 108.822 mil processos penais; em 2009, 96.074 mil processos; em 2010, 94.857 mil processos; em 2011, 93.840 mil processos; e em 2012 (ano completo), 93.674 mil processos²³¹. É claro que estes últimos números dizem respeito a processos que apuram crimes de todas as naturezas, que podem ou não ser abrangidos pela mediação penal. O que se pretende com a comparação é a demonstração da enorme desproporção dos números de processos enviados para a mediação penal e concluídos em relação aos números de processos findos nos tribunais judiciais de primeira instância no mesmo período. A desproporção é de algumas dezenas para dezenas de milhares.

Os diminutos números de casos enviados à mediação corroboram o fato de que a Lei nº 21/2007, de 12 de junho, não foi muito bem recebida pelos atores tradicionais da justiça penal. É possível que isso se relacione com a ideia, já tantas vezes tratada neste estudo, de que a mediação penal não reage à altura do conflito criminal, porque não persegue as finalidades penais, e, por isso, não faz justiça (leia-se, aquele paradigma de justiça pública que só o Estado pode ofertar). Ainda, pode-se relacionar com a ideia de que os mediadores, que são particulares e muitas vezes sequer são juristas, aparecem como usurpadores de tarefas que o Ministério Público e os juízes acreditam que melhor desempenham.

Num balanço final, é possível dizer, utilizando-se os argumentos do início deste capítulo, que a Lei nº 21/2007, de 12 de junho, apesar da promessa restaurativa e de as autoridades judiciárias realmente acreditarem ser uma aposta restaurativa, é ainda subordinada às finalidades penais e processuais penais, pois prevê um regime muito mais

²³⁰ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 201, nota 313.

²³¹ Os dados podem ser acessados no endereço eletrônico da Direção-Geral da Política de Justiça da República Portuguesa, no campo de acesso às Estatísticas da Justiça: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_636961334156716250>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

utilitarista e eficiente do que um quase direito dos intervenientes à pacificação e à reparação do conflito interpessoal.

3.3 RUMOS PARA UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA DE MEDIAÇÃO PENAL

Conforme referido no ponto em que se abordou a Lei nº 9.099/95, não existe uma lei nacional que discipline e autorize, uniforme e genericamente, práticas restaurativas no país, nem sequer a mediação penal, que é a prática mais comum e utilizada em outros Estados. Os JECrim são o que se tem de mais “avançado” dentre os mecanismos de não intervenção da justiça tradicional, mas, deve-se frisar, evitando-se assim qualquer tipo de confusão, que a lei dos Juizados Especiais não é guiada pelos valores restaurativos, mas antes aposta em argumentos utilitaristas e eficientistas para alcançar a informalização da justiça, a desobstrução do sistema, a celeridade dos processos e a diminuição dos custos por meio da negociação.

Apesar da inexistência de um marco legal para a justiça restaurativa, vários programas foram e continuam a ser desenvolvidos regionalmente em todo o país. Pode-se dizer que as práticas restaurativas ganharam reconhecimento no Brasil a partir de 2005, com a implementação de três projetos-piloto: em São Caetano do Sul, no Estado de São Paulo, em Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul e em Brasília, no Distrito Federal, a partir de uma parceria entre o Poder Judiciário dessas localidades e a então Secretaria da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Esta parceria resultou no programa “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro”.

Os projetos desenvolvidos nas cidades de São Caetano do Sul (SP) e Porto Alegre (RS) concentram-se na utilização de práticas restaurativas no âmbito dos Juizados da Infância e Juventude, isto é, são destinados aos adolescentes e às vítimas de atos infracionais, segundo o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O projeto-piloto de Brasília (DF), por sua vez, é desenvolvido no âmbito da justiça “de adultos”, junto aos Juizados Especiais Criminais. A prática adotada é a mediação vítima-ofensor para os delitos de menor potencial ofensivo (aqueles de competência dos JECrim) e pretende avaliar a percepção dos atores tradicionais da justiça penal e dos usuários do

sistema de justiça, bem como incentivar a pacificação social a partir da resolução das causas subjacentes aos conflitos penais²³².

A equipe que trabalha no projeto é dividida no grupo técnico – composto por um supervisor, um coordenador de capacitação de facilitadores e um coordenador executivo, aos quais se somam 22 facilitadores e um estagiário (os facilitadores são normalmente bacharéis ou estudantes de direito e psicologia, podendo haver também facilitadores formados em pedagogia, serviço social, etc.) – e no grupo gestor – composto por dois juízes, três representantes do Ministério Público e um defensor público, além de um supervisor, dois coordenadores e um facilitador –, o qual realiza encontros quinzenais para avaliar o projeto e estabelecer diretrizes²³³.

Os casos enviados à mediação são selecionados conforme seja possível identificar conflitos subjacentes aos conflitos penais, passíveis de solução pela mediação. Para o programa, o conflito subjacente pode ser traduzido como o conflito real para além do conflito aparente, que pode envolver vínculo pessoal ou relacionamento que se projete para o futuro ou então situação que envolva conflito permanente. Nos casos em que não existe vínculo entre a vítima e o ofensor, são selecionados quando se verificar a necessidade de reparação emocional ou patrimonial²³⁴.

O encaminhamento dos procedimentos à mediação era inicialmente feito na audiência preliminar prevista na lei dos JECrim, após a análise de conveniência realizada pelo juiz, pelo Ministério Público e, quando presente, pelo defensor público, na presença e com a concordância das partes. Posteriormente, decidiu-se que a seleção dos casos seria realizada pelo grupo gestor nas suas reuniões quinzenais. Os casos selecionados são, assim, encaminhados à coordenação executiva, que deverá repassar aos facilitadores, responsáveis pela condução da mediação²³⁵.

Caso seja possível alcançar um acordo, os facilitadores redigem um relatório e o enviam ao JECrim para a análise do juiz e do Ministério Público, os quais verificam se o

²³² RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 13.

²³³ BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Tão próximo, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07052010-084701/pt-br.php>>. Acesso em: 10 de junho de 2019. p. 65.

²³⁴ *Ibidem*, p. 67

²³⁵ *Ibidem*, p. 68

acordo foi celebrado de acordo com a lei. Em caso afirmativo, o juiz faz a homologação e extingue o processo. Nos casos em que não há acordo, o processo penal é retomado²³⁶.

