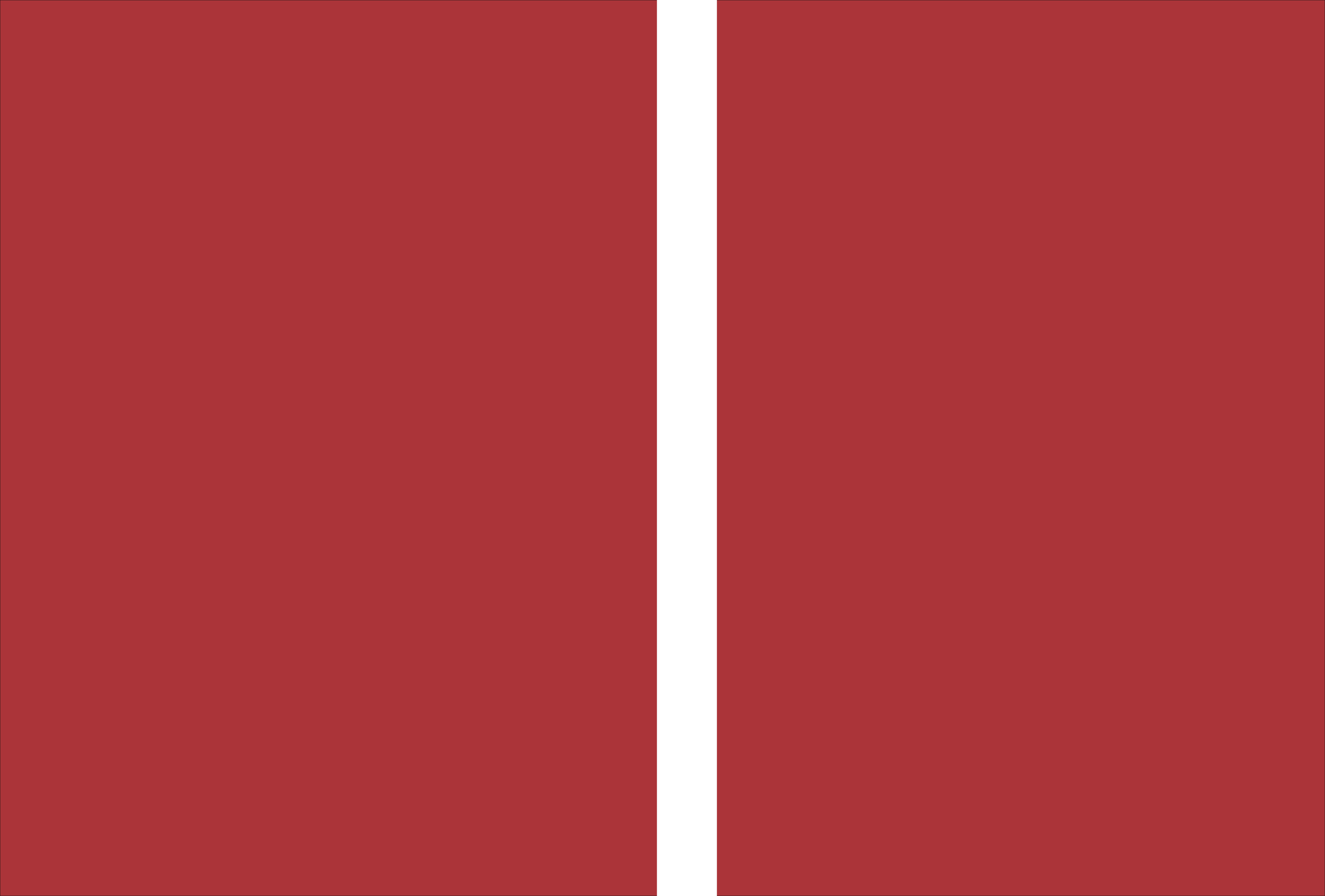




Universidade do Minho
Escola de Direito

Fabiano Oldoni

**Justiça Restaurativa Diferenciada e Integral:
O sentido das restaurações comunitária,
processual e executória**





Universidade do Minho

Escola de Direito

Fabiano Oldoni

**Justiça Restaurativa Diferenciada e Integral:
O sentido das restaurações comunitária,
processual e executória**

Tese de Doutoramento em Ciências Jurídicas
Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas

Trabalho efetuado sob a orientação do

Professor Doutor Mário Ferreira Monte

e do

Professor Doutor Alexandre Morais da Rosa

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE

Declaro ter atuado com integridade na elaboração da presente tese. Confirmando que em todo o trabalho conducente à sua elaboração não recorri à prática de plágio ou a qualquer forma de falsificação de resultados.

Mais declaro que tomei conhecimento integral do Código de Conduta Ética da Universidade do Minho.

Universidade do Minho, 28 de 02 de 2019

Nome completo: FABIANO OLSON

Assinatura: 

AGRADECIMENTOS

Chegar ao fim dessa pesquisa só foi possível com a colaboração de muitas pessoas, as quais, direta ou indiretamente foram fundamentais nesse processo de criação.

Gratidão é o sentimento que tenho para o Professor Orientador, Dr. Mário Ferreira Monte, por toda atenção, cuidado e paciência durante esses mais de três anos.

Agradeço ao Professor Dr. Alexandre Morais da Rosa, meu Co-orientador no Brasil, pela amizade e auxílio teórico. Sempre presente, determinou o rumo desta pesquisa com sugestões valiosas.

Ao amigo Dr. Aírto Chaves Jr., agradeço pela troca de conhecimentos e infindáveis discussões jurídicas motivadoras, iniciadas bem antes deste trabalho, mas que serviram de base para a definição do tema.

Professor Dr. Clóvis Demarchi, sou grato por todo o apoio e orientação metodológica conferida a esse trabalho.

Ao Professor Dr. Paulo Márcio da Cruz, pela confiança que sempre despendeu aos meus estudos, especialmente pela minha indicação e aproximação com o Professor orientador Mário Ferreira Monte.

À amiga e colega de docência Eliana Camargo Moreira, pela revisão final.

Aos colegas da Univali e aos meus sócios de Silva & Oldoni Advogados Associados, Manoel e Roberta, pela compreensão nos momentos de ausência.

DEDICATÓRIA

Aos meus filhos Caetano e Maitê.

RESUMO

O objetivo científico da presente tese consiste em apresentar um modelo diferenciado e mais amplo de aplicação dos métodos restaurativos penais. A Tese está na defesa de que a aplicação da *Justiça Restaurativa Diferenciada e Integral*, pode apresentar melhores resultados na prevenção do desvio (criminalizado ou não), que os alcançados pelo direito penal tradicional e pela justiça restaurativa tão somente judicializada. A originalidade e o ineditismo estão, justamente, na abordagem integral e diferenciada da justiça restaurativa, em que se sustenta a Restauração Comunitária, a Justiça Restaurativa Processual e a Justiça Restaurativa Executória. O problema desta pesquisa é representado pela seguinte indagação: partindo do princípio de que o sistema penal tradicional, assumidamente punitivo e/ou preventivo, propõe-se a alcançar finalidades e cumprir uma função, cujo resultado, em grande parte fica aquém das expectativas, até que ponto a justiça restaurativa pode representar uma solução, alternativa ou complementar, a essa questão? A partir da comprovação das hipóteses levantadas, chegou-se à conclusão de que o direito penal não consegue, eficazmente, alcançar as finalidades a que se propõe, o que motiva o uso de métodos restaurativos judicializados, que acabam, em grande parte, apresentando os mesmos problemas e limitações do direito penal tradicional. Com esta constatação, necessário se faz uma resposta restaurativa diferente, que englobe não apenas o crime, mas também o desvio, atuando, desta forma, comunitariamente, processualmente e na execução penal.

Palavras-chave: Direito Penal; Restauração Comunitária; Justiça Restaurativa Processual; Justiça Restaurativa Executória.

ABSTRACT

The scientific objective of this thesis is to present a different and broader model of the application of the penal restorative methods. The thesis is in defense that the application of the Differentiated and Integral Restorative Justice, can present better results in the prevention of deviation (criminalized or not), than those achieved by traditional criminal law and restorative justice only judicialized. Originality and originality are precisely the integral and differentiated approach to restorative justice, where community restoration, procedural restorative justice and restorative restorative justice are sustained. The problem of this research is represented by the following question: Assuming that the traditional punitive and / or preventive criminal system proposes to achieve goals and fulfill a function, the result of which, in large part, falls short of expectations, until Can restorative justice represent an alternative or complementary solution to this question? Based on the confirmation of the hypotheses raised, it was concluded that criminal law can not effectively achieve the aims it proposes, which motivates the use of judicial restorative methods, which, in large part, problems and limitations of traditional criminal law. With this finding, a different restorative response is necessary, which encompasses not only crime, but also deviation, thus acting in community, procedural and penal execution.

Keywords: Criminal Law; Community Restoration; Restorative Procedural Justice; Restorative Justice Executory.

RIASSUNTO

L'obiettivo scientifico di questa tesi è presentare un modello diverso e più ampio dell'applicazione dei metodi di riparazione penale. La tesi è nella difesa che l'applicazione della giustizia riparatoria differenziata e integrale, può avere migliori risultati nella prevenzione della devianza (criminalizzata o meno) rispetto a quelli raggiunti dal diritto penale tradizionale e dalla giustizia riparatoria che è solo giudiziaria. L'originalità e la novità sono precisamente nell'approccio integrale e differenziato della giustizia riparativa, che sostiene la giustizia comunitaria, la giustizia riparativa e la esecutore giustizia riparatrice. Il problema di questa ricerca è rappresentato dalla seguente domanda: Supponendo che il sistema criminale tradizionale, dichiaratamente punitivo e / o preventivo, proponga di raggiungere scopi e assolvere una funzione, il cui risultato, in larga misura non è all'altezza delle aspettative, in che misura la giustizia riparativa può rappresentare una soluzione alternativa o complementare a questa domanda? Sulla base della conferma delle ipotesi formulate, si è concluso che il diritto penale non può effettivamente raggiungere gli scopi per cui è proposto, che motiva l'uso di metodi riparativi giudiziari che finiscono, in gran parte, a presentare gli stessi problemi e limiti del diritto penale tradizionale.

Con questo risultato, è necessaria una diversa risposta riparativa, che comprende non solo il crimine, ma anche la deviazione, agendo quindi in modo comunitario, procedurale e penale.

PAROLE CHIAVE: DIRITTO PENALE; RESTAURO COMUNITARIO; GIUSTIZIA PROCEDURALE RIPARATIVA; ESECUTORE GIUSTIZIA RIPARATRICE.

INDICE

AGRADECIMENTOS	V
DEDICATÓRIA	VII
RESUMO	IX
ABSTRACT	XI
RIASSUNTO	XIII
INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO 1	
O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?	9
1.1 TÉCNICA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA:	
MOVIMENTOS HISTÓRICOS E MUNDIAIS	9
1.2 O QUE (NÃO) É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?	18
1.3 MOVIMENTO RESTAURATIVO NO BRASIL E EM PORTUGAL	39
CAPÍTULO 2	
CONFLITOS FORA DO SISTEMA PENAL E O MÉTODO	
RESTAURATIVO COMUNITÁRIO	51
2.1 NEOTRIBALISMO E O IMAGINÁRIO SOCIAL	53
2.2 A VIOLÊNCIA MIMÉTICA	73
2.3 A VIOLÊNCIA EM PARALAXE	95
2.4 O MÉTODO RESTAURATIVO LEGITIMA A TOMADA DE DECISÕES.....	123
2.5 MÉTODO RESTAURATIVO COMUNITÁRIO: O LUGAR E O SENTIDO DA RESTAURAÇÃO	136
2.6 QUAL A IDEIA DE JUSTIÇA QUE O MÉTODO RESTAURATIVO COMUNITÁRIO DEVE BUSCAR?.....	149
2.6.1 NISE, WARAT E O AMOR COMO CAMINHO PARA A RESTAURAÇÃO	154
2.6.2 CÍRCULOS	157
2.6.3 MÉTODO DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ALDEIA TARUMÃ-GUARANI: UMA VIVÊNCIA POSSÍVEL (?)	158
2.6.4 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO ESCRITÓRIO MODELO DE ADVOCACIA DA UNIVALI.....	161

2.7 IDEIAS E CONTRAPONOTOS PARA UMA RESTAURAÇÃO COMUNITÁRIA	162
2.7.1 A RESTAURAÇÃO COMUNITÁRIA SUBSTITUIRIA O DIREITO PENAL?	162
2.7.2 A RESTAURAÇÃO COMUNITÁRIA NÃO SERIA UMA EXPANSÃO DO CONTROLE SOCIAL?	164
2.7.3 A RESTAURAÇÃO COMUNITÁRIA SE APLICARIA A TODOS OS ATOS DE VIOLÊNCIA, ATÉ MESMO OS CRIMINALIZADOS?	165
 CAPÍTULO 3	
JUSTIÇA RESTAURATIVA PROCESSUAL	167
3.1 O DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO ESTATAL E INDIVIDUAL	172
3.2 POR UM DIREITO PENAL COM O NÚCLEO FUNDANTE DO NEOLIBERALISMO: MERCADO LIVRE X PESSOAS PRESAS	199
3.3 A PENA E SUA “SIMBÓLICA” FINALIDADE	211
3.3.1 TEORIA ABSOLUTA DA PENA (RETRIBUIÇÃO)	214
3.3.2 TEORIA RELATIVA DA PENA (PREVENÇÃO)	217
3.4 A VIOLÊNCIA MIMÉTICA E O MOVIMENTO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO.....	223
3.5 MÉTODO RESTAURATIVO PROCESSUAL E O POSITIVISMO	236
3.5.1 A RESTAURAÇÃO PROCESSUAL LEGITIMA O POSITIVISMO.....	238
3.5.2 A RESTAURAÇÃO PROCESSUAL TAMBÉM COMO PUNIÇÃO	248
3.5.3 HÁ VOLUNTARIEDADE NA RESTAURAÇÃO PROCESSUAL?	252
3.6 É PREFERÍVEL A RESTAURAÇÃO JUDICIAL À PUNIÇÃO	254
 CAPÍTULO 4	
JUSTIÇA RESTAURATIVA EXECUTÓRIA.....	257
4.1 OS NOCIVOS EFEITOS DA PRISONIZAÇÃO E A SOCIALIZAÇÃO	258
4.2 CAMINHOS PARA A RESTAURAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL	266
CONCLUSÕES	273
REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS.....	285

ROL DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
ECA	Estatuto da Criança e do Adolescente
Etc	Et cetera
ONU	Organização das Nações Unidas
PNUD	Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
JR	Justiça Restaurativa
CP	Código Penal
CPP	Código de Processo Penal
CC	Código Civil
CPC	Código de Processo Civil
LEP	Lei de Execução Penal
Art.	Artigo
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
Sec.	Século
a.C	Antes de Cristo
d.C	Depois de Cristo
DGRSP	Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais
OEA	Organização dos Estados Americanos
OTAN	Organização do Tratado do Atlântico Norte

INTRODUÇÃO

O direito penal, surgido a partir do Estado Moderno, apresenta-se com uma dupla função: ser instrumento de garantias do cidadão contra o poder punitivo estatal e de proteção do bem jurídico, por meio da prevenção geral e especial positiva.

O princípio da legalidade é o que efetivamente posiciona o direito penal como um instrumento de garantias. Porém a mesma eficiência não se encontra na prevenção geral positiva (eficiência limitada) e na prevenção especial positiva (ineficiência total).

Contudo, apesar dessa função simbólica de prevenção, é comum utilizar-se o direito penal como instrumental de contenção do avanço do crime, seja com a proliferação de criminalização de condutas, muitas vezes sem qualquer embasamento científico, apenas por clamor popular, seja pelo aumento das penas e, conseqüentemente, do aprisionamento.

Isso tem causado vários problemas já denunciados pelo movimento criminológico crítico, o qual teve um papel importante ao questionar os motivos e as intenções da criminalização de certas condutas e pessoas, o que tem gerado um aprisionamento seletivo e um efeito diminuto no controle do crime. Nesse sentido, portanto, o direito penal se mostra bastante eficiente no Brasil, a contar os 711 mil presos, alcançando a terceira posição, entre os que mais aprisionam no mundo.¹

Some-se a isso o caos penitenciário que se estabeleceu no país, com superlotação e ausência completa de estrutura básica para uma vivência humana digna. O efeito disso é notório: o cárcere tem gerado mais violência.²

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acessado em 20 mar. 2017.

² Em janeiro de 2017, uma rebelião no Complexo Penitenciário Anísio Jobim (Compaj), em Manaus, deixou 56 detentos mortos (ALESSI, Gil. **Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos.** El País. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html). Também no mesmo mês de 2017, uma rebelião na Penitenciária de Alcaçuz, em Natal/RN, deixou mais 26 presos mortos (CARVALHO, Fred. **Rebelião mais violenta da história do RN tem 26 mortos, diz governo.** G1.

O problema em Portugal parece não ser diferente. Segundo informações da Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), em cinco estabelecimentos prisionais, há taxas de ocupação acima dos 200% e outras que já se aproximam disso: Viseu (222,7%), Aveiro (215,9%), Setúbal (184,6%) e as centrais de Custóias, no Porto (173,8%) e Caxias (159,6%).³

Se por um lado a criminalização tem algum efeito dissuasor do crime (prevenção geral positiva), paradoxalmente assim o fazendo por via da ameaça (prevenção geral negativa), por outro é absolutamente ineficaz quando executa a sanção (prevenção especial positiva), na medida em que os efeitos da prisionização acabam por gerar uma gama de violências muito maior que aquelas que procurou prevenir.

Assim é que a função declarada de prevenção especial positiva não é alcançada, lacuna essa que pode ser preenchida, com melhores índices de prevenção, pela justiça restaurativa na fase da execução penal.

Não há dúvida de que é preciso um instrumento mais humano e que efetivamente possa ajudar os envolvidos a compreenderem as causas, não apenas do crime, mas da violência em geral, seja ela conhecida ou não pelas agências de controle penal.

O movimento restaurativo se apresenta como um caminho que pode se apoderar dessas funções, não apenas judicialmente, mas comunitariamente.

Disponível em <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/rebeliao-mais-violenta-da-historia-do-rn-tem-27-mortos-diz-governo.html>. Até o momento (março de 2017) o Brasil já apresenta um saldo de 134 presos mortos no interior das prisões (PONTES, Felipe. **Após massacres, OAB vai acionar Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Correio. Disponível em <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/apos-massacres-oab-vai-acionar-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>). Detalhado estudo sobre a violência no sistema prisional pode ser visto *in* JUNIOR, Aírto Chaves. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo**. Tese de Doutorado defendida em fevereiro de 2017, pela Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Alicante/Espanha. Extrai-se do trabalho uma passagem bastante elucidativa: "(...) a Violência Objetiva Intramuros colabora em perpetuar a Violência Subjetiva experienciada fora dos muros das prisões num estado de maior gravidade e extensão que o próprio dano social provocado pelo comportamento delinquente tão alarmado pelos meios de comunicação de massa e que se sustenta combater" (p. 242).

³ COELHO, Rute. **Há cadeias no país com o dobro da população prisional que deviam ter**. Diário de Notícias. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/interior/ha-cadeias-no-pais-com-o-dobro-da-populacao-prisional-que-deviam-ter-5507376.html>. Acessado em 21 de maio de 2018.

Surgido em comunidades específicas, tem resquícios em civilizações antigas, que preferiam a restauração/acordo à punição.

No presente estudo, a superação/moderação do punitivismo é justificado a partir da necessidade de se compreender o desejo mimético triangular, enquanto uma das causas do desvio, o que só é possível por meio de uma visão em paralaxe, exercitada pelo método restaurativo.

A violência/desvio,⁴ originada pelo desejo mimético ou pela reciprocidade, que também não deixa de ser mimese e, como tal, inerente às relações humanas, as quais são, por natureza, imitativas, precisa ser desmistificada. Ela jamais desaparecerá, antes precisa ser compreendida para, depois, ser transformada.

A visão em paralaxe da violência desloca o olhar linear entre a vítima e o autor, para a relação triangular entre mediador, mediado e objeto, no qual a compreensão do desejo mimético, enquanto uma das causas que da origem à violência, permite às partes perceberem os motivos e, por meio do diálogo voluntário, compreenderem que antes de haver a dualidade fática – autor/vítima – todos colaboram para o surgimento do conflito.