Dos três projetos-piloto implementados a partir de 2005, apenas o de Brasília foi desenvolvido para os conflitos penais envolvendo adultos e é o único que utiliza a mediação penal (os outros dois utilizam os círculos restaurativos). O procedimento elaborado, no entanto, deixa de considerar o ponto nevrálgico do pensamento restaurativo: a autonomia das partes. Ao que parece, vítima e ofensor não têm autonomia para requerer o encaminhamento do processo à mediação, antes dependem da escolha do caso pelo grupo gestor e da decisão da uma autoridade judiciária. A mediação, portanto, está totalmente subordinada à justiça penal. Além disso, como a mediação é feita nos processos de competência dos JECrim, o âmbito de aplicação é restrito aos crimes de menor potencial ofensivo, aqueles que têm dignidade penal muitíssimo diminuta.

Com a implementação de programas restaurativos por todo o país e com a difusão do pensamento restaurativo aliado à falência do sistema penal, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) elaborou a Resolução Nº 225, de 31 de maio de 2016, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, e passou a mapear os projetos restaurativos postos em prática nas mais diversas regiões do Brasil. Em junho de 2019, o CNJ atualizou os dados de 2005 compilados pelo Ministério da Justiça e divulgou o documento “Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa”, o qual apresenta dados dos programas (entendidos para a referida pesquisa como “o conjunto de projetos e ações planejados e coordenados para o alcance de propósitos amplos”), ligados ao Poder Judiciário, isto é, à justiça comum estadual e federal (Tribunais de Justiça Estaduais e Tribunais Regionais Federais)²³⁷.

O mapeamento mostrou que existem 44 programas de justiça restaurativa ligados ao Poder Judiciário em andamento hoje no Brasil. Destes, 35 são coordenados pelos Tribunais de Justiça Estaduais, 4 são coordenados em parceria com a sociedade civil, 2 pelos Tribunais Regionais Federais, 1 pelo Ministério Público e 4 por “outra” (sem especificação). Dos 35 programas desenvolvidos pelos Tribunais Estaduais, apenas um possui dotação

²³⁶ BENEDETTI, *Tão próximo, tão distantes...*, p. 73

²³⁷ BRASIL. *Mapeamento dos programas de justiça restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, junho de 2019. Acesso em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/06/ac77a0139fa8adabc1888b765e4259b1.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

orçamentária específica. Como não existe uma lei que regule o tema, que é de competência da União, a maioria dos programas são regulados por meio de resolução (38,9%) ou portaria (19,4%)²³⁸.

As três práticas mais utilizadas nos programas mapeados são: os círculos de construção de paz (93,2%), o processo circular (54,5%) e os círculos restaurativos (processos circulares baseados na comunicação não violenta) (45,5%). A mediação penal aparece em quinto lugar, utilizada em 25% dos programas²³⁹. Os tipos de encontros restaurativos são em sua maioria vítima, ofensor e comunidade/família/apoiadores (68,2%) e em sua minoria somente vítima-ofensor (36,4%).

Os números compilados demonstram que a mediação penal vítima-ofensor é o recurso menos utilizado nos programas, na contramão da tendência mundial. Talvez isso possa ser explicado pelo fato de que não há uma norma que regule a mediação penal a nível nacional, o que dificulta a sua utilização especialmente como mecanismo de diversão processual, que condicionaria ou impediria o funcionamento da justiça penal. A maioria das práticas restaurativas ocorre quando a justiça penal já atuou e deu a sua resposta.

A fim de implementar práticas restaurativas no ordenamento jurídico brasileiro, foi proposto pela Comissão de Legislação Participativa da Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 7.006/2006²⁴⁰. O projeto contém disposições gerais sobre o que denominou “encontros restaurativos” e propõe alterações ao Código Penal, ao Código de Processo Penal e à Lei nº 9.099/95, e busca com isso instituir legalmente a justiça restaurativa, como forma facultativa e complementar à justiça penal, em crimes e contravenções penais. Apesar do projeto não se referir expressamente à mediação penal, mas sim aos “encontros restaurativos”, a descrição do procedimento assemelha-se muito à mediação. Por isso, será tratado como uma tentativa de implementação legal da mediação penal.

O art. 2º dispõe que as práticas restaurativas no âmbito do referido projeto compreendem encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso, conduzidos por facilitadores, e, quando apropriado, poderão contar com a participação de outras pessoas ou membros da comunidade, que participarão ativamente na resolução dos danos causados pelo

²³⁸ BRASIL, *Mapeamento dos programas...*, p. 12.

²³⁹ *Ibidem*, p. 21

²⁴⁰ O projeto de lei poder ser consultado no seguinte endereço eletrônico: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

crime. O acordo obtido do encontro deverá estabelecer as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime (art. 3º).

O art. 4º dispõe que, quando preenchidos os requisitos para o procedimento restaurativo, o juiz poderá, com a anuência do Ministério Público, enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal que serão processados nos núcleos de justiça restaurativa, os quais deverão contar com estrutura física e humana adequada (art. 5º).

O parágrafo 3º, do art. 6º, dispõe que os facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo. Os atos do procedimento compreendem: consultas às partes sobre se desejam participar do procedimento voluntariamente; entrevistas preparatórias entre o facilitador e as partes, separadamente; encontros que objetivam a resolução dos conflitos que cercam o delito (art. 7º). As técnicas utilizadas nos encontros devem ser aquelas da mediação (art. 8º).

O procedimento restaurativo deverá observar os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinariedade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé (art. 9º). Ainda, deverá o procedimento restaurativo constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos (art. 10).

Além dos dispositivos gerais, o projeto de lei prevê alterações no Código Penal para que o cumprimento do acordo restaurativo passe a ser causa de extinção da punibilidade do ofensor, bem como para que a homologação do acordo passe a valer como causa de interrupção da prescrição.

Ainda, prevê as seguintes alterações no Código de Processo Penal: incluir no art. 10 que a autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo; incluir no art. 24 que poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa, quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de participar do procedimento restaurativo e, no mesmo artigo, que poderá o Ministério Público

deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo; criar o art. 93-A para dispor que o curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Para além dessas alterações, o projeto prevê a inserção do Capítulo VIII no Código de Processo Penal, que trata do “Processo Restaurativo” (arts. 556 a 562). Prevê, ademais, alterações na Lei nº 9.099/95 para que as práticas restaurativas sejam um de seus objetivos ao lado da conciliação e da transação penal. Do mesmo modo como no inquérito, a autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para o procedimento restaurativo, bem como poderá o Ministério Público encaminhar as partes ao núcleo de justiça restaurativa em qualquer fase dos processos perante os JECrim.

Este é, em suma, o texto do Projeto de Lei nº 7.006/2006. Numa leitura detida, percebe-se que o texto do projeto é bastante rudimentar. Parece que os responsáveis pela sua elaboração e apresentação não se aprofundaram muito no tema da justiça restaurativa e, também, não souberam redigir um projeto de lei que prevê a criação de um procedimento completamente novo, guiado por fundamentos e finalidades próprias. Nessas circunstâncias, naturalmente, os pontos negativos são muitos.

Nota-se que inexistente a possibilidade de as partes solicitarem diretamente à autoridade competente o encaminhamento do processo à mediação, contrariando a necessária autonomia e vontade das partes nas práticas restaurativas. Nos casos em que o encaminhamento é sugerido pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, o juiz necessariamente deve decidir. Quando o encaminhamento não for sugerido pelo MP, o juiz precisa, ainda, da anuência daquele. Novamente, a decisão sobre a pertinência de enviar ou não o procedimento aos núcleos de justiça restaurativa pertence ao juiz, seguindo os moldes da justiça penal.

O procedimento restaurativo pretende oferecer uma forma diferente de reação ao conflito penal, buscando devolver o poder de decisão aos intervenientes concretos no conflito. Isso significa que deixar a decisão de existência (ou não) desse procedimento a cargo da autoridade judiciária, que é desapossada de um poder que tinha como seu por esse novo mecanismo, parece incompatível com a função e as finalidades da justiça restaurativa. Para Daniel Achutti, “a centralização de uma decisão tão importante como essas nas mãos

dos magistrados contraria a autonomia do sistema restaurativo, tornando-o mero apêndice do sistema penal e reduzindo substancialmente as chances de redução do poder punitivo”²⁴¹.

Para além disso, talvez o ponto mais problemático seja o contido no art. 556, que pretende ser incluído no Código de Processo Penal. Neste, lê-se o seguinte: “nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo”.

Ao condicionar o encaminhamento do processo à análise da personalidade e dos antecedentes criminais do ofensor, remete-se aos tantos problemas que estas circunstâncias já causam na justiça penal brasileira. Sabe-se que são conceitos extremamente vagos e subjetivos, que abrem portas para decisões arbitrárias e não amparadas em critérios de possível verificação no processo. Na prática, as condições previstas na norma servirão para fundamentar os pré-juízos dos julgadores acerca da aparência e das condições sociais e econômicas dos ofensores, reforçando a seletividade do sistema penal. Aos brancos e ricos, a possibilidade de restauração do conflito pela via não punitiva, aos negros e pobres, o sistema criminal.

Além da impossibilidade de se aferir a personalidade de qualquer pessoa pelos autos de um processo, ainda haveria a limitação de participação em práticas restaurativas dos reincidentes ou daquelas pessoas consideradas possuidoras de maus antecedentes, seja lá o que isso queira significar, ainda que vítima e ofensor desejem uma solução não punitiva ao seu conflito.

Ademais, as circunstâncias e as consequências do crime, sejam mais graves ou menos, também não deveriam condicionar o envio do processo para os encontros restaurativos, uma vez que esses elementos fazem parte do próprio processo de cura e reparação (claro que observados o princípio da igualdade de empoderamento, sob pena de causar a revitimização e a agudização do conflito).

Outro ponto problemático é o que diz respeito ao parágrafo único do art. 562, que também pretende ser incluído no CPP caso o projeto seja aprovado. Lê-se neste dispositivo que: “poderá o juiz deixar de homologar o acordo restaurativo firmado sem a observância

²⁴¹ ACHUTTI, *Justiça restaurativa e abolicionismo penal...*, p. 237.

dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos”.

Na primeira parte da norma, verifica-se a clara sujeição do acordo restaurativo aos princípios do processo penal. Tantas vezes já se argumentou neste estudo que as práticas restaurativas devem ser guiadas pelos fundamentos e finalidades da justiça restaurativa, que são autônomas e alheias às da justiça penal. Quanto à segunda parte da norma, não se vê grandes problemas, pois de fato o encontro restaurativo e o acordo surgido dele deve buscar atender às necessidades dos envolvidos e reparar os danos causados, sob pena de impor ao ofensor limitações aos seus direitos inúteis e supérfluas. Resta saber a quem compete definir quais são essas necessidades: às partes ou à autoridade judiciária?

Claro que uma resposta que compreenda a autoridade judiciária subordina as necessidades individuais e coletivas dos envolvidos às necessidades preventivas, próprias da justiça penal. Disso decorre a importância de sublinhar que a mediação restaurativa não pode servir às finalidades da pena. Elas só serão relevantes para aferir a necessidade da intervenção da justiça penal para os crimes públicos, para além da intervenção restaurativa.

Acresce-se aos problemas levantados o fato de que o projeto de lei não dispõe sobre os casos em que não há acordo, sobre os limites objetivos do acordo, como faz a lei portuguesa, por exemplo, e sobre as consequências nos casos em que não há o seu cumprimento; não dispõe também sobre a revogação do consentimento de quaisquer das partes em participar do encontro restaurativo; sobre a possibilidade de participação de mais de uma vítima ou de mais de um ofensor; sobre qual momento processual (ou pré-processual) poderá ser o caso encaminhado aos núcleos de práticas restaurativas, se antes da resposta dada pela justiça penal ou depois; e sobre o âmbito material dos encontros restaurativos, isto é, quais crimes podem ser encaminhados aos núcleos.

A falta de menção ao âmbito material de aplicação da justiça restaurativa, por um lado, parece boa, pois se entende que, na ausência de proibição expressa, quaisquer crimes poderiam ser encaminhados, de maior ou menor gravidade, públicos, condicionados à representação ou privados, mas, por outro, cria “o risco de que sejam encaminhados à justiça restaurativa apenas casos de bagatela, visto que, como ensinam inúmeras experiências, quando não existem regras claras sobre quais casos são passíveis de encaminhamento, a

tendência é que juízes, promotores públicos e a polícia encaminhem apenas casos de pouca relevância, buscando não reduzir seu campo de atuação”²⁴².