Mais distante, mas não menos importante, está o retorno à tribalização e a regra particularista como aportes teóricos para a legitimação do método restaurativo de solução de conflito.

A tribalização, enquanto retorno do individual ao coletivo, reaproxima os sujeitos, que tendem a buscar uma solução viável coletivamente, numa percepção do outro, que passa a ter voz e vez. O outro não é mais o estranho, e sim alguém que pode integrar o grupo. As diferenças são encurtadas e antes de serem causas de divisão, incentivam a re-união.

⁴ É preciso, de início, pontuar que a expressão “violência” empregada no trabalho, designa desvio social, não necessariamente com algum emprego de violência à vítima, nem, tampouco, obrigatoriamente criminalizado.

Já o mecanismo de delegação das decisões, para os envolvidos no conflito penal, possibilita que os diretos interessados assumam o compromisso perante si, o outro e a coletividade, de encontrar uma solução que diminua as diferenças, encurte os laços, e tenha reflexos positivos para todos os interessados. A regra particularista legitima a tomada de decisão dos envolvidos, sempre em respeito ao interesse alheio.

Não se desconhece que o método restaurativo procura respeitar as individualidades e compreender a origem do ato violento, oferecendo aos envolvidos um ferramental mais eficiente para amenizar os efeitos do desvio, que o oferecido pelo direito penal tradicional.

Contudo, o método restaurativo judicializado é bastante limitado, alcançando apenas os conflitos penais, não se estendendo aos desvios sociais não criminalizados ou não captados pelas agências estatais, além de apresentar as mesmas características do direito penal tradicional. Ademais, a restauração aplicada internamente ao direito penal (aqui denominada de Justiça Restaurativa Processual), não se apresenta como instrumento capaz de efetivar, mesmo que parcialmente, a prevenção geral positiva, pela ausência de característica dissuasora, o que, como dito, é melhor realizado pelo direito penal.

Daí surge a necessidade de deslocar o método restaurativo também à comunidade, distante das agências de controle penal, notadamente por que tem maior capacidade de agir nos desvios sociais não alcançados pelo direito penal, seja pela não criminalização da conduta (por desnecessária), ou pela incapacidade de captura dos crimes pelo sistema formal de controle (cifra negra).

Nesse diapasão é que o estudo apresenta uma ideia de *Aplicação Diferenciada e Integral da Justiça Restaurativa*. Desta forma, o objetivo institucional da presente Tese é a obtenção do título de Doutor em Ciências Jurídicas, pelo Programa Doutoral da Universidade do Minho – Portugal.

Já o objetivo geral traduz-se na necessidade de investigar se a aplicação da *Justiça Restaurativa Diferenciada e Integral*, pode apresentar melhores resultados na prevenção do desvio (criminalizado ou não), que os alcançados pelo direito penal tradicional e pela justiça restaurativa tão somente judicializada.

Deste objetivo não se pode perder de vista que o método restaurativo comunitário objetiva a prevenção geral positiva, ou seja, age antes do conflito e sem a ameaça de pena, enquanto a justiça restaurativa processual almeja evitar o ingresso no sistema prisional e a justiça restaurativa executória pretende evitar os efeitos da prisionização.

Para tanto, foi levantado o seguinte problema:

- 1) Partindo do princípio de que o sistema penal tradicional, assumidamente punitivo e/ou preventivo, propõe-se a alcançar finalidades e cumprir uma função, cujo resultado, em grande parte fica aquém das expectativas, até que ponto a justiça restaurativa pode representar uma solução, alternativa ou complementar, a essa questão?

Esse problema não exclui a abordagem de vários questionamentos que, implicitamente, terão de ser analisados:

- a) A justiça restaurativa deve afirmar-se como uma solução integral do conflito penal, ou seja, antes, durante e após a intervenção do sistema penal?
- b) A consideração das diversas fases da resolução do conflito penal – antes do seu conhecimento pelas instâncias formais, durante a resolução pelo sistema penal e no momento da execução da pena – bem como nos casos mais relevantes dos comportamentos desviantes, salientando-se o desejo mimético, teriam implicações no modelo concreto de justiça restaurativa a adaptar?

Esses problemas deram origem às hipóteses:

- 1) O direito penal não consegue, eficazmente, alcançar as finalidades a que se propõe, falhando, portanto, na sua própria função.
- 2) A justiça restaurativa judicializada acaba por, em grande parte, padecer dos mesmos problemas e limitações do direito penal tradicional.
- 3) Impõe-se a condição de uma resposta restaurativa diferenciada e integral, consoante o momento da sua intervenção, podendo ser ela comunitária, processual e executória.

A tese foi desenvolvida em quatro capítulos, sendo que o Capítulo 1 busca apresentar uma rápida evolução histórica da justiça restaurativa, seus modelos e principais diferenças da justiça retributiva, bem como, os movimentos restaurativos no mundo e no Brasil.

O Capítulo 2 tem por objetivo investigar os conflitos sociais fora do sistema penal. Para isso, deve-se compreender a ideia de retorno a tribo de Maffesoli, movimento que evidencia a necessidade pós-moderna de re-união dos indivíduos em um coletivo. Na sequência, demonstrar-se-á o desvio, a partir de uma visão em paralaxe (Zizek), possibilitando perceber que ele nasce, em sua maioria, do desejo mimético (Girard), numa relação triangular.

Será pesquisado, também, o sentido do desejo mimético, a relação com a violência, a motivação da criação dos bodes expiatórios e sua utilização como fator de controle do desvio.

Na sequência será verificada a importância da utilização do método restaurativo comunitário, enquanto modelo particularista de tomada de decisão e apresentado ideias e contrapontos que possam legitimar e estruturar a restauração comunitária, ferramenta que pode facilitar a percepção da sistemática da relação mimética triangular, que origina grande parte dos desvios.

No Capítulo 3, procura-se demonstrar que a aplicação da justiça restaurativa aos casos penais judicializados – Justiça Restaurativa Processual – não tem servido enquanto prevenção geral positiva, função que pode ser, até certo ponto, atribuída com alguma eficácia ao direito penal. Porém, a sua importância está no fato de poder evitar o processo de prisão, ao viabilizar uma sanção diversa da privação da liberdade.

De outro lado, será visto que o direito penal tradicional se estrutura em uma concepção equivocada de prevenção do crime, pois se é eficaz, em alguma medida, na prevenção geral positiva, não é em absoluto na prevenção especial positiva. Para isso serão listadas as funções declaradas da pena e apresentado a ideia de inserir no direito penal a lógica fundante do liberalismo (Estado Mínimo).

Continua-se esclarecendo que o desejo mimético não afasta a teoria criminológica crítica, mas antes a complementa, justamente porque a primeira explica grande parte do desvio social e a segunda a criminalização de alguns desses desvios. Na sequência, serão demonstradas as limitações da restauração judicial, tal qual adotada no Brasil e em Portugal, que são, na sua essência, as mesmas do direito penal tradicional: seletividade, ausência de voluntariedade e punitiva.

Nesse prisma, pode-se questionar: 1) o modelo de justiça restaurativa adotado pelo sistema penal tradicional acaba por legitimar o positivismo? 2) a justiça restaurativa, conforme inserida no sistema jurídico contemporâneo, acaba por retirar o foco de uma discussão necessária e importante, que é a diminuição do sistema penal?

Por fim, o Capítulo 4 tratará da Justiça Restaurativa Executória. Muitos casos irão chegar ao sistema prisional, por variados motivos. Nessa etapa, a justiça restaurativa se molda e se reestrutura para alcançar um objetivo diferente das restaurações comunitária e processual. Na execução penal, a restauração deve buscar, primordialmente, minimizar a dessocialização do recluso e os efeitos da prisão. Num segundo momento, se possível, efetivar a prevenção especial positiva, por meio da socialização.

O trabalho serviu-se de várias fontes que, aparentemente distantes, possuem particularidades que se complementam. Nesse contexto é que a dogmática jurídica, a criminologia, a sociologia, a psicologia, a psicanálise, a teoria analítica, a filosofia da linguagem, a literatura e a arte cinematográfica apresentam-se como embasamento teórico do estudo.

Quanto à Metodologia empregada, registra-se que, na Fase de Investigação⁵ foi utilizado o Método Indutivo⁶, na Fase de Tratamento de Dados o Método Cartesiano⁷, e o Relatório dos Resultados expresso na presente Tese é composto na base lógica Indutiva.

Nas diversas fases da Pesquisa foram acionadas as Técnicas do Referente⁸, da Categoria⁹, do Conceito Operacional¹⁰ e da Pesquisa Bibliográfica.¹¹

⁵ “[...] momento no qual o Pesquisador busca e recolhe os dados, sob a moldura do Referente estabelecido [...]. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007. p. 101.

⁶ “[...] pesquisar e identificar as partes de um fenômeno e colecioná-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 104.

⁷ Sobre as quatro regras do Método Cartesiano (evidenciar, dividir, ordenar e avaliar). LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 22-26.

⁸ “[...] explicitação prévia do(s) motivo(s), do(s) objetivo(s) e do produto desejado, delimitando o alcance temático e de abordagem para a atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p.62.

⁹ “[...] palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou à expressão de uma idéia.” PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p.31.

¹⁰ “[...] uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos [...]”. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p.45.

¹¹ “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais. PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. p. 239.

CAPÍTULO 1

O QUE É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?

1.1 TÉCNICA RESTAURATIVA E JUSTIÇA RESTAURATIVA: Movimentos Históricos e Mundiais

Não se pode falar em origem da ideia restaurativa, pois como diz Foucault, o conhecimento, por ser inventado, não tem origem, o que significa que ele não está em absoluto inscrito na natureza humana,¹² sendo apropriado distinguir a justiça restaurativa¹³ das técnicas restaurativas e mediativas. Enquanto aquela é um movimento moderno, as práticas restaurativas e mediativas já podiam ser encontradas em épocas muito remotas.

A mediação, praticada desde os primórdios da civilização, era usada para tratar de litígios bíblicos, nas comunidades judaicas. Também era encontrada nas culturas islâmica, hindu, chinesa e japonesa.¹⁴

As mais antigas compilações de leis conhecidas que tratavam da reparação e da restituição se encontram no Oriente Médio, sendo o Código de Ur-Nammu a primeira compilação de leis que abordou o assunto. Nessas leis, mesmo nos crimes contra a pessoa havia a possibilidade de substituir a sanção corporal pela compensação monetária à vítima, o que se justificava pelo fato do rei ter um maior interesse pelo comércio do que pela guerra.¹⁵ Veja-se que a pena era associada a um ato de guerra.

¹² FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 16.

¹³ Para trazer uma concepção da ideia de justiça, necessário seria abordá-la na visão dos filósofos da antiguidade, dos filósofos cristãos, na modernidade e na contemporaneidade e, mesmo assim, não se teria como chegar a um consenso, tendo em vista a subjetividade que a categoria representa. O termo justiça, quando acompanhado da expressão restaurativa, não busca designar o “justo” em oposição ao “injusto”, mas identificar o instituto da justiça restaurativa judicializada. Alerta-se que em vários momentos irá ser utilizada a expressão método restaurativo para designar a restauração comunitária.

¹⁴ MOORE, Christofer W. **O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998, p. 32-34.

¹⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 105.

Até mesmo o Código de Hamurabi, que é apresentado como um sistema sancionador amparado na ideia do talião, possuía muitas sanções centradas na reparação, sendo a maioria de natureza pecuniária.¹⁶

No Direito Romano o sistema sancionatório trazia a distinção entre os crimes públicos (contra a ordem pública ou social) e privados (interpessoais), não havendo, nestes últimos, uma atuação de ofício na persecução penal por parte do Estado, o que dava origem, de regra, ao pagamento de uma quantia pecuniária.¹⁷

A reparação também aparecia como método de resolução penal nas leis tribais dos germanos, promulgados pelo rei Clóvis no final do século V, assim como nas leis saxônicas de Etherlbert de Kent (início do século VII), tendo como finalidade evitar a vingança de sangue. Também os francos e os saxões tinham previsão de sanção em *pecunia* variável em função da posição que o ofendido ocupava no grupo.¹⁸

A Lei das Doze Tábuas, especificamente na Tábula VIII, por exemplo, previa como sanção para o delito de furto o pagamento do dobro do valor da coisa subtraída.¹⁹ A reparação estava prevista em muitas outras situações,

¹⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 106.

¹⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 106.

¹⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 109-110.

¹⁹ “1. Se um quadrúpede causar qualquer dano, que o seu proprietário indenize o valor desse dano ou abandone o animal ao prejudicado.

2. Se alguém causar um dano premeditadamente, que o repare.

5. Se o autor do dano for impúbere, que seja fustigado a critério do pretor e indenize o prejuízo em dobro.

6. Aquele que fez pastar o seu rebanho em terreno alheio;

7. E o que intencionalmente incendiou uma casa ou um monte de trigo perto de uma casa, seja fustigado com varas e em seguida lançado ao fogo;

8. Mas se assim agiu por imprudência, que repare o dano; se não tem recursos para isso, que seja punido menos severamente do que se tivesse agido intencionalmente.

9. Aquele que causar dano leve indenizará 25 asses.

11. Se alguém ferir a outrem, que sofra a pena de Talião, salvo se houver acordo.

12. Aquele que arrancar ou quebrar um osso a outrem deverá ser condenado a uma multa de 300 asses, se o ofendido for um homem livre; e de 150 asses, se o ofendido for um escravo.

13. Se o tutor administrar com dolo, que seja destituído como suspeito e com infâmia; se tiver causado algum prejuízo ao tutelado, que seja condenado a pagar o dobro ao fim da gestão”.

como a indenização em caso de dano, a substituição da pena de prisão pela de tália nos crimes de lesão etc.

Na alta Idade Média (século VIII e XII) havia a predominância da autotutela, da justiça privada e da reparação. A baixa Idade Média (XIII e XV) possuía uma mescla de sistema punitivo privado e público, revelando-se num sistema misto. Ao lado do *jus puniendi* atribuído à autoridade real, havia um sistema de autotutela.²⁰

Importante destacar a discordância entre os historiadores quanto ao modelo predominante do sistema punitivo na Idade Média. Alerta Cláudia Cruz Santos, que enquanto uns veem neste período a predominância de violência e desordem, outros visualizam uma reação à criminalidade mais humana e menos severa (em virtude da predominância da reparação, por meio das sanções patrimoniais) e participada. Enquanto uns atribuem ao poder estatal que se fortalece a partir do século XII um papel de moderação e pacificação, outros destacam o monopólio da violência em suas intervenções.²¹

Como se observa, não é pacífica a leitura feita do sistema punitivo da Idade Média e essa divergência seria pelo fato de não se distinguir dois grandes períodos: um deles, entre o século VI e XII, que traduzia uma ideia restaurativa e de reparação; o outro situado entre os anos de 1100 a 1500, onde predominaria um sistema punitivo mais violento.²²

Marcos Rolin,²³ em levantamento histórico, informa que o movimento da justiça comunitária em direção a um sistema público de justiça retributiva pode ser observado na Europa ocidental a partir dos séculos XI e XII, com a revalorização da Lei Romana e com o estabelecimento, por parte da Igreja

²⁰ CARVALHO, Américo Taipa de. **Condicionalidade sócio-cultural do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVIII, Coimbra, 1982, p. 1067-1068.

²¹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 114.

²² Elmar Weitekamp *apud* SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 118.

²³ ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar. 2006, p. 237.

Católica, da Lei Canônica. As práticas antigas sobreviveram em muitos países, de uma forma ou de outra, até, pelo menos, o século XIX, quando o modelo contemporâneo se impôs como a única regra aceitável. Essa mudança operou uma revolução cujo centro foi a criação de um modelo de justiça criminal separado do modelo de justiça civil, o estabelecimento do monopólio estatal para lidar com os conflitos definidos como “criminais” e a ideia de que a punição deveria ser normativa.

Liszt²⁴ escreveu em 1890, no texto *Kriminalpolitische Aufgaben*:

La indenización a prestar por el culpable al ofendido, está, aun cuando se la conciba conceptualmente como em contraste com lo contrario de la pena, por certo em conexão absoluta com el sistema penal. Pues la mengua que el condeando sufre a través de ello em su patrimonio, sirve al mismo tiempo a la protección del orden jurídico público; ela satisface más que la multa, pagada al Estado, la necesidad del damnificado como de todos los sujetos de derechos, perturbada por el delito, de protección suficiente por el orden jurídico.

Esta moderna proposta de restauração, “configurando-se como um sistema de resposta à criminalidade, orientado também por finalidades outras, regido por uma ideia muito própria quanto ao procedimento (participado, não impositivo e pacificador)”,²⁵ surge na década de setenta, com discussões iniciais nos Estados Unidos da América (EUA), após vencida a euforia da ressocialização.

Esses movimentos iniciais visavam trazer a vítima ao processo penal, dando-lhe um papel de destaque, e resumiam-se em duas propostas principais: 1) dar à vítima uma participação mais ativa no processo crime; 2) possibilitar à vítima a reparação do dano sofrido pelo crime, aproveitando-se do sistema penal.

²⁴ Apud ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 150.

²⁵ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 123.

O primeiro movimento fez emergir leis que efetivamente alçaram a vítima a um papel mais ativo no processo penal.²⁶ Já o segundo (reparação do dano), apesar de também ter sido inserido na legislação penal e processual de vários países,²⁷ tem o destaque maior na justiça restaurativa, apesar de não se confundir com ela, por ser mais restrito.

Conforme Leoberto Brancher e Susiâni Silva,²⁸ no ano de 1970 o Instituto para Mediação e Resolução de Conflito (IMCR), nos Estados Unidos, recebeu 1657 indicações em 10 meses, e utilizou 53 mediadores comunitários para auxiliar na solução de conflitos.

Sob o ponto de vista formal, o caso que oficialmente confere a origem da Justiça Restaurativa remonta a uma experiência ocorrida em 1974 na província de Ontário, no Canadá, em que, por sugestão de um oficial de livramento condicional, que integrava um grupo de discussão sobre alternativas à pena de prisão, promovido por cristãos memonitas, um juiz determinou que dois jovens que haviam sido acusados de depredar 22 propriedades se encontrassem com suas vítimas. Deste encontro resultou um acordo de reparação dos danos causados.²⁹

²⁶ No Brasil pode-se observar a Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha) que veio dar maior proteção à vítima de violência doméstica, incluindo várias medidas que reconhecem a sua capacidade postulatória ativa, até mesmo para solicitar as medidas protetivas, além da obrigação de ser intimada de todos os atos deste processo, inclusive prisão e soltura do infrator. No Código de Processo Penal pode-se citar o artigo 201 § 2º e 3º, que dá à vítima o direito de ser intimada da entrada ou saída do acusado da prisão, das audiências e da sentença de mérito e respectivos acórdãos e o artigo 268, que legitima o ofendido para ingressar no processo crime como assistente de acusação.

²⁷ No direito brasileiro destacam-se os artigos 63 e 387 inciso IV do CPP (autoriza o juiz a fixar valor mínimo de reparação dos danos na sentença penal condenatória), os artigos 72 (composição dos danos civis) e 89 § 1º (*sursis* processual mediante a reparação do dano) ambos da Lei 9.099/95 e os artigos 45 § 1º (pena restritiva de direitos mediante prestação pecuniária à vítima), 16 (a reparação voluntária do dano até o oferecimento da denúncia ou queixa, nos crimes praticados sem violência e ameaça à pessoa, reduz a pena) e 83, inciso IV (reparação do dano como requisito para o livramento condicional), todos do CP.

²⁸ BRANCHER, Leoberto; SILVA, Susiâni. **Justiça para o Século 21**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

²⁹ MILAZZO, Cristhyan Martins Castro. **Justiça restaurativa: caminhos de fraternidade, direitos humanos e dignidade social**. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2008, p. 98. Disponível em: <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/22/TDE-2013-12-17T144113Z>. Acessado em 25 de maio de 2015.

Contudo o termo Justiça Restaurativa foi usado pela primeira vez em 1977 por Albert Eglash, no artigo *Beyond Restitution: Creative Restitution*.