Em que pese todos os pontos negativos, alguns positivos podem ser destacados: o projeto de lei prevê que os núcleos de justiça restaurativa devem possuir estrutura física e humana adequada e própria; que os facilitadores devem ser profissionais formados em psicologia ou serviço social e especialmente capacitados, o que é muito importante, pois aqueles com formação técnico-jurídica não são os mais capazes de desempenhar funções de mediação; consultas às partes a fim de exprimirem concordância com o procedimento; consultas do facilitador com a vítima e o ofensor, separadamente, antes do encontro restaurativo propriamente; possibilidade de participação de outros intervenientes (comunidades de apoio), para além da vítima e do ofensor; e a necessidade de se considerar o acordo restaurativo na prolação da sentença pelo juiz (supõe-se que nos casos em que a resposta da justiça restaurativa não foi suficiente para abrandar a repercussão do conflito, notadamente nos crimes de natureza pública, em que o conflito penal extravasa a relação interpessoal e atinge também a comunidade).

De modo geral, concorda-se com as críticas formuladas por Raffaella Pallamolla ao projeto de lei: há um excesso de controle do juiz e do Ministério Público quanto ao encaminhamento dos casos aos núcleos de justiça restaurativa, o que gera uma expressiva redução da autonomia das partes e do próprio fundamento do pensamento restaurativo; não há referência ao âmbito material de aplicação da futura lei, o que pode levar ao encaminhamento somente de crimes de menor potencial ofensivo (como nos JECrim); e há grande semelhança estrutural e de linguagem no projeto de lei entre a justiça restaurativa e a justiça penal, potencializando a colonização das práticas restaurativas pelas práticas do sistema criminal²⁴³.

Vale dizer que o projeto foi arquivado em duas oportunidades, em 31 de janeiro de 2007 e em 31 de janeiro de 2011, sob os argumentos de que “o Brasil é o país da impunidade” (jargão comumente utilizado por aqueles que desconhecem o funcionamento seletivo do sistema penal) e, por isso, devem ser aprovados projetos que busquem a criminalização de condutas e o recrudescimento das penas, não que busquem a diminuição da punição. Interessante notar que em 2007 o projeto foi arquivado após parecer do deputado Antonio

²⁴² PALLAMOLLA, *Justiça restaurativa...*, p. 179.

²⁴³ *Ibidem*, p. 176 e ss.

Carlos Magalhães Neto, então do Partido da Frente Liberal (PFL), hoje Democratas (DEM), um partido da direita conservadora brasileira. Em 2011, o projeto foi arquivado com o mesmo argumento pelo deputado Antonio Carlos Biscaia, do Partido dos Trabalhadores (PT), da centro-esquerda. Isso reforça o argumento de que, independentemente da posição político-partidária dos governantes e congressistas, a tendência da política criminal brasileira é sempre de fortalecimento e engrandecimento do sistema penal.

Contudo e contrariando os argumentos dos deputados, o projeto foi desarquivado e hoje encontra-se apensado ao Projeto de Lei nº 8.045/2010, o qual propõe a criação de um novo Código de Processo Penal Brasileiro. Este projeto aguarda ainda deliberações na Câmara dos Deputados e não há perspectiva de aprovação, pelo menos não num curto prazo.

Assim, considerando os quadros referenciais até aqui explorados, concorda-se com as sugestões de Daniel Achutti²⁴⁴ para minimizar as chances de uma implementação malsucedida da justiça restaurativa e, por consequência, da mediação penal, no Brasil: a) deve haver a regulamentação legal do sistema, como forma de lidar com o legalismo da cultura jurídica brasileira; b) os núcleos de justiça restaurativa devem ter autonomia e possuir linguagem própria, não assemelhada à linguagem da justiça penal; c) deve haver a percepção da singularidade de cada caso, evitando-se a massificação dos conflitos; d) deve haver a participação ativa das partes, tanto na decisão sobre o encaminhamento ao processo restaurativo quanto na resolução do conflito interpessoal, uma vez que elas são as principais interessadas na sua pacificação e reparação; e) deve haver a refutação de estereótipos que possam ser atribuídos às partes, evitando-se os efeitos da revitimização e da estigmatização do ofensor; f) deve haver a participação de profissionais de outras áreas do saber que não a jurídica, a fim de agregar os benefícios da interdisciplinaridade; g) deve-se dar atenção à busca da satisfação das necessidades das partes, por meio dos encontros curativos e reparadores; h) deve haver algum tipo de ligação entre a justiça restaurativa e a justiça penal, a fim de se obter a redução desta última e a redução da punição, sob pena de as práticas restaurativas tornarem-se mais um apêndice do sistema penal.

A essas sugestões, deve-se acrescentar algumas outras, agora direcionadas especificamente à criação de uma lei de mediação penal que pretende ofertar uma resposta restaurativa e também possibilitar a diversão processual, baseadas na lei portuguesa e nas suas críticas.

²⁴⁴ ACHUTTI, *Justiça restaurativa e abolicionismo penal...*, p. 253.

Primeira, a lei deve tratar especificamente da mediação penal pré-processual, que pretende criar um mecanismo de diversão processual guiado por valores restaurativos, a fim de evitar ou condicionar o funcionamento da justiça penal por meio da pacificação interpessoal do conflito e da reparação dos danos, estabelecendo-se em qual momento processual o encaminhamento do caso deve ser feito. Por óbvio a lei não pode fechar as portas para a atuação da justiça penal, pois há situações em que a resposta restaurativa não é suficiente ou sequer é querida pelas partes, ou então deixa de ser ao longo do procedimento.

Segunda, as partes, autonomamente, devem poder requerer o encaminhamento do processo à mediação penal, assim como pode haver a indicação pelas autoridades judiciárias. Em todos os casos, o encaminhamento não deve depender da decisão de uma autoridade judiciária, mas tão somente do requerimento ou do consentimento das partes.

Terceira, antes da mediação propriamente dita, é recomendável que o mediador tenha encontros com a vítima e com o ofensor, separadamente, para que possa explicar o procedimento e prepará-los, podendo não recomendar a mediação caso entenda que há chances de revitimização ou de agudização do conflito. O mediador, que deverá possuir outra formação que não a jurídica, deverá ser imparcial e limitar-se a facilitar a comunicação entre as partes.

Quarta, as sessões de mediação devem ser confidenciais e, caso haja acordo, este deve ser reduzido a termo, contendo um breve resumo do conflito (sem detalhes) e da sua resolução, a fim de que seja homologado pela autoridade judiciária. As sessões, o acordo e a eventual assunção de responsabilidades pelo ofensor não podem ser utilizados como confissão ou como prova em processo judicial.

Quinta, o acordo deve ser o mais livre possível, excetuando-se, por óbvio, a imposição de penas privativas de liberdade e de restrições aos direitos que sejam inúteis à consecução dos objetivos restaurativos.

Sexta, a homologação do acordo deve ter algum efeito imediato, como a renúncia ao direito de representação ou de apresentação de queixa-crime, para os crimes condicionados ou particulares, com a possibilidade de haver as suas apresentações em caso de não cumprimento. Para os crimes públicos, a extinção da punibilidade do ofensor após o cumprimento do acordo, verificando-se se a resposta restaurativa foi suficiente para o caso.

Sétima, deve haver a delimitação do âmbito material para encaminhamento à mediação penal, priorizando-se crimes que prevejam penas médias e altas, evitando-se que

somente os crimes de menor potencial ofensivo e processualmente disponíveis sejam mediados. Com isso, os crimes que mais encarceram os brasileiros passam a ter a possibilidade de solução por uma via não punitiva.

Oitava e última, a lei deverá dispor acerca da possibilidade (ou não) da participação de mais de uma vítima e/ou ofensor no procedimento, reiterando-se os argumentos apresentados acerca da possibilidade de crimes sem vítima e de crimes de vítima abstrata também serem mediados.

É claro que essas sugestões não pretendem esgotar o tema. São feitas a partir de um sistema legal existente, o português, e das suas tantas críticas, mas possível de ser alcançado e aprimorado, realizando-se as necessárias adaptações ao ordenamento jurídico e à realidade social brasileira. É preciso que se estude modelos em funcionamento em outros países que buscam a diversão processual, isto é, que buscam a atuação da justiça restaurativa de forma alternativa à justiça penal, pois, ao que parece, tanto da Resolução nº 225/2016 do CNJ quanto do mapeamento dos programas existentes, a justiça restaurativa tem sido utilizada somente de forma complementar à justiça penal.

É claro que se reconhece a importância dessa forma de utilização, afinal de contas, a justiça penal raramente consegue pacificar o conflito com a pena que aplica, por isso alguma outra possibilidade de pacificação e restauração do conflito deve ser ofertada mesmo após a resposta penal. Contudo, não se pode esquecer que o pensamento restaurativo também tem como objetivo a diminuição da punição aplicada pela justiça penal e deve buscar meios para alcançá-la. Por isso é imperiosa a criação e o desenvolvimento de mecanismos restaurativos que atuem de forma alternativa, possibilitando a oferta de uma resposta reparadora ao invés da resposta punitiva quando possível, a exemplo do que pretende a mediação penal.

Diante de tudo isso, é possível afirmar que a justiça restaurativa, desde que bem estruturada e tendo os responsáveis pela sua implementação consciência dos desafios e obstáculos que terão de ser enfrentados, pode ser um instrumento útil tanto para reduzir a atuação seletiva e mortífera do sistema penal no Brasil quanto para aprofundar e potencializar a democracia na gestão dos conflitos.

CONCLUSÃO: OBSTÁCULOS E PERSPECTIVAS

Considerando todos os pontos que foram trabalhados neste estudo, é primeiro necessário concluir que muitos problemas foram levantados e nem todas as soluções foram ofertadas. Os dois primeiros capítulos, com exceção do ponto em que se abordou o surgimento do pensamento restaurativo, são extremamente pessimistas e encaminham a leitura para um túnel sem luz ao fim.

As mazelas do funcionamento da justiça penal e a inoperância das finalidades declaradas da pena são escancaradas pelo abolicionismo penal de Nils Christie, que não mede esforços para deslegitimar um sistema, na teoria, criado para prevenir a ocorrência de crimes e reabilitar os agentes criminosos, mas que, na prática, atua somente para distribuir sofrimento e dor. E não uma dor que objetiva um bem, uma reparação, mas uma dor que paralisa, não educa e dificulta a transformação.

Tendo em vista as críticas profundas tecidas pelo abolicionismo há pelo menos 30 anos, não se pôde deixar de investigar por que o sistema penal triunfa e cresce cada vez mais apesar do latente fracasso de suas finalidades.

A partir dessa irrisignação, foi possível verificar, observando-se o contexto brasileiro, que o sistema penal serve a finalidades outras, não declaradas pela dogmática do direito penal. Serve antes para gerir os corpos que vivem à margem, que não mais encontram lugar na atual ordem socioeconômica capitalista.

Nos países da periferia do capitalismo mundial, marcados pelo colonialismo, pela escravidão, pelo autoritarismo e pela militarização, os grupos sujeitos à administração penal são aqueles historicamente oprimidos e vulneráveis. São aqueles que não possuem os privilégios de cor ou de classe e por isso não têm as mesmas possibilidades de vida, de desenvolvimento pessoal e social. Por não encontrarem espaço nesta ordem econômica e social, são selecionados e “atendidos” pelo Estado por meio do único braço disponível, o penal.

Os dados apresentados comprovam aquilo que se argumenta: os presos no Brasil, país periférico, são, em sua maioria, jovens negros, pobres, com baixa escolaridade e da periferia. São estes os corpos aprisionados como forma de controle social e tentativa de manter um sistema em ruínas.

Diante dessas constatações, as respostas capazes de alterar este cenário são muitas e naturalmente complexas, transversais aos mais variados campos do saber humano. Mas, como não se pretendeu apresentar respostas para além do campo jurídico-penal, acredita-se que uma das soluções possíveis é a criação da justiça participativa sugerida pelo abolicionismo penal e que inspirou, assim como outras correntes criminológicas, o nascimento do pensamento restaurativo.

A justiça restaurativa nasce justamente da crise de legitimidade da justiça penal e pretende dar uma resposta diferente ao crime daquela que é dada pelo sistema penal.

Este é o desafio. Ao invés da afluência já existente no crime e na resposta dada pela justiça penal, deve-se criar espaços de proatividade aos sujeitos vitimizados e criminalizados para que sejam desafiados a ressignificar o ocorrido e a propor medidas criativas de pacificação e de reparação. O objetivo deve ser reparar a violência do crime e evitar a violência do Estado.

A justiça restaurativa, nesse sentido, engloba construções de natureza criminológica e político-criminal, uma vez que se propõe a compreender o crime e a formular propostas destinadas à sua pacificação, assim como um conjunto diferente de normas e de práticas de reação ao conflito criminal sujeitas ao denominador comum da reparação dos danos causados à vítima por meio da responsabilização voluntária do ofensor, que só poderá ser alcançada por um procedimento de encontro, fundamentado na autonomia da vontade dos intervenientes no conflito, quer quanto à participação, quer quanto à consensualização da solução²⁴⁵.