No ano de 1994 a África do Sul passou a utilizar a justiça restaurativa, num modelo denominado *Zwelethamba*,³⁰ o qual, no início, foi utilizado pontualmente durante as eleições daquele ano, mas acabou desenvolvendo-se e sendo utilizado em outras ocasiões nas quais havia conflitos interpessoais.

Em virtude do crescente interesse no assunto, a ONU, a União Europeia e o Conselho da Europa passaram a recomendar, por meio de documentos oficiais, que os estados membros considerassem uma legislação voltada também aos interesses da vítima.

Foi assim com a Recomendação 85, de Junho de 1985 do Conselho da Europa sobre o estatuto da vítima no âmbito do direito penal e do processo penal; a Declaração das Nações Unidas sobre os Princípios Básicos da Justiça para as Vítimas de Crime e Abuso de Poder, Novembro de 1985; a Recomendação 87, de Setembro de 1987, do Conselho da Europa, sobre assistência às vítimas e prevenção da vitimização; as Regras Mínimas das Nações Unidas, de 1990, relativas às medidas que não impliquem a prisão; a Recomendação 92, do Conselho da Europa, no âmbito das Regras Europeias em Matéria de Sanções e Medidas Comunitárias; a Resolução 1999/26; a Recomendação 99 do Conselho de Ministros do Conselho da Europa, designa princípios que os Estados-Membros devem tomar em consideração ao desenvolver a mediação em matéria penal; a Resolução de junho de 2000, do Parlamento Europeu, relativa às vítimas da criminalidade na União Europeia; a Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI do Conselho da União Europeia, de Março de 2001 reveste-se de carácter vinculativo, determinando a implementação de mediação em matéria penal em todos os Estados-Membros até 22 de Março de 2006; a Resolução 2002/12 traz os Princípios Básicos para a utilização de

³⁰ Este modelo de justiça restaurativa leva o nome da cidade na qual primeiro foi implantado (LAINETTI, Manoela de Oliveira. **Justiça restaurativa e transformação do laço social: adolescência e autoria do ato infracional**. 2009, p. 30. Dissertação (Mestre em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: < http://www.sapientia.pucsp.br//tde_arquivos/25/TDE-2010-03-03T10:37:01Z.>).

Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Criminal; a Diretiva 2012/29 do Parlamento Europeu e do Conselho, substituiu a Decisão-Quadro nº 2001/220/JAI e estabeleceu normas mínimas relativas aos direitos, ao apoio e à proteção das vítimas da criminalidade.

Em 1990, realizou-se a Conferência Internacional na Itália, custeada pela OTAN, para analisar o crescente interesse mundial na Justiça Restaurativa.

No ano de 1995, a Nova Zelândia informou que iria considerar a Justiça Restaurativa nos planos do governo federal e em 1997 se reuniram na Bélgica americanos e europeus para analisar a teoria e prática restaurativa.

A ONU, por sua vez, em julho de 1999, por intermédio de seu Conselho Econômico e Social, editou a Resolução 1999/26, visando incentivar os estados, as organizações internacionais entre outras entidades a trocarem informações e experiências em matéria de mediação e justiça restaurativa. Posteriormente veio a Resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada “Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais”, e a mais recente, a Resolução 12/2012, que buscou disciplinar a terminologia e o uso da Justiça Restaurativa.

Em síntese, este vasto conjunto de documentos procurou auxiliar a implementação de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, por meio da apresentação de critérios e princípios orientadores, deixando a cargo dos estados a regulamentação da sua implementação.

Isso se deve ao esgotamento do modelo tradicional, em que o autor do fato recebe a punição, sem muitas vezes compreender porque agiu daquela forma, desconhecer o dano que causou e sua extensão em relação à vítima e familiares.

Essa técnica também considera importante possibilitar ao autor do crime que assuma a responsabilidade do dano causado, o que o aproxima da

vítima, colocando-se no lugar do outro, facilitando a compreensão da violência praticada.

Para a vítima, essa aproximação tem se mostrado também importante, na medida em que possibilita a ela expor suas emoções, medos e desejos frente ao agressor.

Explica Alisson Morris que nesse movimento, as “vítimas, ofensores e ‘comunidades de cuidado’ se juntam e, com a ajuda de um facilitador, buscam resolver como lidar com a ofensa, com as suas consequências e as suas implicações para o futuro”.³¹

Daniel Van Ness orienta que um valor fundamental da justiça restaurativa é que tanto vítima e agressor sejam reintegrados em suas comunidades, com a contribuição dos membros destas comunidades. Tanto as vítimas como os ofensores podem sofrer a estigmatização e a reintegração é, portanto, necessária. Isso é importante por causa da visão da justiça restaurativa, de construir comunidades pacíficas no rescaldo do crime.³²

A importância do papel restaurativo para a vítima, tem sido demonstrada em estudos realizados pelo mundo:

As descobertas positivas dos estudos sobre a satisfação da vítima foram reproduzidas em todo o mundo. Por exemplo, na Austrália, Strang (2002) estudou o Reintegrative Shaming Experiment (RISE) e descobriu que uma grande percentagem de vítimas estava mais satisfeita com a conferência restaurativa do que com a justiça dos tribunais e, normalmente, apresentava níveis inferiores de raiva em relação aos infractores depois de terem passado pelo processo restaurativo. De forma muito semelhante, Daly (2001, 2003) estudou o projecto de Justiça para Menores da Austrália do Sul (SAJJ) e descobriu que as vítimas tinham uma reacção positiva perante o processo e uma redução significativa na raiva em relação aos infractores, com mais de 60% a afirmar que tinham

³¹ MORRIS, Alisson. **Critiquing the critics**: a brief response to critics of restorative justice. The British Journal of Criminology, v. 42, n. 3, p. 596-615, 2002, p. 599.

³² NESS, Daniel W. Van. **The Shape of Things to Come**: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System. 2000, p. 4. Disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>. Acessado em 14 de set. 2018.

recuperado totalmente da infracção. No Reino Unido, foram registados padrões semelhantes de satisfação da vítima por Hoyle et al. (2002) ao avaliar a iniciativa da Thames Valley Police sobre Restorative Cautioning. Neste projecto, a maior parte das vítimas participantes (dois terços) sentiram que o processo influenciou positivamente as suas percepções dos infractores e grande parte das vítimas sentiu que o encontrou tinha sido importante para as ajudar a recuperar das suas experiências. Uma avaliação recente dos painéis de justiça de menores no Reino Unido (Crawford e Newburn 2003) também apontava para alguns benefícios para as vítimas.³³

O movimento restaurativo é algo que veio para assumir um papel cada vez mais importante dentro do cenário jurídico e social.

Para Daniel Van Ness:

Restorative justice programs and thinking have now expanded throughout the world. This expansion shows no sign of letting up, and while there is always need for caution in making claims about a restorative future, there does seem to be evidence that the future of justice will at least include restorative elements. One way of tracking the progress of restorative justice within a system is to use a framework such as the one we have proposed to assess the restorative character of the system. The availability of restorative programs is only one indicator; far more important is the importance given to those programs in actual usage. In restorative systems, the values and principles of restorative justice sufficiently predominate and competing values and principles are sufficiently subordinate that the system's processes and outcomes are highly restorative.³⁴

Mas como pode ser compreendida a justiça restaurativa?

³³ GREEN, Simon. **Em nome da vítima**: Manipulação e significado no âmbito do paradigma restaurativo. *In* Vítimas e Mediação. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 48. Acessado em 21 de maio de 2018

³⁴ “Os programas de justiça restaurativa e o pensamento expandiram-se agora em todo o mundo. Esta expansão não mostra sinais de diminuir e, embora haja sempre necessidade de cautela ao fazer afirmações sobre um futuro restaurador, parece haver evidência de que o futuro da justiça incluirá, pelo menos, elementos restaurativos. Uma maneira de rastrear o progresso da justiça restaurativa dentro de um sistema é usar uma estrutura como a que propusemos para avaliar a restauração do sistema. A disponibilidade de programas restaurativos é apenas um indicador; muito mais importante é a importância dada a esses programas em reais uso. Nos sistemas restaurativos, os valores e princípios da justiça restaurativa predominam suficientemente e os valores e princípios concorrentes são suficientemente subordinados para que os processos e resultados do sistema sejam altamente restaurativos”. (NESS, Daniel W. Van. **The Shape of Things to Come**: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System. 2000, p. 15. Disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>, Acessado em 14 de set. 2018. Tradução livre).

1.2 O QUE (NÃO) É A JUSTIÇA RESTAURATIVA?

Não há uma definição fechada sobre justiça restaurativa, por ser ela, ainda, um produto inacabado ou em fase de aprimoramento. Contudo, pode-se compreendê-la, em linhas gerais, como um mecanismo que busca humanizar vítima e autor do crime, na medida em que se interessa por ambos, delegando àquela a possibilidade de participar do processo e buscar a reparação do dano que sofreu, seja material, emocional ou psicológico.

Pelas palavras de Gerry Johnstone e Daniel Van Ness a justiça restaurativa é “um movimento social global que apresenta enorme diversidade. O seu objetivo maior é transformar a maneira como as sociedades contemporâneas percebem e respondem ao crime e a outras formas de comportamentos problemáticos”.³⁵

Na restauração a vítima sente-se percebida³⁶ e com poder de decidir, diferente do sistema punitivo tradicional, em que ela apenas serve como informante do Estado juiz, sendo, muitas vezes, agredida duplamente durante o processo: num primeiro momento é obrigada a falar, tendo que relembrar, mesmo à contra gosto, toda a violência que passou; posteriormente é violentada pelo descaso, já que esquecida durante o transcorrer do processo, não tendo qualquer informação do seu andamento e desfecho, já que, mesmo havendo disposição legal para serem informadas, quase nunca o são.

Cláudia Cruz Santos explica que a justiça restaurativa é muito mais do que não ser a justiça tradicional, repousando em duas situações: as finalidades e o procedimento. Diz-se que a justiça restaurativa não é punitiva-retributiva como a justiça penal. Afirma-se que os processos restaurativos não são

³⁵ JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. *The meaning of restorative justice*. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2007. p. 5.

³⁶ O levantamento feito pelo IPEA e divulgado em 2015, denominado “A aplicação de penas e medidas alternativas”, quando da análise dos Juizados Especiais Criminais, cita uma frase ouvida em um dos cartórios: “O importante são as metas; a satisfação das pessoas não é levada em consideração”. Estes serventuários retratam a ideia geral que se tem do processo penal tradicional e da vítima (IPEA. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf. Acessado em 18 de maio de 2015).

autoritários como o processo penal. Essa é uma visão maniqueísta onde a justiça restaurativa é boa e a comum é má. As diferenças são mais complexas.³⁷

Desta forma, pode-se entender que a justiça restaurativa “surge como denominação sob a qual se agrupa uma pluralidade de teorias e de programas com contornos diversos”.³⁸

Carolyn Hoyle a considera como uma técnica “inclusiva e colaborativa”, em que “as partes devem se juntar para dialogar como fazem na conferência restaurativa e na mediação direta”.³⁹

Alisson Morris explica que “a justiça restaurativa devolve as decisões sobre a melhor maneira de lidar com a ofensa aos mais afetados – vítimas, ofensores e suas ‘comunidades de cuidado’ – e dá prioridade aos seus interesses. Assim, o estado não possui mais o monopólio sobre a tomada de decisão; os produtores das decisões são as próprias partes”.⁴⁰

Joe Hudson traçou como características essenciais da justiça restaurativa o facto dela estar relacionada com os mais alargados relacionamentos entre os agentes do crime, as vítimas e as comunidades, em que todas as partes estão envolvidas no processo de resolução da ofensa (isto é, do crime) e de reconciliação. Na decorrência do encontro com as vítimas, espera-se que os agentes do crime compreendam as consequências das suas condutas e se sintam arrependidos.⁴¹

³⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 161.

³⁸ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 299.

³⁹ HOYLE, Carolyn. *The case For restorative justice*. In: HOYLE, Carolyn; CUNNEEN, Chris. **Debating restorative justice**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2010. p. 2.

⁴⁰ MORRIS, Alisson. **Critiquing the critics: a brief response to critics of restorative justice**. The British Journal of Criminology, v. 42, n. 3, p. 596-615, 2002, p. 598.

⁴¹ HUDSON, Joe. **Introduction to Family Group Conferences: perspectives on policy and practice**, 1, 4, 1996, apud Erik Luna. op. cit., n. 118, p. 228.

Para Selma Pereira de Santana⁴², a justiça restaurativa apresenta a ideia de uma reparação individual e coletiva, em que o “transgressor”, ao praticar um ato ilícito, incorre na obrigação de reparar a vítima e, por extensão, a comunidade.

A justiça restaurativa é uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito.⁴³

Ela também deve ser vista como um “modo de resposta que se funda no reconhecimento do conflito” e que assume como “função a pacificação do mesmo através de uma reparação dos danos”, finalidades estas só alcançadas por meio do “encontro e da autonomia da vontade”.⁴⁴

Vincenzo Ruggiero, por sua vez, sugere que a justiça restaurativa é “um processo que traz os atores e a comunidade afetada por uma situação problemática de volta à condição na qual o problema surgiu”.⁴⁵

Este novo modelo supera o entendimento de crime-punição para o crime-reparação.

Salienta-se que a restauração não visa à reparação absoluta dos danos ocasionados pelo crime. Porém, nem isso pode obstar a sua aplicação aos que podem ser reparados parcialmente, na medida em que nos crimes mais graves existem medidas que podem contribuir para uma diminuição do

⁴² SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 15.

⁴³ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 169.

⁴⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 304-305.

⁴⁵ RUGGIERO, Vincenzo. **Anabolitionist view of restorative justice**. International Journal of Law, Crime and Justice, v. 39, n. 2, 2011, p. 101.

sofrimento das vítimas e para uma afirmação do sentido de responsabilidade do agente.⁴⁶

Para Antonio Beristain,⁴⁷ diante do crime tem-se que responder com critérios de “integração cósmica”. Deve-se evitar as “respostas unidimensionais vindicativas, tanto as totalmente permissivas ou simplesmente mecânicas, técnicas, amorais, sem sentido humano, como as utopias exclusivas de tratamento”. Para ele “a faceta criadora de todo ser humano deve gerar algo novo no sistema penal”. Concretamente, deve criar (e/ou desenvolver) o direito ao - maior ou menor - perdão a toda pessoa, inclusive ao delinquente.

Importante destacar que a justiça restaurativa difere da mediação.⁴⁸ Esta pode ser aplicada em outras áreas, enquanto a restauração aplica-se às questões criminais. Mas sob outro enfoque, a justiça restaurativa tem um alcance maior, já que a mediação constitui apenas um dos instrumentos de que ela dispõe.⁴⁹

Para David Miers, a maior amplitude do método restaurativo se dá pelo fato de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infrator que nada tem a ver com a mediação, tais como a indenização, a prestação de trabalho etc.⁵⁰

Também difere da simples composição dos danos. Reduzi-la à reparação de danos individuais é não compreender o sentido real do instituto e

⁴⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 376.

⁴⁷ BERISTAIN, Antonio. **A nova criminologia: à luz do Direito Penal e da Criminologia.** Tradução de Cândido Furtado Maia Neto. Brasília: UNB Editora, 2000, p. 54.

⁴⁸ A mediação é uma das formas integrantes da Justiça Restaurativa: “A mediação vítima-ofensor fortalece os participantes, põe em cheque as representações equivocadas, oferece ocasião para troca de informações e incentiva ações com o propósito de corrigir a situação. Quando mediadores da comunidade estão envolvidos, esse tipo de mediação também abre espaço para a participação comunitária. A mediação é totalmente compatível com a abordagem restaurativa na justiça” (ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça.** Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 193).

⁴⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 305-306.

⁵⁰ MIERS, David. **Justiça Restaurativa: assimetrias de desenvolvimento na Europa.** In Seminário Internacional Dikê - Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime na Europa. 2003, Lisboa: Apav, 2003, p. 52.

desconsiderar que em muitos crimes não há uma vítima determinada. A partir desta ideia é que Hans Joachim Hirsch⁵¹ conclui que haveria uma desigualdade, acentuada na medida em que nos crimes com vítima determinada haveria a composição e nos crimes com vítimas difusas haveria a aplicação de sanção corporal, sendo a pena prescindida.

Existem dois grandes modelos de justiça restaurativa que dividem opiniões: o modelo minimalista, centrado nos processos de exercício da justiça restaurativa; e o modelo maximalista, que se encontra direcionado às finalidades da justiça restaurativa. No entanto, “tais modelos não se apresentam sempre de forma independente, são apenas modelos amplos, existindo entre eles variações e intercâmbios de proposições”.⁵²

O modelo minimalista⁵³ é considerado um modelo de justiça restaurativa puro, por buscar incluir apenas elementos característicos da justiça restaurativa. É um método que se assemelha bastante às formas comunitárias de resolução dos conflitos, nas quais apenas as partes envolvidas no processo, juntamente de representantes da comunidade, buscavam resolver seus conflitos. Não há, portanto, a participação de um ente político determinando a sequência do processo.⁵⁴

O principal aspecto do modelo minimalista é a primazia pelo procedimento utilizado na prática restaurativa, que deve seguir o modelo consensual, característico da justiça restaurativa. Deste modo, o envolvimento

⁵¹ “Esta desigualdad sería tanto más grave porque conforma una contradicción valorativa importante, si em los casos de delitos sin víctima se continuara castigando como hasta ahora, mientras que, en los delitos que tienen una víctima se pudiera considerar a la pena como prescindible” (HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño em el marco del Derecho penal material*. In ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 59).

⁵² PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed, São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 79.

⁵³ Defendido por Howard Zehr e Tony Marschall. Para o segundo, a Justiça Restaurativa é “um processo através do qual todas as partes implicadas em uma específica infracção se juntam para resolver em conjunto como lidar com o resultado da ofensa e com a suas implicações no futuro” (*Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 163).

⁵⁴ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. 1 ed, São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 80.

das partes presentes no delito, ou seja, vítima e ofensor é indispensável para que seja constituída a prática restaurativa. Tratando especialmente da aproximação entre as partes, a concepção minimalista preza também pela voluntariedade, elemento essencial para a validação das práticas segundo a corrente em foco.⁵⁵

Para Selma Pereira de Santana, a proposta minimalista visa apenas “a reparação civil, o que significaria, tão-somente, a compensação, por parte do responsável penal, dos efeitos do delito e, por tal motivo, não contribuiria com a proposta da justiça restaurativa”.⁵⁶

Outras críticas são assinaladas por Cláudia Cruz Santos,⁵⁷ para quem a proposta é “demasiadamente formal e sua compreensão enquanto puro procedimento cindido dos objetivos que com ele buscam-se atingir, torna esta proposta uma via estreita, abrangendo apenas os encontros face-a-face”. O problema, segundo ela, é a “exclusão de respostas coercivas que poderiam ser necessárias para a reparação do mal causado com o crime”. Portanto, para ela a restauração deve ter um cunho punitivo, o que será motivo de questionamento no capítulo terceiro.

Já a proposta maximalista,⁵⁸ por visar o resultado, aceitaria a coerção como uma forma de atingir a reparação, o que é bastante questionável, pois a consensualidade é o valor maior na restauração.

A centralidade nas finalidades abre espaço para a utilização de outros métodos para a obtenção da restauração, tal como a utilização da arbitragem,

⁵⁵ DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fábio Antônio. **Justiça restaurativa**: os modelos e as práticas. Disponível em: <www.idespbrasil.org/arquivos/Artigo_81.pdf>. Acessado em 10 maio de 2015.

⁵⁶ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 28.

⁵⁷ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa**: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 163.

⁵⁸ Defendida por Gordon Bazemore e Lode Walgrave, os quais definem a Justiça Restaurativa como “toda e qualquer acção que seja primeiramente orientada para a realização de justiça restaurativa” (*Apud* SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa**: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 164).

ou mesmo propostas do Ministério Público durante o processo penal. Mesmo a sentença criminal poderia, no modelo maximalista, apresentar uma solução restaurativa, ainda que oriunda do magistrado.⁵⁹

Portanto, para os adeptos do modelo maximalista, a justiça restaurativa precisa estar totalmente integrada ao sistema de justiça criminal, a fim de reformá-lo de acordo com os princípios restaurativos. Do contrário, seu âmbito de aplicação e potencial reformador seria minimizado.