Pretendeu-se vincar também a ideia de que as práticas restaurativas não são fundamentadas numa ideia de justiça pautada na utilidade, numa perspectiva de celeridade e de economia, à luz de um modelo público e punitivo de reação do crime. Por isso não se pode afirmar que há algum tipo de simetria entre a justiça restaurativa e os institutos despenalizadores inaugurados pelos Juizados Especiais Criminais, apesar de serem considerados um primeiro passo importante rumo à redução da punição. Os JECrim são guiados pelas finalidades preventivas da justiça penal e são somente essas finalidades que permitem a “negociação” e a disponibilidade do processo.

Dentre os tantos exemplos de práticas restaurativas existentes, entendeu-se que a mediação penal pode ser uma das soluções para a redução da violência decorrente do

²⁴⁵ SANTOS, *A justiça restaurativa...*, p. 755.

funcionamento da justiça penal, tanto para o ofensor quanto para a vítima, uma vez que também pode ser concebida como um mecanismo de diversão processual.

Buscou-se, assim, estudar o regime legal da mediação penal de adultos em Portugal, regulada pela Lei nº 21, de 12 de junho de 2007, bem como as suas críticas, a fim de servir como inspiração para a criação de uma lei de mediação penal brasileira.

Os programas restaurativos já existentes no Brasil, bem como o Projeto de Lei nº 7.006/2006, também servem de base para o que pode ser aplicado e o que deve ser aprimorado nos rumos para a implementação da justiça restaurativa e do regime de mediação penal.

Em suma, a proposta de redução da punição e da violência por parte do Estado não implica necessariamente na participação exclusiva de indivíduos bons, amáveis, misericordiosos. Nem somente a crimes de menor potencial ofensivo, não violentos. Pelo contrário, toma-se como ponto de partida a inevitabilidade dos conflitos e da violência interpessoal.

Também não se defende o fim do Estado ou mesmo a sua retração com sentido utilitarista: trata-se de compreender que a participação ativa dos indivíduos diretamente envolvidos no conflito, no que diz respeito às possibilidades de compreensão e discussão, demonstra que a resposta ao crime é possível sem sofrimento, pode levar à redução da demanda pela pena, deslegitima o poder punitivo e se constitui como caminho para a desconstrução possível do sistema penal.

No Brasil, especificamente, onde o sistema penal é claramente seletivo e utilizado para a gestão penal da pobreza, o fechamento desses espaços de participação e de diálogo se torna ainda mais cruel. Nesse contexto, poder falar significa abrir oportunidades de autocrítica, internalização de culpa, assunção de responsabilidades e emancipação. “A sociedade brasileira se reconheceria, assim, em seus heróis do cotidiano, ora vitimizados, ora criminalizados, mas um de frente ao outro, com dignidade, sem monstros, apenas pessoas”²⁴⁶.

Por óbvio, não se pode querer e não se pode levar a sério qualquer proposta de institucionalização de práticas restaurativas que signifique a sua colonização pelo sistema penal, descaracterizando-as como limite ao discurso punitivo.

²⁴⁶ GIAMBERADINO, *Um modelo restaurativo de censura...*, p. 197.

Não se opõe, porém, à possibilidade estratégica de sua convivência em paralelo, ora de forma alternativa, favorecendo a diversão processual como sugerido com a mediação penal, ora complementar, a exemplo dos programas restaurativos pós-sentenciais, mas sempre apostando na gradual e inevitável deslegitimação do sistema punitivo decorrente da compreensão, por todos, de que existe resposta ao crime para além da punição e da destruição do outro.

Por fim, concorda-se com Eduardo Galeano, que, certa vez, afirmou que a utopia é como o horizonte: se dez passos são dados em direção a ele, dez passos ele se afasta; apesar de inalcançável, a utopia serve para que se continue caminhando.

Pode-se dizer, em jeito de comparação, que a abolição completa do sistema penal, pelo menos nas sociedades atuais, é como o horizonte, impossível de ser alcançada, mas que deve ser sempre perseguida. Para Alessandro Baratta, o abolicionismo penal deve ser considerado uma utopia orientadora, diante da possibilidade de tomá-lo como guia para a elaboração de políticas criminais que reduzam a incidência do sistema penal²⁴⁷.

Contudo, compreende-se muito bem que as mudanças não podem estar sempre a aguardar no horizonte. São urgentes aqui e agora.

²⁴⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999, p. 205.

BIBLIOGRAFIA

- ACHUTTI, Daniel Silva. *A justiça restaurativa e o abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Lisboa: Edições 70, 2010.
- _____. *O poder soberano e a vida nua: homo sacer*. Lisboa: Editorial Presença, 1998.
- ALMEIDA, Carlota Pizarro de. A propósito da Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001: algumas considerações (e interrogações) sobre a mediação penal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 15, nº 3, julho-setembro 2005. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- AMARAL, Cláudio do Prado. A Lei n. 9.099/95, a política criminal e a violência doméstica contra a mulher. In: REALE JÚNIOR, Miguel (Org.). *Mulher e direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade: reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. In: *O novo código de processo penal: Jornadas de Direito Processual Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- AZEVEDO, Rodrigo. Conciliar ou punir? Dilemas do controle penal na época contemporânea. In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ICC, 1999.
- _____. Principios del derecho penal mínimo: para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. In: BARATTA, Alessandro. *Criminología y sistema penal* (Compilación in memoriam). Buenos Aires: Editorial B de F, 2004.
- BATISTA, Nilo. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. São Paulo: Edipro, 2013, p. 109.
- BECKER, Howard S. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*. New York: The Free Press, 1991.

BELEZA, Teresa Pizarro; MELO, Helena Pereira de. *A mediação penal em Portugal*. Coimbra: Almedina, 2012.

BENEDETTI, Juliana Cardoso. *Tão próximo, tão distantes: a justiça restaurativa entre comunidade e sociedade*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-07052010-084701/pt-br.php>>. Acesso em: 10 de junho de 2019.

BORDIEU, Pierre. *A miséria do mundo*. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

BRAITHWAITE, John. Principles of restorative justice. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

_____. Restorative justice. In: TONRY, Michael (Org.). *The handbook of crime and punishment*. Oxford: Oxford University Press, 1998.

_____. *Restorative justice and responsive regulation*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 16.

BRASIL. *Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016*. Org. Thandara Santos [et al.]. Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública; Departamento Penitenciário Nacional, 2017.