Todavia, esta questão não é pacífica. Explica Pallamolla que “inserir práticas restaurativas dentro do sistema penal pode obscurecer os limites e os objetivos da mesma e fazer com que seja absorvida pelo sistema criminal tradicional”. Essa prática, segundo ela, pode fazer com que “ao invés de substituírem-se as penas retributivas pelas restaurativas, estas passem a ser aplicadas em somatório, decorrendo uma sobrecarga ao ofensor”.⁶⁰

Há uma terceira compreensão da justiça restaurativa, que não exige nem a especificidade do resultado, nem o procedimento, estando alicerçada na autonomia da vontade e no consenso, denominada de purista.

Observa Mylène Jaccoud⁶¹ que os mais puristas consideram que a justiça restaurativa é defendida através de processos negociados e através de finalidades restaurativas, adotando uma visão mais restrita da proposta restaurativa. Sua crítica ao modelo purista se dá pelo fato do consentimento ser o maior diferencial e uma condição para a restauração. Segundo ela, “introduzir a boa vontade como critério absoluto de encaminhar os casos aos programas restaurativos conduz, inevitavelmente, a confinar a restauração à administração de infrações leves, reduzindo seu potencial de ação”. Para ela, nos crimes mais

⁵⁹ DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fábio Antônio. **Justiça restaurativa**: os modelos e as práticas. Disponível em: <www.idespbrasil.org/arquivos/Artigo_81.pdf>. Acessado em 10 de maio de 2015.

⁶⁰ PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. 1 ed, São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 81.

⁶¹ JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa*. SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 171.

graves, “onde haveria uma maior necessidade de restaurar, é mais difícil as partes (vítima essencialmente) assim desejarem”.

Para Cláudia Cruz Santos,⁶² se um “procedimento consensual entre o agente e a vítima de um crime não almejar uma reparação dos danos causados através de uma responsabilização do agente, esse procedimento não merecerá o qualificativo de plenamente restaurativo”.

Segundo a autora portuguesa, a justiça restaurativa, centrada no modelo purista, é uma reação ao crime diferente, por força do seu fundamento específico (porquê), de suas específicas finalidades (para quê) e do seu específico modo de atuação ou procedimento (como).⁶³

O modelo purista se aproxima da Terceira Via proposta por Claus Roxin, e que se diferencia da proposta maximalista pela exigência da voluntariedade,⁶⁴ que naquela não se faz presente, sendo a restauração uma imposição.

Dentro desta ideia, Selma Pereira de Santana apresenta outra divisão de propostas restaurativas: “a composição privada do conflito; incorporação da reparação como uma terceira classe de pena, junto com a pena privativa de liberdade e a multa; estabelecimento de um novo fim da pena”.⁶⁵

A primeira proposta seria viável até um certo limite, onde haveria a despenalização e o afastamento do Direito Penal devido ao acordo privado,

⁶² SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 168.

⁶³ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 171-172.

⁶⁴ “A nova ideia para a qual prevejo grandes perspectivas no direito penal vindouro, é a de que uma reparação voluntária prestada antes da abertura do procedimento principal, leve a uma obrigatória diminuição na pena; em caso de uma prognose favorável sirva mesmo a uma suspensão condicional; e, excepcionando-se os delitos graves, mesmo a uma dispensa da pena (apesar de manter-se a condenação de culpado). Essa concepção tem a vantagem de fornecer ao autor um grande estímulo à reparação do dano e de oferecer à vítima uma reparação rápida e não burocrática, que o Estado não conseguiria em muitos casos realizar diante de um devedor recalcitrante”. (ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Tradução de Luis Greco, autorizado pelo autor. RT-790 - agosto de 2001 – 90º ano, p. 472).

⁶⁵ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 67.

onde a reparação não o integra, afastando o poder estatal. Este modelo limitaria o Direito Penal aos crimes insignificantes, já que o Estado não poderia se ausentar de crimes mais graves, sob pena de “no sea más el Derecho el que opere, sino el más poderoso, y de que pressiones y contrapresiones pongan em peligro la paz jurídica, quizás en mayor grado que el hecho mismo”.⁶⁶

A segunda proposta seria a imposição da reparação como uma pena para determinados delitos, ao lado das já existentes. Seria uma sanção negativa, o que é criticado pelo fato de que se a condenação fosse basicamente a reparação do dano, então na condenação civil a reparação também seria uma pena criminal.⁶⁷

A reparação criminal tem um sentido mais amplo, de composição e conciliação, conseguida a partir de acordo espontâneo e voluntário, e não apenas a reparação do dano imposta pelo Estado. Seria uma solução muito simplista e que não se diferenciaria da reparação cível, distorcendo-se a proposta da justiça restaurativa que é fazer com que o autor, além de reparar o dano, assuma a responsabilidade pelo ilícito e compreenda o erro, vindo a não mais praticá-lo futuramente.

Quanto a terceira proposta, a crítica de Roxin⁶⁸ é de que a reparação como fim da pena não possui qualquer efeito preventivo e, paradoxalmente, até estimularia o delito, na medida em que bastaria a devolução do objeto subtraído que a pena seria a devolução do objeto ou a reparação do dano. A

⁶⁶ ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 142-143.

⁶⁷ “Si la reparación, que tendría que consistir, básicamente, em el resarcimiento del daño, fuera um a pena criminal, entonces la condena jurídico-civil al resarcimiento del daño, sería también, conforme a su contenido material, uma pena criminal” (ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 143).

⁶⁸ “Resulta, entonces, imposible que la reparación sea um fin de la pena, porque ella está em contradicción con la función de la pena” (ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 146).

reparação, para Roxin, é um fator que tem efeitos preventivos especial e geral, ou em ambas as direções.

Daí que sugere a Terceira Via, cuja diferença principal é a voluntariedade das partes em usarem a reparação como uma pena. Roxin⁶⁹ sustenta que considerar a reparação como um sistema de sanções, não significa reconhecê-la como um novo fim da pena, como a privatização do Direito Penal, tampouco como uma classe especial de punição, mas sim como um instrumento autônomo para a realização dos fins da pena, evitando-a ou atenuando-a.

Explica Selma Pereira de Santana⁷⁰ que

a inserção da reparação como Terceira Via no Direito Penal não interfere muito no âmbito de aplicação da pena privativa de liberdade e multa, exatamente porque, nos casos de delitos de maior gravidade, não é possível reconstituir a paz jurídica unicamente por intermédio da reparação, de tal maneira que, nessas hipóteses, ela somente poderia provocar efeitos atenuantes da pena.

Segundo Roxin, no modelo adotado pela Terceira Via a reparação pode ser eficaz tanto para a prevenção geral quanto para a especial: “Es recomendable construir la reparación, al lado de la pena y la medida, como un tercer carril del Derecho penal”.⁷¹

Contudo, no tocante à prevenção geral negativa, afirma Roxin que a reparação tem efeitos “muy pequeno e inferior a aquél de la pena privativa de libertad y de la de multa”. Porém, a prevenção geral positiva, a qual tradicionalmente se caracteriza como força conformadora ética do direito penal

⁶⁹ ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño* in ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 155.

⁷⁰ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 75.

⁷¹ ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño* in ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 155.

ou, conforme Jacobs, como “ejercitación em la fidelidade al Derecho” ou “estabilización de la confianza em el ordenamento”,⁷² é encontrada na reparação.

Roxin⁷³ compreende a prevenção geral positiva como efeito integrativo da pena e fortalecimento da consciência jurídica da população (caráter de integração e satisfação) e a vê alcançada na reparação, na medida em que esta satisfaz o sentimento jurídico e recompõe a paz jurídica alterada pelo delito.

A reparação também alcançaria a prevenção especial positiva, já que “por intermedio de la obligación de reparar, el autor es provocado a entenderse com los daños causados y com la persona del ofendido de una manera muy diversa a la que correspondería si la víctima permanece, em más o em menos, abstracta y anónima”,⁷⁴ o que geraria efeitos promotores da ressocialização.

Para ele a ressocialização por meio da reparação alcança fins que não são alcançados pelo processo comum. Por exemplo, se a prisão deve durar pelo tempo em que houver a ressocialização, isso pode levar, no modelo comum, há um período bastante grande de encarceramento, respeitado o limite legal, o que difere da reparação; também o perigo de uma violação da personalidade, em caso de aprisionamento, não existe na reparação, evitando-se, assim, os efeitos desocializantes tão comum no cárcere.

⁷² ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 148.

⁷³ “El efecto motivador pedagógico-social de aprendizaje, que debe provocar la ejercitación em la fidelidade al Derecho; el efecto de confianza, que e logra cuando el ciudadano ve que el Derecho se realiza; y, finalmente, el efecto de satisfacción, que aparece cuando el delincuente ha hecho tanto que la consciência jurídica general se apacigua acerca de la infracción al Derecho y da por finalizado el conflicto com el autor” (ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 149).

⁷⁴ ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 152-153.

Em suma, na visão de Roxin se essa reparação pode possibilitar uma reconciliação entre autor e vítima, especialmente quando se há voluntariedade e se essa reconciliação é percebida pela comunidade, a meta em resolver conflitos por via da reparação é alcançada, facilitando a ressocialização.

Pela Terceira Via a reparação não fica restrita ao pagamento em valores, podendo ser até mesmo “atos de reconciliação, conversas esclarecedoras, pedidos de desculpas, presentes, prestação de serviços pessoais ou realização de obras e prestações simbólicas à coletividade”,⁷⁵ pois se a pena tradicional não tem alcançado os fins a que se destina, ela deve “retroceder na medida em que a reparação e os esforços de reconciliação sejam suficientes para a compensação do ilícito e para a satisfação das necessidades de prevenção geral e especial do Direito Penal”.⁷⁶

Com base nesta premissa é que um grupo de professores alemães, redigiram o Projeto Alternativo, considerando a reparação com uma terceira via, juntamente com a pena e a medida de segurança.

A reparação, segundo os autores do Projeto Alternativo, é a “compensação das consequências do delito por meio de uma prestação voluntária do autor, que serve de restauração para a paz jurídica”. Essa compensação tem um sentido normativo e não naturalístico, pois não há como compensar, por exemplo, “as consequências de um homicídio involuntário para os familiares da vítima, nem a de uma grave lesão corporal permanente, no sentido de uma restauração ao estado anterior ao delito”.⁷⁷

O projeto não delimita a reparação para certos crimes ou penas. Todos os crimes são passíveis de reparação, devendo ser considerado o caso concreto e as variáveis: questões pessoais dos envolvidos, relação de proximidade etc. O projeto prevê uma reparação substitutiva ou simbólica nos

⁷⁵ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 133.

⁷⁶ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 73.

⁷⁷ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 91.

casos de delitos em que a restauração da paz jurídica não seja possível, ou seja, em grau insuficiente.⁷⁸

Em resumo, a proposta seria a seguinte:

Na criminalidade de ínfima gravidade (por não necessitar nem de pena nem de reparação de dano quando não há interesse público na persecução penal), a terceira via não deve servir para ampliar o controle penal; na criminalidade não insignificante, a reparação serviria para reduzir a dimensão do dano, e o que restaria seria insignificante para uma imposição de pena diversa. Tudo seria resolvido pela composição; na criminalidade de média gravidade, após uma reparação, o juiz pode deixar de aplicar a pena, caso ela seja desnecessária; por fim, na criminalidade grave o juiz aplicará a pena mesmo que tenha havido a reparação, a qual poderá atenuá-la.⁷⁹

Mas o principal diferencial da Terceira Via é a voluntariedade. Para os autores do Projeto Alternativo, ela é um indício convincente para a superação construtiva do delito pelo autor, residindo aí a diferença decisiva com relação à pena. Segundo eles, “quando o autor é apenas condenado à reparação civil, talvez isto baste para a aceitação por parte da vítima, embora se tenha feito muito pouco para a realização dos objetivos da pena”. Daí que “a restauração da paz jurídica fica mais bem garantida através da prestação realizada voluntariamente do que por meio de uma condenação à indenização”.⁸⁰

A voluntariedade também se aperfeiçoa com a individualização da pena, na medida em que cada caso é único e cada reparação é feita conforme as partes assim ajustarem. Contrariamente, em caso de reparação como pena

⁷⁸ “As razões que movimentaram as discussões do Grupo de Trabalho foram fundamentalmente quatro; a saber: a) o aspecto vitimológico, em especial, o prejuízo da vítima; b) a análise crítica jurídico-penal, que deixou patente que o Direito Processual Penal está muito mais voltado para a confrontação do que para a composição de conflitos, a conciliação e a satisfação da vítima, embora numa realidade mais recente, acordos e ajustes venham crescendo em importância; c) o movimento restaurativo internacional, que tornou evidente a aceitação da reparação como sucedâneo ou complemento da pena; e d) a esperança de uma ampliação e diferenciação do instrumental de sanções jurídico-penais com a introdução da reparação” (SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídica-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. XV).

⁷⁹ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídica-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 130.

⁸⁰ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídica-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 92.

imposta pelo juiz, ter-se-iam situações diversas sendo tratadas igualmente pelo magistrado.

Mas a Terceira Via não é unânime e encontra muitas resistências. Hans Joachim Hirsch⁸¹ faz uma interessante crítica ao modelo e à sua ideia integrativa. Para ele a reparação do dano é matéria do Direito Civil e não é o fato de trazê-la para o Direito Penal que a sua natureza jurídica se modificará. Hirsch afirma que o Direito Penal é um instrumento de influência sobre o autor e usá-lo para buscar a reparação do dano à vítima é atribuir um caminho “alienígena” aos fins do Direito Penal.

Com relação à ideia integrativa da Terceira Via, sustenta Hirsch que ela é “equivocada”, na medida em que num sistema jurídico desenvolvido existem várias áreas do direito (civil, administrativo) e atribuir ao Direito Penal a competência derivada para a solução geral dos conflitos teria como consequência “que todos los efectos jurídicos del delito serían de naturaleza penal”.

Hans Joachim Hirsch também questiona o que ocorreria em caso de inadimplemento da reparação dos danos. Seria aplicada uma pena privativa de liberdade ao infrator que tenha inadimplido o acordo reparatório? Não estaria, nesse caso, voltando-se à superada prisão por dívida? Se não fosse esse o caso, e como não deva ser, então a Terceira Via seria benéfica apenas para o autor do delito, já que a vítima deveria buscar a reparação inadimplida na via cível e o autor do fato ficaria sem reparar o dano e sem a pena de prisão. Nas palavras de Hirsch:

A éste le corresponde como consecuencia jurídica por el delito cometido, ya no más la condena a la pena de multa o, también, a pena privativa de la libertad. sino sólo la condena a una reparación exigible civilmente. Se habla, por tanto, de protección a la víctima en un primer plano, pero, en realidad,

⁸¹ HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño en el marco del Derecho penal material* in ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 62-67.

se persigue una mayor restricción de la reacción penal frente al autor.⁸²

Para Hirsch a Terceira Via seria um abolicionismo parcial encoberto.

A proposta de Hirsch não é uma reparação autônoma, mas uma forma suspensiva da sanção penal aplicada. Com a pena privativa de liberdade definida, o condenado poderia suspender a execução desta sanção com a reparação parcial ou total dos danos.

Segundo ele, não haveria, neste caso, o problema da prisão por dívida encontrada na Terceira Via, eis que em caso de não cumprimento a pena de prisão voltaria a ser executada, não em substituição ao inadimplemento, mas em razão dele, já que ela estava apenas suspensa. E justifica a reparação através da suspensão da pena no fato dela assegurar a prevenção geral e desenvolver os efeitos de satisfação da vítima e o tratamento igualitário entre os crimes.⁸³

Saindo um pouco das propostas, válido é perquirir e independente de qual rumo se tome, se os mecanismos restaurativos também se apresentam como uma forma de punir.

Cláudia Cruz Santos entende que a restauração é “um mal menor, por que nunca privará a liberdade, e porque é um mal aceito pelo próprio indivíduo, um mal auto-imposto, ao contrário do mal hetero-imposto que é a pena”.⁸⁴

⁸² HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño em el marco del Derecho penal material* in ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 68-70.

⁸³ “La solución adecuada de la problemática de la reparación no hay que buscarla evidentemente en la prescindencia de la pena o en las otras construcciones encionadas, sino en la suspensión de la pena a prueba y, en casos leves, amonestación con reserva de la pena” (HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño em el marco del Derecho penal material* in ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. *De los delitos y de las víctimas*. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992, p. 75-77).

⁸⁴ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 344.

Mas se a restauração também é uma pena⁸⁵ que se aplica em razão de um mal anterior (crime), aceitar esta ideia não significa aceitar a restauração também como mera retribuição?

Explica Claudia Cruz Santos⁸⁶ que “o fato de se poder ver na pena um castigo não significa que o fim da pena seja esse castigo. Inversamente, pode-se dizer que o castigo que é a pena existe para perseguir um fim, que seria a socialização e a pacificação social”.

Essa afirmativa autoriza uma série de contestações, até mesmo no que se refere ao sentido da restauração. Estaria ela mais preocupada em reparar o dano, retribuir o mal ou fazer com que as partes compreendam os motivos do conflito e, por meio do diálogo, sem coação punitiva, busquem mudar suas posturas e comportamentos futuros?

Em momento oportuno voltar-se-á ao tema. Por hora é importante frisar que a justiça restaurativa não é um modelo substitutivo ao tradicional. Os modelos punitivo e restaurativo devem “coexistir e complementar-se, pois não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite”.⁸⁷

No mesmo sentido, destaca Selma Pereira de Santana que a reparação “não é o instrumento para se excluir, genericamente, o controle

⁸⁵ “(...) vêm alguns autores defender (mas não todos) que as próprias sanções inerentes à justiça restaurativa, nomeadamente a reparação de danos, possam caber no conceito de punição, no sentido de poderem ser decretadas pelo tribunal. Refira-se desde já que em vez de falar em “sanção” temos optado pela expressão “respostas ao crime”, pois sentimos no termo “sanção” uma valoração da repressão dada à conduta ilícita levada a cabo pelo agente, quando o que se almeja no processo de justiça restaurativa (pelo menos nalguns dos seus modelos concretos, como seja desde logo o caso da mediação penal) é um acordo que, naturalmente, abarcará a consequência concreta a que o agente se deverá sujeitar; porém, não existindo (à partida, pois tudo dependerá de cada modelo em particular) uma imposição desta última, mas sim uma atitude de aceitação voluntária por parte do agente, consideramos que o termo “sanção” possa traduzir, pelo menos à primeira vista, uma ideia incorrecta quanto ao que realmente sucede no âmbito da justiça restaurativa” (Robalo, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa**: um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 90).

⁸⁶ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa**: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 352.

⁸⁷ 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. 34.

jurídico-penal. Ela apenas cria um espaço livre para a autonomia dentro dos limites desse controle e acentua o princípio da responsabilidade na restauração da paz jurídica”.⁸⁸

Desta forma, visando à justiça restaurativa também uma punição (que pode ser entendida como um mal menor, mas um mal) pode-se afirmar que ela e a justiça penal tradicional se diferem não na finalidade, mas nos meios empregados para se alcançar o fim (paz jurídica [social] e a ressocialização).

No tocante à ressocialização, parece não haver dúvida da sua impossibilidade de ser conseguida por meio do cárcere.⁸⁹ Mas, e quanto à paz⁹⁰ jurídica?

Segundo Selma Pereira de Santana,⁹¹ a paz jurídica é um “sentimento de conformação psicológica e ética, tanto por parte do autor e da vítima, quanto por parte da sociedade, principalmente quando se tenham em vista as hipóteses da pequena e média criminalidade”.

⁸⁸ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 128.

⁸⁹ Em outro momento o tema será melhor abordado.

⁹⁰ Expõe Manoela de Oliveira Lainetti que no modelo sul-africano de Justiça Restaurativa, o estabelecimento de uma solução para o conflito ocorre através de um processo que foi denominado “Pacificação”, cujo objetivo é o estabelecimento da paz diante de um conflito interpessoal, ou seja, tentar garantir que este conflito não aconteça novamente ou continue – mantendo-se o foco no futuro. Para que o conflito seja resolvido e uma convivência futura melhor alcançada, todos os participantes (os envolvidos diretamente no conflito e aqueles que são chamados para que possam contribuir com a resolução) são convidados a se engajarem em um olhar para o passado. Esse olhar não tem a intenção de encontrar culpados ou fazer julgamentos, mas de, coletivamente, fazer uma busca acerca das raízes que levaram ao conflito em questão (LAINETTI, Manoela de Oliveira. **Justiça restaurativa e transformação do laço social**: adolescência e autoria do ato infracional. p. 31. Dissertação (Mestre em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/25/TDE-2010-03-03T10:37:01Z, acessado em 18 de maio de 2015).

⁹¹ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 187.

Diverso é o pensamento de Klaus Tiedmann,⁹² que percebe a paz jurídica não no sentido fático de tranquilização da população, mas no sentido normativo, pelo “restabelecimento da autoridade da norma violada”.

Alexandre Morais da Rosa faz uma observação crítica sobre os discursos que chama de “Paz por Paz”, por serem “alienados da dimensão humana, na esperança metafísica – e muitas vezes religiosa – de uma perenidade de humanos tornados anjos, imaginariamente”. Esse projeto seria “inalcançável”, podendo fomentar, mesmo de boa-fé, “as atividades sociais totalitárias.”⁹³

Pois bem. Se a ressocialização e a paz jurídica (enquanto tranquilização social ou normativa) não são alcançadas pela pena tradicional, será mesmo necessário exigir que a Justiça Restaurativa consiga alcançar tais fins para poder ser legitimada? Não seria um equívoco exigir da Justiça Restaurativa algo que ainda não foi alcançado pelos diversos meios punitivos até então aplicados?

Talvez seja preciso admitir a impossibilidade de se conseguir a paz social ou a socialização do infrator, não pela ineficácia dos meios empregados, mas pela própria impossibilidade destes fins serem alcançados.

Se é certo que a justiça restaurativa se apresenta como algo diferente da pena tradicional, por outro lado não pode sua legitimação ser condicionada à comprovação de que consiga prevenir o crime ou ressocializar o infrator.

São muitos os que afirmam que o sistema penal (independente da espécie de pena e do meio utilizado para aplicá-la) não serve para prevenir

⁹² ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 147.

⁹³ ROSA, Alexandre Morais da. **Mediação e ECA**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 115.

criminalidade. Eugenio Raul Zaffaroni⁹⁴ tem constantemente dito que “o Direito Penal é estruturado com base em falsos dados sociais e o penalismo insiste em atribuir a ele funções e missões que não tem como desempenhar”.

Em outro escrito, denuncia que se o saber jurídico-penal decidisse ignorar a função do poder punitivo, reconhecendo sua irracionalidade e sua existência como mero *factum*, assumiria diante dele a nobre função de projetar normativamente sua contenção para preservar o estado de direito e prevenir os massacres, e recuperaria a dignidade que perdeu ao longo da história, ao justificar os mais horrorosos crimes de Estado.⁹⁵

A crítica de Zaffaroni é acertada, por destacar ser o discurso penal, antes de prevenir violência, muito mais causador e legitimador dela. E o que agrava esta situação é que a violência que esse discurso legitima é a institucionalizada, estatal.

Então, por que tentar fazer com que a justiça restaurativa tenha este objetivo se nem mesmo a pena tradicional tem?

Será que a justificação da própria pena não está equivocada? Sem entrar na análise da utilização seletiva do Direito Penal, mas apenas observando que o fim almejado não é comprovado, mesmo após anos de afirmativa teórica e tentativa prática de seu uso como moderador da violência, o certo é que a justiça restaurativa não pode seguir o mesmo caminho, repetindo os mesmos erros.

O método restaurativo possui outros benefícios, que se alcançados podem ter por efeitos a prevenção e a socialização. Mas esses efeitos são secundários, que virão caso a restauração ocorra positivamente. Assim, a prevenção e a socialização podem ser objetivos imediatos da justiça restaurativa, que virão caso o objetivo mediato seja alcançado. E isso precisa

⁹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, p. 200.

⁹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 404.

ficar muito claro para não se correr o risco de substituir um instituto (pena) por outro (reparação), na esperança que o efeito (falso) seja alcançado, quando se sabe de antemão que isso, muitas vezes, não será possível.

Por isso o método restaurativo deve ser compreendido como um mecanismo de aproximação, que possibilita o autor do crime ser visto, “dando-lhe a palavra”, pois é somente com a palavra que o sujeito pode aparecer. A “violência em nome da lei, simplesmente imposta, serve apenas para realimentar uma estrutura de irresignação que (re)volta, mais e mais”.⁹⁶

Russ Immarigeon informa que a justiça restaurativa consiste

no processo que coloca frente a frente as vítimas e os agentes dos crimes, para que estes sejam informados do crime praticado e da vitimização, aprendendo com os backgrounds uns dos outros e para que, em conjunto, se atinja um acordo sobre a “pena” a aplicar ou a “sanção de justiça restaurativa”. A justiça restaurativa devolve o conflito criminal às vítimas e aos agentes, dando-lhes o poder de formular juízos sancionatórios conjuntamente.⁹⁷

Esta aproximação entre os envolvidos no conflito também é a característica marcante da justiça restaurativa trazida por Tony Marschall, que a considera um “processo através do qual as partes implicadas numa concreta infração se reúnem para resolver em conjunto como tratar com as consequências daquela e com as suas implicações para o futuro”.⁹⁸

De outro lado, trata-se de um processo estritamente voluntário, relativamente informal, a ter lugar preferencialmente em espaços comunitários, sem o peso e o ritual solene da arquitetura do cenário judiciário e podendo ser utilizadas técnicas de mediação, conciliação e transação para se alcançar o resultado restaurativo, ou seja, um acordo objetivando suprir as necessidades

⁹⁶ ROSA, Alexandre Morais da. **Mediação e ECA**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 115-116.

⁹⁷ IMMARIGEON, Russ. *Restorative Justice, Juvenile Offenders and Crime Victims*. In: **Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime**, 1999.

⁹⁸ MARSHALL, Tony. **The evolution of restorative justice in Britain**. *EuropJCL &Crim*, 4, 1996, p. 37.

individuais e coletivas das partes para se lograr a reintegração social da vítima e do infrator,⁹⁹ como efeito secundário de todo o processo restaurativo.

Todos, de uma forma ou de outra, insistem na aproximação dos envolvidos no conflito, na fala, no entendimento, na compreensão do ocorrido e dos seus danos. Esse deve ser o objetivo da restauração, humanizar uma relação que foi desumanizada pelo crime. Alcançando isso, os efeitos serão positivos e poderão até mesmo se estender a uma pacificação comunitária e individual, que pode levar a não repetição do ato ilícito por parte do infrator, em razão da sua compreensão sobre o fato.

Até porque, como diz Eduardo Rezende Melo¹⁰⁰

o foco volta-se mais à relação do que à resposta estatal, a uma regra abstrata prescritora de uma conduta, o próprio conflito e a tensão relacional ganham um outro estatuto, não mais como aquilo que há de ser rechaçado, apagado, aniquilado, mas sim como aquilo que há de ser trabalhado, elaborado, potencializado naquilo que pode ter de positivo, para além de uma expressão gauche, com contornos destrutivos.

A dificuldade de aproximar as pessoas em conflito, numa sociedade cada vez mais distante, individualista e menos comunitária é imensa e até mesmo paradoxal: Como justificar uma aproximação pós conflito, se antes dele havia distância e indiferença?

A isso se deve um dos motivos da dificuldade de legitimar a justiça restaurativa e de obter a boa vontade dos envolvidos em estreitar os laços. Precisam, antes, entender que a restauração não pressupõe o início de um relacionamento entre autor e vítima, mas um estreitamento de intenções em

⁹⁹ PINTO, Renato Sócrates Gomes. Justiça Restaurativa: é possível no Brasil? In SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília - DF: Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005, p. 20.

¹⁰⁰ MELO, Eduardo Rezende. Justiça restaurativa e seus desafios histórico-culturais – um ensaio crítico sobre os fundamentos ético-filosóficos da justiça restaurativa em contraposição à justiça retributiva. In: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (Org.) **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 60.

resolver a situação de forma menos traumática para todos, nem que para isso seja necessário, e certamente será, “traumatizar” o infrator em seu ser.

Contudo e a ressalva precisa ser feita, imaginar que com a restauração os problemas serão superados é acreditar ser ela a “poção” mágica do combalido sistema penal. Ter uma visão evangélica da justiça restaurativa não parece apropriado, conforme sustentou John Pratt:¹⁰¹

Nós devemos notar, contudo, que essa não é a primeira vez que tal coisa aconteceu no desenvolvimento da pena moderna. Anteriores movimentos de reforma da justiça criminal assumiram qualidades ‘divinas’ similares, com seus defensores assumindo papéis evangélicos. Isso quer dizer, suas iniciativas de reforma foram projetadas como além de reprovação, resplandecendo contra a escuridão das áreas não reformadas da justiça criminal que aquelas desafiam; de fato, o criticismo é visto quase como sacrilégio, propalado por aqueles sobre os quais sua luz ainda tem de atingir.

Nem como salvadora do fracassado modelo tradicional penal, nem como uma proposta inaplicável pela ausência de uma eficiência comprovada, o método restaurativo é algo que surge com muita coerência e justamente pela sensatez da sua proposta merece ser observada com seriedade e paciência.

Agora, resta saber onde a restauração deve estar situada: dentro *ou* fora do sistema penal ou dentro e fora do sistema penal?

1.3 MOVIMENTO RESTAURATIVO NO BRASIL E EM PORTUGAL

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 98, inciso I, ao possibilitar “a conciliação e a transação em casos de infração penal de menor potencial ofensivo”, flexibilizou o princípio da obrigatoriedade da ação penal, previsto no artigo 129, inciso I, daquela constituição.

¹⁰¹ *Apud* CARLEN, Pat. **Contra o evangelismo na criminologia acadêmica**: pela criminologia como uma arte científica. Tradução de Leandro Ayres França. Revista Justiça e Sistema Criminal. V. 5, n. 9, jul./dez. 2013, Curitiba: FAE Centro Universitário, p. 108.

Assim, paulatinamente foram surgindo ideais restaurativos, a iniciar com o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990), que impulsionou a implementação da Justiça Restaurativa no Brasil, ao recepcionar a possibilidade da remissão, por meio do artigo 126, podendo o processo ser excluído, suspenso ou extinto, desde que a composição do dano seja perfectibilizada entre os envolvidos, de forma livre e consensual.

Na sequência, veio a Lei 9.099/95, que regulamenta o procedimento para a conciliação e julgamentos dos “crimes de menor potencial ofensivo”, e que possibilita a aplicação, em seu âmbito, de técnicas restaurativas, por meio dos institutos da composição civil e cujo fundamento se encontra nos artigos 72, 77 e 89.

Em 1998, com o “Projeto Jundiaí: viver e crescer em segurança”, desenvolvido em escolas de 2º grau de Jundiaí/SP, com a finalidade de “resolver casos mais difíceis” ocorridos naquelas unidades escolares e que eram enfrentadas pela via da mediação, tendo sido interrompido no ano 2000.

Em 2002 teve início a experiência na 3ª Vara do Juizado da Infância de Porto Alegre. Entre os anos de 2003 e 2004 ocorreram uma série de seminários, congressos e encontros para discutir o tema “Justiça Restaurativa”, sendo que em 2004 o Ministério da Justiça elaborou o “Projeto BRA/05/009 – Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro” e em conjunto com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) apoiou três projetos-piloto de Justiça Restaurativa que já vinham sendo desenvolvidos entre a Secretaria da Reforma do Judiciário (órgão do próprio Ministério da Justiça) e o PNUD.

De lá para cá tem sido crescente o número de varas judiciais que implementaram e vem implementando, a título de experiência, as técnicas restaurativas, destacando-se as cidades de Joinville/SC (2003 a 2009), Santana/SP (2005), São Caetano do Sul/SP (2005 a 2006), Brasília/DF (2005),

Porto Alegre/RS (2005), Heliópolis e Guarulhos/SP (2006), Belo Horizonte/MG (2006) e Campinas/SP (2008).¹⁰²

Mesmo que não haja evidências seguras de que a Justiça Restaurativa possa resolver boa parte dos problemas a que se propõe, o modelo vigente já deu reiteradas mostras de seu fracasso e de seus elevados custos sociais, o que, por si só, justifica a (re)construção de um novo modelo.¹⁰³

Apesar de toda esta movimentação, os princípios do modelo restaurativo apenas foram enunciados em abril de 2005, no “I Simpósio de Justiça Restaurativa”, mediante a Carta de Araçatuba, posteriormente ratificada pela Carta de Brasília na “Conferência Internacional Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”.

As diretrizes que surgiram a partir destes movimentos foram: 1. plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes; 2. autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas as suas fases; 3. respeito mútuo entre os participantes dos encontros; 4. co-responsabilidade ativa dos participantes; 5. atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades; 6. envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação; 7. interdisciplinaridade da intervenção; 8. atenção às diferenças e peculiaridades socioeconômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade; 9. garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito à dignidade dos participantes; 10. promoção de relações equânimes e não hierárquicas; 11. expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; 12. facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos; 13. direito ao sigilo e à confidencialidade de todas as

¹⁰² PRUDENTE, Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa e experiências brasileiras**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 41-72.

¹⁰³ SICA, Leonardo. **Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 181.

informações referentes ao processo restaurativo; 14. integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação; 15. desenvolvimento de políticas públicas integradas; 16. interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária; 17. promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas; 18. monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.¹⁰⁴

Em maio de 2015 o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) lançou a campanha nacional “Justiça Restaurativa do Brasil”, em parceria com a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), objetivando a pacificação de conflitos, bem como difundir as práticas restaurativas e diminuir a violência.

O CNJ já havia publicado a Resolução CNJ n. 125/2010,¹⁰⁵ que estimula a busca por soluções extrajudiciais para os conflitos. A campanha está organizada em quatro estágios: divulgação, mobilização institucional interna, mobilização institucional externa e estímulo as implementações de Justiça Restaurativa. As ações previstas envolvem o lançamento de um *hotsite*, confecção de peças publicitárias, divulgação da campanha nas redes sociais, formalização de parcerias institucionais e acadêmicas, mobilização interna junto às associações e tribunais, capacitação por meio da Escola Nacional da Magistratura (ENM), entre outras.¹⁰⁶

Tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 7006/2006¹⁰⁷, que visa inserir a Justiça Restaurativa no ordenamento jurídico brasileiro.

¹⁰⁴ CARTA DE BRASÍLIA. Disponível em www.mj.gov.br/reforma/eventos/conf_internacional/carta%20brasil%201072005.pdf. Acesso em 29 de maio de 2015.

¹⁰⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf, acessado em 18 de maio de 2015.

¹⁰⁶ PRUDENTE, Neemias Moretti. **CNJ e AMB lançam campanha nacional para ampliar Justiça Restaurativa.** Blog Justiça Restaurativa em Debate. Disponível em <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2015/05/cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para.html?m=1>. Acessado em 18 de maio de 2015.

¹⁰⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=67112BCAE4CDBE3B374ED62BD01C2667.proposicoesWeb1?codteor=393836&filename=PL+7006/2006, acessado em 01 de junho de 2015.

De concreto há a Lei nº 12.594/12,¹⁰⁸ que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), destinados aos adolescentes que pratiquem ato infracional, que em seu artigo 35, incisos II e III, fez-se menção expressa à autocomposição e à justiça restaurativa como os princípios a balizarem a execução das medidas socioeducativas, experiência que vem sendo adotada por algumas comarcas brasileiras.

Também há a Lei 9.099/95 (Lei do Juizado Especial), como já mencionado, que possibilita a composição entre autor e vítima nos crimes de menor potencial ofensivo, assim entendido aqueles com pena máxima de até 2 anos (aplicando-se a transação penal) e com pena mínima de até 1 ano (aplicando-se a suspensão condicional do processo).

Portanto, o direito penal brasileiro só possibilita a aplicação da Justiça Restaurativa nessas duas situações: ato infracional e crimes de menor potencial ofensivo.

Mesmo assim, em maio de 2016 o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para a implementação da prática restaurativa no poder judiciário, especificamente nessas duas situações acima informadas.

¹⁰⁸ “Art. 35. A execução das medidas socioeducativas reger-se-á pelos seguintes princípios:
I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e
IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo”.

O documento apresenta um modelo restaurativo exclusivamente judicial, cuja proposta pode ser apresentada em qualquer fase do procedimento criminal pelo Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública, pelas partes, pelos setores técnicos de Psicologia e Assistência Social e até mesmo pelo Delegado de Polícia (art. 7º).

Apesar de prever a possibilidade de participação da família, da comunidade e da Rede de Garantia de Direito Local, a prática restaurativa é realizada no curso de um procedimento criminal, que poderá ser retomado em caso de insucesso no procedimento (art. 2º § 1º, art. 8º § 4º).

O artigo 12 da Resolução até admite a possibilidade de ocorrer o procedimento restaurativo “antes da judicialização dos conflitos”, todavia pelo confronto com o artigo 7º parágrafo único, entende-se que seriam nas situações requeridas pela autoridade policial. Nesse caso, se tecnicamente o conflito não foi judicializado, já o foi capturado pelas agências de controle penal.

Em resumo, pela proposta, não há possibilidade de se aplicar o método restaurativo sem o acompanhamento estatal.

Apesar dessa iniciativa do Conselho Nacional de Justiça, o movimento ainda está em sua fase embrionária, não passando de gestos localizados e temporários, que não possuem, ainda, a força necessária para se pensar, a curto e médio prazo, em uma superação do modelo tradicional de justiça penal.

O Conselho Nacional de Justiça desenvolveu uma ampla pesquisa durante o ano de 2017, sendo que uma prévia foi divulgada em outubro de 2017, tendo sido mapeado a existência de programas em 19 (dezenove) estados do país, além de estados em que os programas se encontram em fase preparatória, sendo eles: Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Caxias do Sul, Santa Maria, Novo Hamburgo e Lajeado); São Paulo (São Paulo, Santos, Laranjal Paulista, Tatuí, Tietê); Distrito Federal (Núcleo Bandeirantes e

Planaltina); Bahia (Salvador); Pernambuco (Recife); Minas Gerais (Belo Horizonte); e Santa Catarina (Florianópolis).¹⁰⁹

Segundo a pesquisa, as técnicas mais utilizadas são os Círculos da Paz, seguidos pelos Círculos Restaurativos, pela Mediação vítima-ofensor, pelas Conferências e, começando a ganhar espaço no campo, as Constelações Familiares.

Agora, em 2018, o Relatório Analítico Propositivo da Pesquisa denominada Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário, foi divulgado.¹¹⁰

Nesse relatório é possível visualizar os movimentos restaurativos que estão ocorrendo no judiciário brasileiro¹¹¹:

Quadro 1 – Cenário da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário Brasileiro			
REGIÃO CENTRO-OESTE			
ESTADO/CIDADES	COORDENAÇÃO	OBJETIVO/ATUAÇÃO/ COMPETÊNCIA	FASE EM RELAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO
Distrito Federal	NUPECON	Juizados Especiais de competência Geral do Fórum do Núcleo Bandeirante	Processual
Goiás	Núcleo de Práticas Restaurativas	Juizado da Infância e da Juventude de Goiânia	Processual
Mato Grosso	NUPEMEC	Segunda Vara Especializada da Infância e Juventude de Cuiabá	Processual
Mato Grosso do Sul	Programa de Atendimento da Justiça Restaurativa		
(PAJUR)	Vara da Infância e Juventude de Campo Grande	Processual	
REGIÃO NORDESTE			
ESTADO/CIDADES	COORDENAÇÃO	OBJETIVO/ATUAÇÃO/ COMPETÊNCIA	FASE EM RELAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO
Bahia	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC)/ Núcleo de Justiça Restaurativa	5º e 6º Varas do Sistema dos Juizados Especiais Criminais do Largo do Tanque	Processual
Maranhão	Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa	2ª Vara da Infância e Juventude de São José do Ribamar/Projeto RestaurAÇÃO	Processual
Pernambuco	Coordenação da Infância e da Juventude/Central de Práticas Restaurativas	Juizado da Infância e da Juventude/ Juizado do Torcedor/Presídios/ Sistema Socioeducativo	Pré-processual, processual e
Pós-processual			
Piauí	Núcleo de Justiça Juvenil Restaurativa	2ª Vara da Infância e da Juventude de Teresina. Pretendem ampliar para Vara de Execução penal em parceria com a Defensoria Pública	Processual
Sergipe	Coordenadoria da Infância e Juventude/Núcleo de Práticas	Vara da Infância e da Juventude de Aracaju e de Canindé. Recentemente foi criada Comissão Executiva e	Processual

¹⁰⁹ Conselho Nacional de Justiça. **Estudo identifica justiça restaurativa emergente e carregada de mitos.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>. Acessado em 23 de outubro de 2017.