BRASIL. *Mapeamento dos programas de justiça restaurativa*. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, junho de 2019. Acesso em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/06/ac77a0139fa8adabc1888b765e4259b1.pdf>>. Acesso em 05 de junho de 2019.

CARNELUTTI, Francesco. *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Editorial Temis, 2005.

CARVALHO, Salo de. O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário. *Revista da Faculdade de Direito UFMG*, Belo Horizonte, 2015.

_____. Sobre as possibilidades de uma penologia crítica: provocações criminológicas às teorias da pena na era do grande encarceramento. *Revista Polis e Psique*, v. 3, n. 3, 2013. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/PolisePsique/issue/view/2184>>. Acesso em: 20 de abril de 2019.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

CHAVES JUNIOR, Airto. *Para que(m) serve o direito penal?: uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É possível se ter o abolicionismo como meta, admitindo-se o garantismo como estratégia? In: WUNDERLICH, Alexandre; CARVALHO, Salo de

(Orgs.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. Conflicts as property. *The British Journal of Criminology*, vol. 17, Issue 1, 1 January 1977, p. 1-15. Disponível em: <<https://academic.oup.com/bjc/article-abstract/17/1/1/411623>>. Acesso em: 10 de novembro de 2018.

_____. Images of man in modern penal law. *Contemporary Crises*, Dordrecht, v. 10, n. 1, p. 95-106, 1986.

_____. *Limits to pain: the role of punishment in penal policy*. Eugene: Wipf and Stock Publishers, 2007.

COSTA, José de Faria. Um olhar doloroso sobre o direito penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). *Mal, símbolo e justiça* (Actas das Jornadas Internacionais realizadas em Coimbra nos dias 8 e 9 de Dezembro de 2000). Coimbra: Faculdade de Letras, 2001.

DAVIS, Angela. *Are prisons obsolete?* New York: Seven Stories Press, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral, tomo I: questões fundamentais, a doutrina geral do crime*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta, 2009.

FIORI, José Luís. O Brasil e seu “entorno estratégico” na primeira década do século XXI. In: SADER, Emir (org.). *10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma*. São Paulo: Boitempo, 2013.

FOUCAULT, Michel. *É preciso defender a sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Editora Livros do Brasil, 2006.

_____. *História da sexualidade: a vontade de saber*. São Paulo: Paz e Terra, 2015.

_____. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 17. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

GARFINKEL, Harold. Conditions of successful degradation ceremonies. *American Journal of Sociology*, vol. 61, nº 5. Chicago: The University of Chicago Press, 1956.

GARLAND, David. *La cultura del control*. Barcelona: Gedisa, 2005.

- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. *Um modelo restaurativo de censura como limite ao discurso punitivo*. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 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: 14 de maio de 2019.
- GOFFMAN, Erving. *Estigma*. São Paulo: LT, 1988.
- HIGHTON, Elena; ALVAREZ, Gladys; GREGORIO, Carlos. *Resolución alternativa de disputas y sistema penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
- HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Niterói: Luam Editora, 1993.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Lisboa: Edições 70, 2007.
- KARAM, Maria Lúcia. Revisitando a sociologia das drogas. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva: homenagem a Alessandro Baratta*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.
- LEMERT, Edwin. *Human deviance, social problems and social control*. New Jersey: Prentice-Hall, 1967.
- LEITE, André Lamas. *A mediação penal de adultos: um novo “paradigma” de justiça?* Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 82.
- MACHADO, Eliel. Governo Lula, neoliberalismo e lutas sociais. *Revista Lutas Sociais*. Núcleo de Estudos de Ideologias e Lutas Sociais da PUC/SP. n° 21/22, jul./dez. 2008 e jan./jun. 2009. Disponível em: <http://www4.pucsp.br/neils/downloads/2_eliel.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.
- MACHADO, Pedro Sá. Limites legais da mediação penal “de adultos” em Portugal. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Org.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.
- MANNOZZI, Grazia. *La giustizia senza spada: Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*. Milão: Giuffrè, 2003.
- MARX, Karl. *O capital: crítica da economia política*. Livro I: o processo de produção do capital. São Paulo: Boitempo, 2011.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica*. Tradução de Elisabeth Falomir Archambault. Espanha: Editorial Melusina, 2011.

- _____. Necropolítica: una revisión crítica. In: *Estética y Violencia: necropolítica, militarización y vidas lloradas*. México: Museo Universitario Arte Contemporáneo/Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- MONTE, Mário Ferreira. Um balanço provisório sobre a lei de mediação penal de adultos. In: *Jornadas de ciência criminal em homenagem de Viseu a Jorge de Figueiredo Dias*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 121.
- MOSCONI, Giuseppe. *La mediazione, questioni teoriche e diritto penale: prassi e teoria della mediazione*, a cura di Gianvittorio Pisapia. Milão: CEDAM, 2000.
- NETTO, J. Paulo. FHC e a política social: um desastre para as massas trabalhadoras. In: LESBAUPIN, Ivo (Org.) *O desmonte da nação: balanço do governo FHC*. 3ª ed. Petrópolis; Rio de Janeiro: Vozes, 1999.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PELIKAN, Christa. Diferentes sistemas, diferentes fundamentações lógicas: justiça restaurativa e justiça criminal. In: *Seminário Internacional DIKÊ: proteção e promoção dos direitos das vítimas de crime na Europa*. Lisboa, APAV – Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003. Disponível em: <<http://www.apav.pt/pdf/dike.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.
- PORTO, Maria Célia da Silva. Estado e neoliberalismo no Brasil contemporâneo: implicações para as políticas sociais. *IV Jornada Internacional de Políticas Públicas da Universidade Federal do Maranhão*, 2009. Disponível em: <http://www.joinpp.ufma.br/jornadas/joinppIV/eixos/1_Mundializacao/estado-e-neoliberalismo-no-brasil-contemporaneo.pdf>. Acesso em: 16 de abril de 2019.
- PRADO, Geraldo. *Transação penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1961, v. II.
- RAUPP, Mariana; BENEDETTI, Juliana Cardoso. A implementação da justiça restaurativa no Brasil: uma avaliação dos programas de justiça restaurativa de São Caetano do Sul, Brasília e Porto Alegre. *Revista Ultima Ratio*, ano 1, n. 1. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- RODRIGUES, Anabela. Globalização, democracia e crime. In: *Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira*. Coord. José de Faria Costa e Marco António Marques da Silva. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general, tomo I: fundamentos, la estructura de la teoria del delito*. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña [et al]. Madrid: Civitas, 1997.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SANTOS, Cláudia Cruz. *A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

_____. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal – algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal “de adultos” em Portugal. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*. Ano 16, nº 1. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

_____. A mediação penal: uma solução divertida? In: *Justiça penal portuguesa e brasileira: tendências e reforma: colóquio em homenagem ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Instituto Brasileiro de Ciência Criminais (Org.). São Paulo: IBCCRIM, 2008.

_____. Os novos atores da justiça penal: “o futuro é uma astronave que tentamos pilotar”. In: ANTUNES, Maria João; SANTOS, Cláudia Cruz; AMARAL, Cláudio do Prado (Org.). *Os novos atores da justiça penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do “roubo do conflito” pelo Estado). In: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 17, nº 3, julho-setembro 2007, p. 459-474. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Novas Hipóteses de Criminalização. *Instituto de Criminologia e Política Criminal*, 2013. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/novas_hipoteses_criminalizacao.pdf>. Acesso em: 10 de março de 2019.

SANZBERRO, Guadalupe Pérez. *Reparación y conciliación en el sistema penal: apertura de una nueva vía?* Granada: Comares, 1999.

SCHEERER, Sebastian. Towards abolitionism. *Contemporary Crisis*, v. 10, n. 1, 1986. Disponível em: <<https://link.springer.com/article/10.1007%2FBF00728493?LI=true#citeas>>. Acesso em: 10.02.2019.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SICA, Leonardo. Bases para o modelo brasileiro de justiça restaurativa. *De jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 12, 2009.

_____. *Justiça restaurativa e mediação penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal: noções gerais, elementos do processo penal*. 6. ed. vol. 1. Lisboa: Verbo, 2010.

SOZZO, Máximo. Populismo punitivo, proyecto normalizador y “prisión-depósito” en Argentina. *Revista Sistema Penal e Violência*. v. 1, n. 1, p. 33-65, jul./dez. 2009. Porto Alegre, 2009.

STF. Medida cautelar na arguição de descumprimento de preceito fundamental: ADPF 347 MC/DF. Relator: Ministro Marco Aurélio. 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>>. Acesso em: 04 de abril de 2019.

TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *The new criminology*. London: Routledge, 1973.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América: leis e costumes de certas leis e certos costumes políticos que foram naturalmente sugeridos aos americanos por seu estado social democrático*. Tradução Eduardo Brandão. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

VALENCIA, Sayak. *Capitalismo gore*. Espanha: Editorial Melusina, 2010.

WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

_____. *As prisões da miséria*. Oeiras: Celta Editora, 2000.

_____. Insegurança social e surgimento da preocupação com a segurança. *Revista Panóptica*, ano 3, número 19, julho-outubro 2010, p. 198-2013. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/view/Op_5.2_2010_198-213>. Acesso em: 20 de fevereiro de 2019.

_____. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 2003.

WALGRAVE, Lode. Imposing restoration instead of inflicting pain: reflections on the judicial reaction to crime. In: VON HIRSCH, Andrew [et al] (Org.). *Restorative justice and criminal justice: competing or reconcilable paradigms?* Oxford and Portland: Hart Publishing, 2003.

_____. *Restorative justice, self-interest and responsible citizenship*. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *El derecho latino-americano en la fase superior del colonialismo*. Buenos Aires: Madres de Plaza de Mayo, 2015.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZEHR, Howard. *Changing lenses: a new focus for crime and justice*. 3. ed. Ontário: Herald Press, 2005.

_____. *The little book of restorative justice*. New York: Good Books, 2014.

ENDEREÇOS ELETRÔNICOS CONSULTADOS

BIANCHI, Paula. Número de mortos pelas polícias no RJ passa de 1.000 em 2017 e já é o maior em quase 10 anos. *UOL*, Rio de Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/18/numero-de-mortos-pela-polica-no-rio-ultrapassa-os-1000-e-ja-o-maior-em-quase-10-anos.htm>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

BRUM, Maurício. Brasil não soluciona nem 10% dos seus homicídios. *Gazeta do Povo*, Curitiba, 2018. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/ideias/brasil-nao-soluciona-nem-10-dos-seus-homicidios-d726kw8ykpwh6xm41zakgzoue/>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 7.006/2006*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=393836&filename=PL+7006/2006>. Acesso em: 01 de junho de 2019.

CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA. *Decisão-Quadro do Conselho de 15 de Março de 2001, relativa ao estatuto da vítima em processo penal*. Disponível em: <https://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/anexos/2001-220-jai-decisao/downloadFile/file/DQ_2001.220.JAI_Estatuto_da_Vitima.pdf?nocache=1199967111.5>. Acesso em: 02 de junho de 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/atos-normativos?documento=2289>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

G1. *71% são contra reforma da Previdência, aponta pesquisa Datafolha*. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/71-sao-contrareforma-da-previdencia-aponta-pesquisa-datafolha.ghtml>>. Acesso em: 04 de julho de 2018.

NOVO, Aguinaldo. Na Era Lula, bancos tiveram lucro recorde de R\$ 199 bilhões. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2011. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/na-era-lula-bancos-tiveram-lucro-recorde-de-199-bilhoes-2818232>>. Acesso em: 16 de abril de 2019.

OBSERVATÓRIO DA INTERVENÇÃO. *Intervenção federal: um modelo para não copiar*. Disponível em: <<http://www.observatoriodaintervencao.com.br/dados/relatorios1/>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução 2002/12 do Conselho Econômico e Social*. Disponível em: <<https://www.un.org/en/ecosoc/docs/2002/resolution%202002-12.pdf>>. Acesso em: 10 de abril de 2019.

REPÚBLICA PORTUGUESA. *Direção-Geral da Política de Justiça: Estatísticas da Justiça*. Disponível em: <http://www.siej.dgpj.mj.pt/webeis/index.jsp?username=Publico&pgmWindowName=pgmWindow_636961334156716250>. Acesso em: 05 de junho de 2019.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n° 1864, de 2019*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/136033>>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

STF. *STF admite execução da pena após condenação em segunda instância*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754>>. Acesso em: 20 de março de 2019.

VICK, Mariana; POMPEU, Lauriberto. Mandados não cumpridos superam vagas de prisões em 18 estados do país. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2018/04/mandados-nao-cumpridos-superam-vagas-de-prisoas-em-18-estados-do-pais.shtml>>. Acesso em: 10 de abril de 2018.