¹¹⁰ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>. Acessado em 14 de maio de 2018.

¹¹¹ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>. Acessado em 14 de maio de 2018. p. 42-44.

REGIÃO NORTE			
ESTADO/CIDADES	COORDENAÇÃO	OBJETIVO/ATUAÇÃO/ COMPETÊNCIA	FASE EM RELAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO
Acre	Núcleo da Justiça Restaurativa	1ª Vara da Infância e Juventude da Comarca de Rio Branco. Atuam nas escolas da rede Estadual de Educação com círculos restaurativos	Pré-processual
Amapá	Comarca		
de Santana	Juizado da Violência Doméstica. Foi criado recentemente Comitê de Práticas Restaurativas para formalizar a existência de uma rede de práticas restaurativas	Processual	
Pará da Infância e da Juventude	Coordenadoria Estadual		
	Vara de Infância e Juventude de Belém, e nas Comarcas de Santarém, Altamira, Paragominas e Abaetetuba. Está sendo também iniciado na 3ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher	Processual	
Rondônia	1º Juizado da Infância e da Juventude	1º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Velho, projeto piloto realizado na Escola Jânio Quadros, localizada na Zona Leste da capital	Pré-processual
Tocantins	Centro de Execuções de Penas e Medidas Alternativas (Cepema)	2ª Vara Criminal e Execuções Penais de Araguaína. Fazem Círculos de Justiça Restaurativa e de Construção de Paz	Pós-processual
REGIÃO SUDESTE			
ESTADO/CIDADES	COORDENAÇÃO	OBJETIVO/ATUAÇÃO/ COMPETÊNCIA	FASE EM RELAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO
Minas Gerais	Projeto Conciliação, Mediação e Cidadania	Vara da Infância e Juizado Especial Criminal da capital	Processual
São Paulo	Coordenadoria da Infância e da Juventude	Municípios de Guarulhos, São Paulo, Santos, Tatuí, Itajobi, Tietê, São Vicente, Laranjal Paulista, Sorocaba, Adamantina, São José dos Campos. Projetos executados nas escolas e juizados da infância dos respectivos municípios	Pré-processual

REGIÃO SUL			
ESTADO/CIDADES	COORDENAÇÃO	OBJETIVO/ATUAÇÃO/ COMPETÊNCIA	FASE EM RELAÇÃO À JUDICIALIZAÇÃO DO CONFLITO
Paraná	Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos (NUPEMEC)	CEJUSC dos municípios de Ponta Grossa e Londrina	Processual
Rio Grande			
do Sul	3ª Vara do Juizado Regional da Infância e da Juventude, que lidera o Programa Justiça Restaurativa para o Século 21	Unidades Jurisdicionais de Justiça Restaurativa: quatro na Comarca da capital (Juizados da Infância e Juventude; Vara de Execuções Criminais – Presídio Central; Vara de Execução de Penas e Medidas Alternativas; Juizado da Violência Doméstica contra Mulher) e oito em Comarcas do interior, quais sejam: Caxias do Sul (Vara de Execuções Criminais), Novo Hamburgo (Juizado da Violência Doméstica contra Mulheres), Pelotas (CEJUSC), Passo Fundo (Juizado da Infância e da Juventude), Lajeado (Juizado da Infância e da Juventude), Santa Maria (CEJUSC), Sapiranga (CEJUSC) e Guaíba (Juizado Especial Criminal)	Processual
Santa Catarina	Coordenadoria Estadual da Infância e da Juventude/ Núcleo de Justiça Restaurativa (JUSTIÇA RESTAURATIVA)	Vara da Infância e Juventude	Processual
	Justiça Federal da 4ª região	Projeto "Conciliando pela paz". Executado nas escolas	Pré-processual

Fonte: Elaborado pelas autoras desta pesquisa.

O Relatório aponta uma realidade que deturpa a ideia restaurativa no Brasil, seja pela sua incompreensão, pela utilização com finalidades distorcidas dos ideais restaurativos, seja pela ausência de qualificação dos facilitadores:

Supõe-se que existem muitas práticas que, oferecidas com o nome de Justiça Restaurativa, operacionalizem ações

conciliatórias ou de mediação que não satisfazem às exigências mínimas que caracterizam a Justiça Restaurativa. Observa-se que há um escasso oferecimento de formação qualitativa aos operadores encarregados de colocar em prática os novos ensaios de Justiça Restaurativa, sem as necessárias avaliações de seu desempenho.

Há déficit de concepção que potencialize de fato uma nova justiça, de formação e de avaliação qualitativa e continuada. Há déficit de interação e de diálogo entre as várias experiências em curso em diversas regiões do Brasil.¹¹²

Mesmo com essas agruras, o movimento restaurativo brasileiro vem aumentando significativamente, havendo algumas situações que merecem um destaque especial, como é o caso do Núcleo de Justiça Restaurativa da Extensão do 2º Juizado Criminal – Extensão Largo do Tanque, em Salvador, na Bahia/Brasil.

Segundo apurou o relatório do CNJ¹¹³, o projeto, iniciado em 2010, recebe procedimentos criminais instaurados por cinco delegacias de polícia, além das Delegacias Especializadas de Tóxicos e Entorpecentes (DTE), de Proteção ao Idoso, da Criança e da Juventude e de Apoio ao Turista, além das ocorrências do próprio Juizado Especial Criminal ou as encaminhadas pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, configurando-se no “espaço de Justiça Restaurativa com maior volume de casos atendidos, tendo em vista a competência territorial que o Juizado Criminal – Extensão Largo do Tanque”, bairro esse em situação de vulnerabilidade, com cerca de 1 milhão e 200 mil habitantes, situado no meio de vários aglomerados da cidade de Salvador.

Em Portugal, a justiça restaurativa se encontra em um estágio mais avançado, tendo sua aplicação iniciada com menores e, posteriormente, com os maiores infratores. Foi a Lei de Protecção de Crianças e Jovens em Perigo e da Lei Tutelar Educativa, que possibilitou “orientar e adequar as medidas

¹¹² Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>. p. 38. Acessado em 14 de maio de 2018.

¹¹³ Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/04/7697d7ac45798202245f16ac41ddee76.pdf>. p. 274. Acessado em 14 de maio de 2018.

aplicadas às problemáticas apresentadas. Distinguem-se, a partir de então duas leis, uma para menores em perigo, outra para menores delinquentes”.¹¹⁴

Contudo, essa lei, bem como a destinada a adultos, não detalha a aplicação, prevendo, apenas, “a mediação penal possa ser desenvolvida por entidades neutras no âmbito de um processo, sob autorização de autoridade judicial”.¹¹⁵

Em 2007, surgiu a Lei nº 21/2007, criando “o regime de mediação penal em processo penal”, destinado aos infratores adultos, a qual veio por força do artigo 10º da Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia relativo ao Estatuto da Vítima em Processo Penal, que obriga os Estados-Membros a implementar mecanismos de mediação nos seus ordenamentos jurídicos.

Observe-se as principais características desta lei:¹¹⁶

Podem ser encaminhados para mediação processos por crimes contra as pessoas e por crimes contra o património, semipúblicos e particulares, puníveis com pena de prisão igual ou inferior a 5 anos de prisão ou com pena de multa, com excepção dos casos em que a vítima é menor de 16 anos, quando o arguido é uma pessoa colectiva ou quando se trata de crimes contra a liberdade ou a autodeterminação sexual;

Caso tenham sido recolhidos indícios de se ter verificado crime e de que o arguido foi o seu agente, pode o Ministério Público em qualquer momento da fase de inquérito, se entender que desse modo se pode responder adequadamente às exigências de prevenção, remeter o processo para mediação, disso dando conhecimento à vítima e ao arguido;

¹¹⁴ COSTA, Sonia Isabel Teixeira. **Mediação Penal e Justiça restaurativa. O debate em Portugal.** Dissertação de Mestrado em Sociologia, pelo Instituto Universitário de Lisboa, outubro de 2009. p. 12. Disponível em https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2445/1/tese%20mestrado_v%20final%20SC.pdf. Acessado em 02 de outubro de 2017.

¹¹⁵ COSTA, Sonia Isabel Teixeira. **Mediação Penal e Justiça restaurativa. O debate em Portugal.** Dissertação de Mestrado em Sociologia, pelo Instituto Universitário de Lisboa, outubro de 2009. p. 12. Disponível em https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/2445/1/tese%20mestrado_v%20final%20SC.pdf. Acessado em 02 de outubro de 2017.

¹¹⁶ Mediação Vítima-infractor em Portugal. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal. Acessado em 02 de outubro de 2017.

A mediação pode também ser requerida pela vítima ou pelo infractor;

Não resultando da mediação acordo ou se o processo de mediação não estiver concluído no prazo de 3 meses (prorrogável por mais 2 meses por solicitação do mediador, em caso de forte probabilidade de acordo), o mediador informa disso o Ministério Público, prosseguindo o processo penal;

A assinatura de acordo equivale a desistência de queixa por parte da vítima e à não oposição por parte do arguido, podendo aquela, caso o acordo não seja cumprido no prazo fixado, renovar a queixa no prazo de um mês, sendo reaberto o inquérito;

O acordo não pode incluir deveres cujo cumprimento se deva prolongar por mais de 6 meses;

Nas sessões de mediação, os intervenientes devem comparecer pessoalmente, podendo fazer-se acompanhar de advogado;

O teor das sessões de mediação é confidencial, não podendo ser valorado como prova em processo penal;

Pelo processo de mediação não há lugar ao pagamento de custas;

Já em 2009, foi editado o Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade (Lei nº 115/2009), que prevê a aplicação da justiça restaurativa na execução penal, notadamente no seu artigo 47, item 4: “4 - O recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido”.

A participação conta para a flexibilização da pena, conforme anuncia o item 6, do mesmo artigo: “6 - A participação do recluso em programas é tida em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena”.

Percebe-se que Portugal apresenta métodos restaurativos judicializados para menores e adultos (fase processual e execução da pena), ausente qualquer proposta de restauração comunitária, assim como no Brasil.

Diante disso, o capítulo segundo mergulhará na literatura, no cinema e na filosofia, buscando analisar o desvio por meio da paralaxe e da teoria mimética, a fim de compreender suas possíveis causas e consequências, justificando, mais ainda, a necessidade de superar o atual sistema punitivo penal, apresentando uma proposta centrada no método restaurativo comunitário.

CAPÍTULO 2

CONFLITOS FORA DO SISTEMA PENAL E O MÉTODO RESTAURATIVO COMUNITÁRIO

O conflito é um fenômeno social que tem sido estudado por vários ramos da ciência, cada qual buscando apresentar as causas e soluções para seu controle e possível diminuição.

Esse conflito, que pode ou não ser crime, a depender da opção político-jurídica adotada pelo Estado, é uma realidade que pré-existe à criminalização.¹¹⁷

Suas causas são múltiplas, variadas e nenhum saber pode ter a pretensão de apresentar uma resposta definitiva, o que seria arbitrário e ilusório. A probabilidade é que cada ramo (sociologia, psicologia, psiquiatria, medicina, criminologia etc.) contribua, a seu modo, para a tentativa de compreender esse fenômeno. Há desvios que podem ser explicados pela sociologia, outros que encontram uma plausível explicação nas ciências médica e psicológica, já outros que não são alcançados pelos saberes tradicionais, necessitando de intervenções multidisciplinares.

Explica Zaffaroni¹¹⁸ que “na realidade social existem condutas, ações, comportamentos que importam conflitos que se resolvem de um modo comum institucionalizado, mas que isoladamente considerados possuem significados sociais completamente diferentes”.

Esses significados sociais dificilmente conseguem ser captados, senão pela multidisciplinaridade científica, daí porque, afirma-se, não haver uma explicação estanque para o desvio.

¹¹⁷ No capítulo terceiro será abordada a relação entre o desvio e a criminalização.

¹¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 57.

Essa percepção variada só é possível a partir de uma visão que se mova, que procure observar os fatores múltiplos que possam contribuir para o surgimento do ato desviante. Pensar em extirpá-lo é um radicalismo injustificado. Controlá-lo é o que se busca incessantemente, em nome de uma abstrata “paz social”, mas, talvez, o essencial é tentar compreendê-lo e isso exige uma mudança de lugar do observador.

Esse trabalho irá abordar o desejo mimético, como causa de muitos desvios. A proposta, aqui, não é afastar ou negar a contribuição de outras teorias, mas somar-se a elas.

O aprofundamento no tema será necessário pelo fato do desejo mimético, enquanto uma causa do desvio, só ser percebido por meio de um olhar diferenciado e cuidadoso, que exige do próprio desviante uma postura de auto-conhecimento e reflexão.

Por ser um mecanismo que precisa ser compreendido pelo sujeito, ele segue um caminho diferente das demais teorias, já que a prevenção do desvio, quando entendida a motivação mimética, exige uma quebra do padrão que só pode ser feita pelo próprio sujeito.

Como será visto, o desejo mimético, para ser entendido, exige, acima de tudo, um esforço do desviante a compreender-se, desmotivando-o a delegar a responsabilidade para questões sociais, biológicas, políticas etc. Esse movimento é possível por meio da restauração, método que contribuiu para que o sujeito possa ter a consciência da mimese, não apenas atribuindo para fatores exógenos a causa do desvio.

Em resumo, pensa-se que os métodos restaurativos são mais eficientes quando utilizados nos desvios (criminalizados ou não), que tenham relação com o desejo mimético, não que as demais causas não possam servir-se da restauração. A ideia não é de exclusão ou predileção, mas de apresentar um caminho a mais para buscar a pacificação das relações, quando possível.

Esse caminho passa pela compreensão do papel do sujeito no plano coletivo e individual, nas relações com a massa e com ele próprio.

A justificativa para a escolha da mimese, como uma das causas da violência, a ser aqui pesquisada parte, também, dos resultados da pesquisa em Psicologia Social, feita por Susan Fiske, da Universidade de Princeton. Ela descobriu “o poder das circunstâncias interpessoal”, que se resume em como as pessoas influenciam umas a outras, para o bem ou para o mal, numa conduta de imitação ou mimese.¹¹⁹

O experimento de Stanford, a ser analisado no capítulo 4, também é um exemplo desse processo de imitação, onde em apenas poucos dias no interior de um ambiente prisional simulado, jovens sadios desenvolveram sintomas patológicos que refletiram extrema tensão, frustração e desamparos enquanto prisioneiros. Já outros, que desenvolveram o papel de guardas, abusaram arbitrariamente e sem motivos, dos prisioneiros. Uma prisão fictícia, em menos de uma semana, transformou-se em um ambiente de prisão real. Uma imitação coletiva.

2.1 NEOTRIBALISMO E O IMAGINÁRIO SOCIAL

O processo de modernização do Estado surgido com a Revolução Francesa e a Revolução Industrial, trouxe uma série de avanços jurídicos e sociais indiscutíveis. Estes movimentos, que tiveram por pressupostos a ascensão da burguesia e a manutenção da burguetização e burocratização¹²⁰ do Estado, ao tempo que maximizaram o individualismo, foram fatores importantes para a desestabilização do coletivo, procurando fortalecer o indivíduo em detrimento do social.

¹¹⁹ Taylor, S. E., & Fiske, S. T. (1978). Salience, attention, and attribution: Top-of-the-head phenomena. In L. Berkowitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology* (Vol. 11, pp. 249-288). New York: Academic Press. Second most-cited in 1982 SSCI, of articles from 1977 to 1981; D. Perlman (1984) *Personality and Social Psychology Bulletin*, 10, 493-501.

¹²⁰ Explica Giddens que a burocracia é associada à formalidade, à ineficácia e ao desperdício, mas também é vista como a forma de organização mais eficaz que os seres humanos desenvolveram, dado todas as tarefas serem reguladas por regras de procedimento escritas (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 350).

A racionalidade, como elemento crucial do Estado Moderno, fragilizou as relações sociais, tornando-as desinteressantes. Esse excesso de individualismo refletiu nos ambientes jurídico, econômico, escolar e familiar, tanto positivo como negativamente, já que “o progresso pode converter-se em autodestruição dos vários núcleos sociais”.¹²¹

Referidos movimentos criaram, cada um ao seu modo, direitos individuais e instrumentos legais para garanti-los, mas também fizeram do Estado um interventor da vida privada, com, por exemplo, a criminalização do cotidiano.¹²²

A Revolução Industrial também possibilitou que uma parcela grande da população tivesse acesso aos bens de consumo, mas, em contrapartida, fez do consumo a eminência parda (negativa) a corroer as relações. Levou o ensino às crianças, mas priorizou o ensino técnico ao humanístico.¹²³ Permitiu o acesso da família ao que se pode chamar de dignidade material, contudo fragilizou o contexto familiar.

Uma reflexão é necessária. A modernização reflexiva, termo usado por Ulrich Beck e já abordado no capítulo 1, pressupõe uma (auto) destruição criativa de toda uma época da sociedade industrial. Neste sentido, a modernização simples significa a desvinculação e a revolução das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais, enquanto a modernização

¹²¹ BECK, Ulrich. *La reinvencción de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva*. BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madrid: Alianza Editorial 1997, p. 15.

¹²² A punição tornou-se mais sistemática na era industrial. A prisão moderna surgiu com a finalidade de lidar com os indivíduos que perturbavam a nova ordem social (GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 357).

¹²³ Precisa advertência fez Einstein sobre a educação escolar: “Os excessos do sistema de competição e de especialização prematura, sob o falacioso pretexto de eficácia, assassinam o espírito, impossibilitam qualquer vida cultural e chegam a suprimir os progressos nas ciências do futuro. É preciso, enfim, tendo em vista a realização de uma educação perfeita, desenvolver o espírito crítico na inteligência do jovem. Ora, a sobrecarga do espírito pelo sistema de notas entrava e necessariamente transforma a pesquisa em superficialidade e falta de cultura. O ensino deveria ser assim: quem o receba o recolha como um dom inestimável, mas nunca como uma obrigação penosa” (EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade, 11 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981, p. 16).

reflexiva é a desvinculação e a revinculação das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade.¹²⁴

Para Beck, a reflexão da modernidade necessita da individualização, que não significa atomização, isolamento, solidão, desconexão, e não pode ser confundida com o individualismo próprio do modernismo burguês, mas sim o processo de desvinculação e de revinculação a novas formas de vida da sociedade industrial em substituição às antigas, em que os indivíduos devem produzir e representar por si mesmos suas próprias biografias.¹²⁵

Esta desvinculação é a ruptura com o sistema tradicional familiar, laboral e social. É uma nova forma de organizar a vida, sem a obrigação de se vincular aos modelos tradicionais, voltando-se ao estado de bem-estar, nele estando inserido o sistema educativo, o mercado de emprego, os direitos sociais e até mesmo a constituição da família. A desvinculação é a desintegração das certezas da sociedade industrial e a vontade de buscar novas certezas para si mesmo e para quem carece delas.

O estado de bem-estar pressupõe o sujeito como produtor e ator de sua própria história, identidade, relações sociais etc.

A individualização, que também não pode ser confundida com individualidade, não é a livre decisão do indivíduo, mas, como dito, ela se inter-relaciona buscando o bem-estar coletivo. A biografia do indivíduo é feita “a partir da observação da vontade pessoal (biografía de elección) e não por imposição do tradicionalismo social”.¹²⁶

¹²⁴ BECK, Ulrich. *La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva:** política, tradición y estética em el orden social moderno. Madri: Alianza Editorial 1997, p. 14-15.

¹²⁵ BECK, Ulrich. *La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva:** política, tradición y estética em el orden social moderno. Madri: Alianza Editorial 1997, p. 28.

¹²⁶ BECK, Ulrich. *La reinención de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva:** política, tradición y estética em el orden social moderno. Madri: Alianza Editorial 1997, p. 30.

Em Beck, a individualização, ao tempo que pressupõe a desintegração das certezas da sociedade industrial, impulsiona a busca de novas interdependências, inclusive globais. Daí que a individualização e a globalização são duas facetas do mesmo processo da modernização reflexiva.¹²⁷

Nessa concepção, os sujeitos individualizados são aqueles dedicados à bricolagem de si mesmos e de seu mundo. Eles são construídos mediante uma completa interação discursiva muito mais aberta que a do modelo tradicional funcionalista.

“Estamos intoxicados”, é o diagnóstico de Edgar Morin¹²⁸. Seja pela obsessão permanente do lucro, do quantitativo, do calculável, do cifrável, seja pela rotina da cidade, pelo ritmo opressor do trabalho, tudo *linkado* ao consumismo, que transforma o supérfluo em necessário e os antigos luxos em necessidades, estimula a obsolescência rápida dos produtos, a promoção do descartável em detrimento do sustentável, a sucessão acelerada da moda, o incentivo permanente do novo e a preocupação individualista de *status* social, gerando frustrações psicológicas e morais que somente encontram “consolo” passageiro na compra e no abuso de bebidas, alimentos e objetos sem utilidades.

De certa forma a reflexão da modernidade, cujo processo se desempenha por meio da individualização, aproxima-se com o neotribalismo proposto por Michel Maffesoli. Apesar de usar o termo desindividualização, o que poderia aparentar uma oposição à individualização de Beck, Maffesoli confere à expressão um sentido semelhante à individualidade daquele.

Um exemplo é a distinção que Maffesoli faz do social e da socialidade, sendo o primeiro uma estrutura mecânica da modernidade, formada por uma organização econômica e política, com predominância do individualismo, onde

¹²⁷ BECK, Ulrich. *La reinvencción de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madri: Alianza Editorial 1997, p. 29.

¹²⁸ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

os indivíduos¹²⁹ exercem uma função. De outro lado a socialidade é uma estrutura complexa ou orgânica da pós-modernidade, onde a massa, formada por pessoas que possuem papel, formam os microgrupos, denominados de tribos.

Não se pode pensar que a individualidade trazida pela modernidade e a massa social ocupem locais opostos. Pelo contrário. Apesar de aparentemente o individualismo moderno traduzir isolamento e a massa apontar para uma ideia de “indivíduos em relação”, ambas se assemelham enquanto opositoras à ideia de coletividade e de interação.

Para Baudrillard¹³⁰ a massa caracteriza-se por ser um conjunto no vácuo de partículas individuais, de resíduos do social e de impulsos indiretos, opaca nebulosa cuja densidade crescente absorve todas as energias e os feixes luminosos circundantes, para finalmente desabar sob seu próprio peso. Buraco negro em que o social se precipita.

Só se comportam como massa aqueles que estão liberados de suas obrigações simbólicas, “anulados” (presos nas infinitas “redes”) e destinados a serem apenas o inumerável terminal dos mesmos modelos, que não chegam a integrá-los e que finalmente só os apresentam como resíduos estatísticos. A massa é sem atributo, sem predicado, sem qualidade, sem referência, termina Baudrillard.

Com isso, afirma não existir massa de camponeses, de trabalhadores, ou de presos, pois para isso deveriam todos os integrantes estarem liberados de suas obrigações. Estes movimentos, pelo contrário, lutam por ideais.

Massa e multidão não se confundem. A massa é “amorfa, manipulável, antipolítica e autoritária”, enquanto a multidão é política e não manipulável, e

¹²⁹ Maffesoli trabalha a categoria indivíduo diferentemente de Morin. Para Maffesoli indivíduo é aquele que se relaciona com as instituições na modernidade, diferente das pessoas, categoria da pós-modernidade, que se afasta da lógica da individualidade e se aproxima da lógica da emocionalidade.

¹³⁰ BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas: O fim do social e o surgimento das massas** Brasília: Editora Brasiliense, 1985, p. 6.

além de preservar a alteridade, é feita de “singularidades que se expressam politicamente em busca do comum”.¹³¹ A Massa dessubjetiva o ser, onde cada um deixa de ser um. Na massa encontra-se um conjunto dominável de pessoas, enquanto a multidão, por não precisar de um líder, é revolucionária, por que nela sobrevive a subjetividade.¹³²

Há, portanto, um fim (ou não-fim) comum que liga os indivíduos que formam a massa. Para Freud¹³³ a psicologia das massas trata do indivíduo como membro de uma tribo, um povo, uma casta, uma classe, uma instituição ou como elemento de um grupo de pessoas que, em certo momento e com uma finalidade determinada, se organiza numa massa, cuja ligação entre ela e seu líder se dá por meio da libido.¹³⁴

A libido de Freud “é uma expressão tomada da teoria da afetividade”, o que, de certa forma, tem relação com a “comunidade emocional” trazida por Maffesoli.

A literatura¹³⁵ é rica em exemplos desta relação entre o homem e o coletivo.

No conto *O homem da multidão*¹³⁶ (multidão no sentido de massa) de Edgar Allan Poe, um homem passa a observar o cotidiano da cidade de Londres pelas janelas de uma cafeteria, destacando o papel de cada um dos

¹³¹ TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 51.

¹³² TIBURI, Márcia. **Filosofia prática**: ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 173-174.

¹³³ FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 36-37.

¹³⁴ FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 74.

¹³⁵ O Movimento Direito e Literatura surgiu nos Estados Unidos, sendo John Wigmore e Benjamim Cardozo considerados os fundadores. Para Joana Aguiar e Silva, o direito como literatura “é um projeto que explora vários caminhos possíveis a partir da analogia dos fenômenos jurídicos e literário, fazendo sobressair os momentos em que os dois se tocam diretamente” (SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2004, p. 13). Sobre o tema, ver SILAS FILHO, Paulo. **O direito pela literatura**: algumas abordagens. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

¹³⁶ POE, Edgar Allan. **Os melhores contos de Edgar Allan Poe**. São Paulo: Círculo do Livro, 1989.

transeuntes a partir dos caracteres individuais que apresentam, desde a vestimenta até seus semblantes:

De início, minha observação assumiu um aspecto abstrato e generalizante. Olhava os transeuntes em massa e os encarava sob o aspecto de suas relações gregárias. Logo, no entanto, desci aos pormenores e comecei a observar, com minucioso interesse, as inúmeras variedades de figura, traje, ar, porte, semblante e expressão fisionômica.

Tudo ia bem até que o observador percebe o semblante de um velho decrépito, de uns 65 anos de idade, fazendo nascer nele, “de modo confuso e paradoxal”, as ideias de “vasto poder mental, de cautela, de indignância, de avareza, de frieza, de malícia, de ardor sanguinário, de triunfo, de jovialidade, de excessivo terror, de intenso e supremo desespero” que aquele desconhecido transmitia.

Levado a saber mais sobre o homem misterioso, passou a segui-lo pela cidade. Percebeu que o homem se limitava a andar de um lado para o outro, sempre em busca da multidão, assim fazendo dia e noite sem fim.

O conto autoriza inúmeras interpretações, talvez tantas quantos forem os leitores (René Girard). É um conto que busca refletir o coletivo moderno e ao mesmo tempo a moderna solidão coletiva.

Do conto pode-se extrair a ideia de que a massa é uma condição para a existência do ser andante, que vaga pela cidade a procura do movimento, do aglomerado. Ao tempo que ele precisa da massa para sentir-se, evita qualquer contato com as pessoas que cruzam por ele. O coletivo é o que lhe dá sentido de existência, mas uma existência isolada, desubjetivada (Márcia Tiburi). Procura a multidão, mas esta inserção não o faz menos solitário.

A percepção da individualidade se dá a partir do outro (por isso busco o coletivo, onde a minha individualidade se destaca para mim). Contudo o coletivo, por si só, não o impulsiona a sair da solidão. Não é fazer parte da massa que se torna alguém com ramificações coletivas.

O homem da multidão se deixa levar pelo fluxo contínuo dos demais passantes. Para não perder o trilho da massa, se autoriza a andar por locais de diferentes tonalidades morais e comportamentais. Um indicativo de que pela busca do andar coletivamente, do fazer parte de algo, mesmo que abstratamente, não se da conta dos caminhos e trajetos que se permite andar.

O homem na massa é um ser levado pelo ritmo (ou se deixa levar) da cidade. Um ser que não pensa, não vive, não sente, não ama, apenas faz parte. Está mas não está, é um ser isolado coletivamente. Ele pode apenas se imiscuir na massa para fugir de sua individualidade e aí a reflexão é toda inversa à até aqui exposta.

Le Bon¹³⁷ apresenta, como características da massa, a existência de um sentimento de invencibilidade, que permite ao indivíduo ceder a instintos, que se estivesse sozinho teria reprimido - e o contágio mental, que orienta a massa, fazendo o indivíduo sacrificar interesse pessoal em detrimento do coletivo que participa e o poder de sugestão.

E como características do indivíduo na massa, Le Bon indica como caracteres o desaparecimento da personalidade consciente, o predomínio da personalidade inconsciente, a orientação dos pensamentos e sentimentos na mesma direção por meio da sugestão do contágio, tendência à exceção imediata das ideais sugeridas.

Em suma, o indivíduo não é mais ele mesmo, tornando-se um autômato sem vontade. Deixa de ser único, para desintegrar-se na massa e só pelo fato de pertencer a ela, o homem desce vários graus na escola da civilização. Isolado seria talvez um indivíduo culto, na massa é um ser instintivo, um bárbaro.¹³⁸

¹³⁷ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Coleção Pesnadores, Delraux, 1980, p. 14- 15.

¹³⁸ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Coleção Pesnadores, Delraux, 1980, p. 15.

Freud¹³⁹, neste contexto, explica que estes sintomas correspondem a uma “atividade psíquica primitiva”, já que a massa é “extraordinariamente influenciável e crédula e desprovida de crítica”.

Para Jung¹⁴⁰, “o indivíduo na multidão¹⁴¹, torna-se facilmente uma vítima de sua sugestionabilidade” e Sartre¹⁴², com precisão, salientou que enquanto imerso na situação histórica, o homem sequer chega a conceber as deficiências e faltas de uma organização política ou econômica determinada, não porque ‘está acostumado’, como tola mente se diz, mas porque se apreende em sua plenitude de ser e nem mesmo é capaz de imaginar que possa ser de outro modo.

Sustentou Durkheim que a vida coletiva não deriva da vida individual, apesar de estarem intimamente relacionadas. Mas se a segunda não pode explicar a primeira, ela pode, ao menos, facilitar sua explicação. O grupo pensa, sente e age de maneira bem diferente do que o fariam seus membros, se estivessem isolados.¹⁴³

Zizek¹⁴⁴ faz uma interessante observação, indicando que tanto o isolamento individual como a imersão do indivíduo na massa excluem a intersubjetividade, o encontro com o Outro. Note-se que mesmo no coletivo massificado não há o “diálogo” necessário entre os indivíduos.

A ressalva de Lacan é pertinente. Segundo ele, a pretensa obediência “inconsciente” “forçada” ou “intuitiva” do primitivo à regra do grupo é uma concepção etnológica, fruto de uma insistência imaginária que lançou seu

¹³⁹ FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014. p. 50 e 130.

¹⁴⁰ JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 129.

¹⁴¹ Leia-se massa.

¹⁴² SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. 10 ed., Petrópolis: Vozes, 2001, p. 538.

¹⁴³ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 106-113.

¹⁴⁴ ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões**. Tradução de Miguel Serras Pereira, São Paulo: Boitempo, 2014, p. 38.

reflexo sobre muitas outras concepções das “origens”, porém tão mítica quanto elas”.¹⁴⁵

É que longe de ser manipulada, como se acredita normalmente, a massa determina-se por conta própria, ou, ao menos, segue modas que não obedecem somente aos simples cálculos racionais e preditivos de autoridades dominadoras. Para Maffesoli¹⁴⁶ a massa segue determinadas tendências de pensamento e comportamento por sentir-se laureada em uma sintonia coletiva não percebida, sem que isso tenha sido planejado ou propositadamente incentivado por alguma “autoridade dominadora”. Não que a massa não seja manipulada, mas essa manipulação ocorre pelo aproveitamento de um comportamento coletivo já existente.

Ao constituírem uma multidão os indivíduos passam a ter uma alma coletiva, que os fará sentir, pensar e agir de maneira diferente de como sentiam, pensavam e agiam cada um isoladamente. Na alma coletiva desaparecem as aptidões intelectuais dos homens, bem como suas individualidades, e as qualidades inconscientes passam a dominar.¹⁴⁷

O retorno à tribo, seja pela maior interação discursiva e relacional, fortalece o coletivo, onde este é o “polo englobante” e a aquele o “polo de cristalização particular”.¹⁴⁸ Mas alerta Maffesoli que esta volta à tribalização não significa conviver em um ambiente absolutamente diverso da cidade, pois há um imaginário da cidade, do espaço, que suscita imaginários tribais, nos quais o fantasma, o desejo, a nostalgia, a utopia tem a sua parte, não podendo ser desprezado.¹⁴⁹

¹⁴⁵ LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 128.

¹⁴⁶ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 89.

¹⁴⁷ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Coleção Pesnadores, Delraux, 1980, p. 12-13.

¹⁴⁸ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 176.

¹⁴⁹ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 190.

A metáfora da tribo, por sua vez, permite dar conta do processo de desindividualização, da saturação da função que lhe é inerente, e da valorização do papel que cada pessoa (persona) é chamada a representar dentro dela. É uma proposta de superação da “burguesia, onde predomina a razão, o progresso, a fé no futuro, baseada no individualismo, por uma cultura alicerçada no sentimento partilhado”.¹⁵⁰

É o caminho ao outro, denominado por Márcia Tiburi de ética. Esta que pode ser compreendida pelo campo da experiência das relações, pela prática do espírito que concerne à relação com o que é diferente de mim, com o que não é mais simplesmente particular. Ética, que não existe sem diálogo, é a ação contra o esvaziamento do pensamento, da ação e das emoções.¹⁵¹

Premente é a necessidade do indivíduo voltar-se ao(s) grupo(s) que pertence, colaborando e tendo a colaboração dos demais na construção da História do mundo, que terá a sua história como parte integrante e constitutiva daquela. Neste movimento a identidade é formada a partir das suas interações sociais, onde cria as várias personas, constituindo-se, assim, em pessoa com múltiplos papéis perante a comunidade. As tribos, afirma Maffesoli, tem como cimento principal “uma emoção ou uma sensibilidade vivida em comum”.¹⁵²

Quando Maffesoli diz que a volta ao tribalismo é o retorno do individualismo ao viver coletivamente e que o neotribalismo é heterodoxo e flexível, onde a pessoa não fica vinculado a um grupo, mas em vários e que sua constituição e visão de mundo perpassa por inúmeras realidades coletivas, se aproxima da afirmação de Nietzsche de que “somos determinados por diversas morais”.¹⁵³

¹⁵⁰ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 208.

¹⁵¹ TIBURI, Márcia. **Filosofia prática**: ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 26-28.

¹⁵² MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 42.

¹⁵³ NIETZSCH, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 154.

O tribalismo está no centro do trabalho de Maffesoli, porém o seu estudo é precedido pelas noções de comunidade emocional, de potência e de socialidade.

Para o autor a razão tem muito pouco a ver com a elaboração e a divulgação das opiniões e muito mais com os mecanismos de contágio do sentimento,¹⁵⁴ ou da emoção, vividos em comum. Independente da denominação dada (emoção, sentimento, mitologia, ideologia) a sensibilidade coletiva, ultrapassando a atomização individual, suscita as condições de possibilidades para uma espécie de “aura” que vai particularizar tal ou qual época.¹⁵⁵

É possível fazer uma ligação entre o que Maffesoli chama de “aura” com o imaginário de Lacan, não que se aproxime deste. A aproximação, percebe-se, é mais para o inconsciente coletivo de Jung.

O imaginário em Lacan desempenha um papel tão eminente quanto na ordem dos comportamentos sexuais. E, diz Lacan, no homem, é sempre neste plano, e principalmente neste plano, que nos encontramos face a este fenômeno. Assim, continua, um comportamento pode ser imaginário quando seu direcionamento sobre imagens sobre seu próprio valor de imagem para outro sujeito o torna suscetível de deslocamento fora do ciclo que assegura a satisfação de uma necessidade natural. De fato, é preciso lembrar que o imaginário está longe de se confundir com o campo do analisável, e que, por outro lado, pode haver outra função que não a imaginária.¹⁵⁶

¹⁵⁴ O contágio de sentimento relaciona-se com o mimetismo apresentado por René Girard e que será trabalhado adiante.

¹⁵⁵ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 19-20.

¹⁵⁶ LACAN, Jacques. **O simbólico, o imaginário e o real**: Conferência de 08 de julho de 1953 na Sociedade Francesa de Psicanálise. Tradução de Paulo Roberto Medeiros e Jacques Bourgeois, Texto Publicado na Revista Veredas nº 4.

Maffesoli¹⁵⁷ contribui com a ideia de que o imaginário não pode ser visto como algo oposto ao real, ao verdadeiro. O imaginário não é uma ficção. Explica que as categorias imaginário e simbólico de Lacan são conceituadas em excesso, justificando esta afirmativa no fato de Lacan ter ido estagiar em Zurique, ocasião em que buscou uma aproximação a Jung. Essa trajetória tentou ser escondida na França, fazendo-se de Lacan um herdeiro de Freud. Contudo, para Maffesoli, Lacan foi influenciado por Jung em temas estranhos ao freudismo, mas para manter-se na verdadeira tradição freudiana, Lacan racionalizou o inconsciente e a noção de imaginário que havia aprendido de Jung. Acabou por separar em categorias, resultado da necessidade racionalista de disjunção.

Em suma, Lacan teria traduzido os termos de Jung ao modelo do freudismo, racionalizando Jung e em consequência a ideia de imaginário. Lacan teve uma intuição, a da força do imaginário, que se perdeu na medida em que sua tradição intelectual o obrigou a racionalizá-la. A racionalização, completa Maffesoli, significa tornar rígido e com isso tirou-se do imaginário sua essência.

O conceito de imaginário trazido por Maffesoli é o apresentado por Gilbert Durand: é a relação entre as intimações objetivas (limites que a sociedade impõe a cada ser) e a subjetividade. Relação entre as coerções sociais e a subjetividade. Com palavras próprias diz que o imaginário tem algo de imponderável e é o estado de espírito que caracteriza um povo. Ele permanece uma dimensão ambiental, uma atmosfera, uma aura. O imaginário é uma força social de ordem espiritual, uma construção mental, que se mantém ambígua, perceptível, mas não quantificável. A aura não pode ser vista, mas pode ser sentida. O imaginário é algo que ultrapassa o indivíduo, que impregna o coletivo ou parte dele.

¹⁵⁷ MAFFESOLI, Michel. **O imaginário é uma realidade.** Revista FAMECOS, Porto Alegre, nº 15, agosto de 2001, p. 74-82. Entrevista concedida a Juremir Machado da Silva, em Paris, em 20/3/2001.

Maffesoli denomina o imaginário pós-moderno de tribalismo,¹⁵⁸ pois o “meu” o “seu” imaginário corresponde ao imaginário de um grupo no qual o sujeito se encontra inserido. O imaginário não é apenas a cultura de um grupo, mas a aura que a ultrapassa e alimenta. Por isso que ele não é estanque, mantendo sempre um vai e vem entre as intimações objetivas e a subjetividade, já que uma abre brecha na outra.

Não é a imagem que produz o imaginário, mas o contrário. É a existência de um imaginário que determina a existência de conjuntos de imagens. A imagem não é o suporte, mas o resultado. O imaginário, difícil de ser definido, apresenta um elemento racional, ou razoável, mas também outros parâmetros, como o onírico, o lúdico, a fantasia, o imaginativo, o afetivo, o não-racional, o irracional, enfim, as construções mentais potencializadoras das chamadas práticas.

O imaginário é também a aura de uma ideologia, pois além do racional que a compõe, envolve uma sensibilidade, o sentimento, o afetivo. Quem adere há uma ideologia, imagina fazê-lo por razões necessárias (razão), não se dando conta de outros componentes que endossaram esta escolha, como o desejo de estar junto, o lúdico, o afetivo. Desta forma é que o imaginário, em Maffesoli, é ao mesmo tempo impalpável e real.

A aura de um local pode ser diferente do local real e dos indivíduos que ali residem. O bairro de Nova York destila talento, ainda que apoiado na “ausência de talento dos indivíduos”.¹⁵⁹

É a aura um valor englobante, chamada por Maffesoli de transcendência imanente,¹⁶⁰ que serve de estrutura vinculante aos diversos grupos que

¹⁵⁸ Tribalismo não é comunitarismo. A adesão a uma tribo não é exclusiva, podendo pertencer a várias tribos. O tribalismo é um sentimento de vinculação, ora com um coletivo, ora com outro (MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 150).

¹⁵⁹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 34.

¹⁶⁰ “Os grupos se fundamentam da transcendência do indivíduo, o que denomina de transcendência imanente, isto é, “aquilo que ao mesmo tempo ultrapassa os indivíduos e brota

participam do mesmo espaço-tempo. É essa força que ultrapassa as diferenças individuais dos componentes dos grupos e a própria diferença dos grupos entre si que assegura a estabilidade do conjunto. O imaginário desempenha um papel de estruturante social, ou seja, a multiplicidade dos grupos, unidos por sentimentos comuns, irá estruturar uma memória coletiva que, na sua própria diversidade, é fundadora. É justamente a diversidade destes grupos que assegurará a unidade da cidade.¹⁶¹

O imaginário funciona pela interação. É uma vibração comum, uma sensação partilhada, portanto, necessariamente coletivo. O imaginário de um indivíduo é muito pouco individual, mas sobretudo grupal, comunitário, tribal, partilhado, ele é determinado pela ideia de fazer parte de algo.

Essa agregação faz com que as “almas individuais” deem origem a um “ser, psíquico se quiserem, mas que constitui uma individualidade psíquica de um gênero novo”.¹⁶²

Percebe-se muita semelhança entre a “transcendência imanente” de Maffesoli e o “inconsciente coletivo” de Jung.

Nas palavras do próprio Jung¹⁶³, inconsciente coletivo é uma parte da psique que pode distinguir-se de um inconsciente pessoal pelo fato de que não deve sua existência à experiência pessoal, não sendo, portanto, uma aquisição pessoal. Por não estarem os conteúdos do inconsciente coletivo na consciência é o que explica o fato de não termos os adquiridos individualmente, mas por meio da hereditariedade. O coletivo deve ser entendido como não sendo de natureza individual, pois é universal, ou seja, vivido por muitos, tem conteúdos

da continuidade do grupo” (MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 96).

¹⁶¹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 165 – 173.

¹⁶² DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 105.

¹⁶³ JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 51-52.

próprios, revela-se o mesmo em toda parte e em todas as pessoas de uma mesma cultura, já que “não se desenvolve individualmente, mas é herdado”.

Jung¹⁶⁴ esclarece que “uma camada mais ou menos superficial do inconsciente é indubitavelmente pessoal” e assim tem-se o inconsciente pessoal que “repousa sobre uma camada mais profunda, que já não tem sua origem em experiências ou aquisições pessoais, sendo inatas. Esta camada mais profunda é o que chamamos de inconsciente coletivo”.

Para ele determinadas situações passam de geração em geração como se fossem verdades absolutas, sem que se saiba a origem e as razões de seu surgimento. Justamente por serem aceitas pelo humano no decorrer dos tempos é que se tornam predisposições latentes que virão à tona quando o indivíduo se confronta com experiências reais.

Mednicoff¹⁶⁵ informa que o homem nasce com predisposição para pensar, sentir, perceber e agir de maneiras específicas. O desenvolvimento e a expressão de suas predisposições, ou imagens latentes, dependem inteiramente das experiências vividas pelo indivíduo.

Seria o inconsciente coletivo, então, as ideias e conceitos preconcebidos pelo senso comum coletivo e que não comportam uma análise genética (de sua origem), pois são “verdades” (re)passadas de geração a geração sem que se entenda a motivação e a razão daquela “verdade”.

Deve-se distinguir o inconsciente pessoal do inconsciente coletivo. O pessoal é formado por conteúdos que foram, em certo momento, conscientes, enquanto os conteúdos do inconsciente coletivo “jamais foram conscientes no período de vida de um indivíduo, e acabam refletindo os processos

¹⁶⁴ JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 12.

¹⁶⁵ MEDNICOFF, Elizabeth. **Dossiê Jung**. São Paulo: Universo dos Livros, 2008, p. 61. A autora apresenta um exemplo bastante simples do que seria o inconsciente coletivo e que pode nos ajudar na compreensão: “Um exemplo seria o medo de barata que uma pessoa tem. Jung acreditava que existia uma herança entre as gerações, em que, por exemplo, o medo de barata era aprendido por uma geração e passado para as seguintes, sem entender de fato a razão do medo, apenas um sentido irracional” (p. 60).

arquetípicos”¹⁶⁶, o que significa dizer que mesmo não tendo sido conscientes, os conteúdos do inconsciente coletivo são repassados de geração a geração e se exteriorizam através de comportamentos, os quais refletem-se por meio dos arquétipos¹⁶⁷.

Max Weber¹⁶⁸, mesmo não se utilizando dos termos específicos, ao tratar da concepção primitiva de normas jurídicas, sustentou que certas formas habituais do comportamento efetivo, em virtude de determinada atitude psíquica, são sentidas como compromissórias e, sendo conhecida sua divulgação supra individual, são incluídas como consensos, nas expectativas consciente ou semiconsciente de que os outros ajam nesse sentido, sendo estes consensos, em oposição às convenções, garantidos por aparatos coativos. Em geral é mais frequente que indivíduos criem um novo conteúdo da ação social, inventando-o e que este conteúdo depois se propague por imitação e seleção.

Assim é que o tribalismo propõe uma ideia de coesão da partilha sentimental de valores, de lugares ou de ideais que estão, ao mesmo tempo, circunscritos num espaço e que são encontrados em numerosas experiências sociais.¹⁶⁹

¹⁶⁶ MEDNICOFF, Elizabeth. **Dossiê Jung**. São Paulo: Universo dos Livros, 2008, p. 60.

¹⁶⁷ Os arquétipos representam imagens arcaicas e universais que existiram desde os tempos mais remotos e são comumente encontrados no mito, no ensinamento esotérico e nos contos de fada. Explica Jung que os povos primitivos, quando associavam os elementos da natureza (sol, chuva, vento, fogo etc.) a um deus ou herói ou à trajetória de suas vidas, estavam demonstrando a figura do arquétipo, cujo símbolo (Jung define como **símbolo** o conteúdo inconsciente apenas pressentido, mas ainda desconhecido. O arquétipo seria um símbolo, pois ainda em estado de inconsciência) foi repassado sem a conscientização ou entendimento racional daquilo. As imagens arquetípicas têm um sentido tão profundo que raramente questionamos seu sentido real. Portanto, os conteúdos do inconsciente coletivo são chamados de arquétipos (que podemos entender como personalidades atuantes), que “indica a existência de determinadas formas na psique, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar” (JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p. 51). O conceito de arquétipo só se aplica as representações coletivas que ainda não foram submetidas a qualquer elaboração consciente. O arquétipo difere da fórmula historicamente elaborada, pois esta já foi alçada ao nível consciente e repassada pelas gerações de forma racional.

¹⁶⁸ WEBER, Max. **Economia e sociedade**. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 68-69.

¹⁶⁹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 28.

A potência, enquanto segundo pressuposto para a comunidade emocional de Maffesoli, tende a renovar e fortalecer aquilo que o poder tende a fragmentar. Trata-se de um querer-viver coletivo¹⁷⁰ e se justifica no deslocamento do global para o local, na passagem do proletariado, enquanto sujeito histórico ativo, para o povo, fazendo surgir, pela saturação do poder político, a potência que move a multiplicidade das comunidades esparsas, fracionadas, mas ligadas pelo que se chama de harmonia¹⁷¹ conflitual.¹⁷²

Esta capacidade de resistência das massas, inerente à ideia de potência, é denominada por Maffesoli¹⁷³ de perdurância societal, a qual não é consciente, mas existe incorporada a ela. Contudo o que assegura essa capacidade de resistência do coletivo é o sentimento compartilhado, ou divino social, que tem uma função de adaptação, de conservação e é encontrado nas revoltas.¹⁷⁴

Para Camus¹⁷⁵ a revolta nasce diante de uma condição injusta e incompreensível, e tem relação com a razão pois o manifesto é feito pelo revoltado que tem consciência de um direito que pleiteia. É o ato do homem informado, que tem consciência de seus direitos e não ocorre sem o sentimento de que, de alguma forma e em algum lugar, se tem razão.

Importante frisar que para Camus a consciência vem à tona com a revolta e o revoltado defende aquilo que ele é: “Para existir o homem deve revoltar-se”.¹⁷⁶

¹⁷⁰ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 90-91.

¹⁷¹ A harmonia conflitual que une as comunidades pode ser relacionada com o mimetismo de Girard.

¹⁷² MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 46.

¹⁷³ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 50.

¹⁷⁴ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 63.

¹⁷⁵ CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. 21-34.

¹⁷⁶ CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 1996, p. p. 34.

Nessa mesma linha, Zizek¹⁷⁷ faz uma diferença entre agressão e violência que, de certa forma, pode ser até mesmo equiparada à revolta de Camus. Agressão corresponderia a uma “força de vida” e violência a uma “força de morte”, onde, agressão e revolta podem ser compreendidas como situações muito próximas, por expressarem a busca por um direito consciente.

Ora, se na massa a personalidade consciente do indivíduo desaparece (Le Bon), se a massa é influenciável e desprovida de crítica (Freud), se o indivíduo na massa é facilmente sugestionável (Jung), se a massa é sem atributo, predicado e qualidade (Baudrillard) e se a consciência só vem à tona com a revolta (Camus), logo a revolta é ato do indivíduo não inserido na massa, mas na multidão (Tiburi).

Por fim a socialidade, como terceiro elemento formador da comunidade emocional de Maffesoli¹⁷⁸, pode ser entendida como uma força que transcende as trajetórias individuais, fazendo com que estas individualidades se ajustem em forma de sistema, sem que a vontade ou a consciência tenham nisso a menor importância.

A socialidade tem como característica a representação de papéis pela “pessoa”, seja na atividade profissional, como no meio das diversas “tribos” de que participa. A pessoa muda o seu figurino diariamente nas diversas “peças” do teatro da vida.

Neste contexto a socialidade é a coexistência social, uma forma lúdica da socialização, em que o lúdico é aquilo que nada tem a ver com finalidade,

¹⁷⁷ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões. Tradução de Miguel Serras Pereira, São Paulo: Boitempo, 2014, p. 61.

¹⁷⁸ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 107-134.

utilidade e praticidade ou com a realidade. O lúdico é o que estiliza a existência e faz destacar as características essenciais desta.¹⁷⁹

Já o social tem como característica um indivíduo que tem uma função na sociedade exercida perante alguma instituição ou grupo estável. O social repousa na associação racional de indivíduos que tem uma identidade precisa e uma existência autônoma.¹⁸⁰

O social moderno é dominado pela razão, utilidade e trabalho. Já a socialidade apresenta como parâmetro o lúdico, o onírico e o imaginário.¹⁸¹ O lúdico difere da realidade por ser uma espontaneidade vital, enquanto a realidade a espontaneidade artificializada, em outras palavras, civilizada. O estar-junto à toa é a forma pura da socialidade.

Goffman¹⁸², ao abordar os papéis que cada um desempenha no seu dia-a-dia, sustenta que o indivíduo se apresenta com uma identidade social virtual - aquilo que se imputa ao indivíduo - e com uma identidade social real – atributos que ele prova possuir. E não raras vezes a identidade social virtual é diversa da identidade social real. Quando essa discrepância ocorre, acaba por estragar a identidade social do indivíduo, afastando-o da “sociedade e de si mesmo de tal modo que ele acaba por ser uma pessoa desacreditada frente a um mundo não receptivo”.

Por isso as necessidades de um retorno ao convívio em grupo, superando o individualismo proposto pelo burguesismo e de equilibrar as

¹⁷⁹ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 114-115.

¹⁸⁰ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 135.

¹⁸¹ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 149.

¹⁸² GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1963, p. 6.

diferenças, saber que o indivíduo não é o início e o fim de todo o social, mas sim o grupo, a comunidade, o coletivo em sua totalidade que prevalece.¹⁸³

2.2 A VIOLÊNCIA MIMÉTICA

Foi visto no item anterior que o indivíduo se relaciona com o mundo por meio do coletivo que está inserido e, também, por si só enquanto sujeito de direitos e obrigações. Em ambos os casos a relação é mediada. Quando em grupo, segue-se os desejos deste, o rumo que o grupo, mesmo que inconscientemente, determina a seguir, movido pela aura diretiva. Individualmente não é diferente, por mais que a mediação não seja percebida.

O desejo humano, individual ou coletivo, é traduzido pela presença de um mediador. Com essa afirmativa René Girard apresenta a teoria do mimetismo, destacando que os mais importantes escritores clássicos literários ocidentais refletiram sobre uma mesma questão: o desejo, que é apresentado ora como o “elo entre os sujeitos”, numa relação bilateral, ora como o elo numa relação triangular, onde “dois sujeitos somente passam a desejar-se através da mediação de um terceiro”. Para Girard, “há sempre um outro que estimula o desejo de um dos vértices do triângulo”.¹⁸⁴

A descoberta de Girard passou, inicialmente, pela análise da literatura clássica ocidental, onde encontrou um denominador comum, implícito ou explícito, em todos os romances, que é a mediação do desejo por um terceiro.

João Cezar de Castro Rocha, na introdução ao livro de Girard que anunciou a teoria, denominado *Mentira Romântica e Verdade Romanesca*, explica que pelo mimetismo não desejamos direta, mas indiretamente, e o alvo de nosso desejo é determinado menos por nós, do que pelas redes tramadas pelas mediações nas quais nos envolvemos. Pelo desejo mimético aprendo a

¹⁸³ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 163.

¹⁸⁴ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 15-16.

me comportar a partir da reprodução de comportamentos já existentes e sou levado, consciente ou inconsciente, a adotar modelos e a segui-los como se fossem expressões de meu desejo autônomo.¹⁸⁵

Para compreender a proposta de Girard, deve-se entender as bases de sua pesquisa, a iniciar pelo título do livro. A mentira romântica se dá quando o romancista esconde, consciente ou não, a presença do mediador, sugerindo que os sujeitos se relacionam espontânea e diretamente. Por sua vez a verdade romanesca ocorre quando o escritor apresenta o mediador como o elo entre o desejo dos sujeitos. Em suma, Girard reserva o termo *romântico* para as obras que “refletem a presença do mediador sem jamais revelá-lo” e o termo *romanesco* para as obras que “revelam essa mesma presença”.¹⁸⁶

Assim, todos os romances importantes apresentam, expresso ou oculto, um terceiro mediando o desejo alheio.

Se os grandes autores pré-modernos confessavam que seguiam posições e ideias de escritores antigos e isso não era nenhum demérito, no século XIX, com o fortalecimento do individualismo, houve uma tentativa de se ocultar a imitação, donde surge o *vaidoso romântico*, alguém que se “convence de ser infinitamente original”. O vaidoso romântico quer sempre se convencer de que seu desejo está inscrito na ordem natural das coisas, ou que ele é a emanção de uma subjetividade serena. Ele nunca deseja a partir do outro, e sim a partir de si mesmo. Subjetivismo e objetivismos, romantismos e realismos, individualismos e cientificismos, idealismos e positivismos se opõem em aparência, mas estão coligados para ocultar a presença do mediador, explica Girard.¹⁸⁷

O individualismo destrona a imitação com uma falsa originalidade. O desejo espontâneo é uma mentira, o que há é uma “ilusão de autonomia a que

¹⁸⁵ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 17-18.

¹⁸⁶ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 40.

¹⁸⁷ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 39.

o homem moderno está apaixonadamente apegado”.¹⁸⁸ Em outra obra, Girard informa que o desejo mimético domina tanto nossos gestos mais íntimos, quanto o essencial de nossa vida, passando pela escolha de uma esposa, de uma carreira, até ao sentido que damos à existência.¹⁸⁹

Em suma, tudo o que se deseja tem origem a partir dos olhos do outro, o que é corroborado por Freinet, quando afirmou que “somos uma geração de copistas-copiadores, de repetidores condenados a registrar e a explicar o que dizem ou fazem homens que nos afirmam ser superiores e que, muitas vezes, só têm sobre nós o privilégio da antiguidade nessa arte de copiadores e de repetidores”.¹⁹⁰

A imitação é a regra e não há como se afastar dela. Observe: se os desejos são miméticos e os romances, segundo Girard, apresentam sempre um mediador, e por não haver uma conscientização desta técnica por parte dos autores, tampouco um ajuste entre eles para estabelecer que o desejo, em seus romances, fosse triangular, têm-se a existência de uma aura coletiva da imitação (para Maffesoli) ou um inconsciente coletivo mimético (para Jung).

Inúmeros exemplos poderiam ser aqui apresentados e todos, uns com maior, outros com menor dificuldade exporiam de alguma forma a imitação.

O filme *Vidas que se cruzam*¹⁹¹ trabalha com muita propriedade o desejo mimético. Quando os pais de dois jovens se envolvem numa relação fora do casamento, que culmina na morte de ambos em um aparente acidente, os filhos, até então desconhecidos, se aproximam e passam a viver uma relação idêntica a dos genitores. A filha imita a mãe, o filho imita o pai e ambos se envolvem num relacionamento temperado pelas mesmas características da relação vivida pelos pais: encontram-se as escondidas e nas mesmas

¹⁸⁸ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 40.

¹⁸⁹ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011. p. 33-34.

¹⁹⁰ FREINET, Célestin. **Pedagogia do bom senso**. Tradução de J. Batista, São Paulo: Martins, 2004, p. 26.

¹⁹¹ Título original “The Burning Plain” é um filme norte-americano de 2008, escrito e dirigido por Guillermo Arriaga.

circunstâncias da relação imitada; desafiam os perigos e as desaprovações familiares e sociais; levam a relação até as últimas consequências, mesmo que o fim não tenha sido tão trágico.

A película *Nove rainhas*¹⁹² também utiliza o desejo mimético como o fio condutor da história. Juan, um trapaceador de rua, encontra Marcos, também golpista, e com ele faz uma dupla que passa o dia aplicando golpes pela Cidade de Buenos Aires, até que um golpe único e grandioso se apresenta para Marcos. A parceria é estabelecida definitivamente entre ambos, que buscam vender a um magnata espanhol, selos (falsos) denominados nove rainhas, raros e, por isso, valiosos.

O filme se desenvolve com a impressão de que em algum momento Marcos irá trapacear Juan. Contudo, o final revela o mediador. Tudo não passou de um plano armado por Valéria, irmã de Marcos, para conseguir recuperar o dinheiro de uma herança que seu irmão havia se apropriado indevidamente. Somente na última cena é que se descobre o namoro entre Juan e Valéria, a qual se apresenta como a mediadora de toda a situação. A vingança de Valéria é imitada por Juan. Este não engana Marcos por vontade própria, mas a partir do desejo daquela.

No filme *A onda*¹⁹³ um professor, na Alemanha, é responsável por lecionar aulas sobre autocracia para uma turma de ensino médio. Para conseguir a atenção e o interesse dos alunos, o professor propõe um experimento que explique na prática os mecanismos do fascismo e da ditadura. A ideia é demonstrar se a Alemanha aceitaria novamente viver sob a tutela de outro regime ditatorial.

Os alunos incorporam a ideia do professor e passam a seguir suas lições tão seriamente que o que seria apenas uma demonstração de cunho pedagógico ultrapassa todos os limites, beirando à tragédia.

¹⁹² Filme argentino lançado em 2000, com roteiro e direção de Fabián Bielinsky.

¹⁹³ Filme alemão de 2008, dirigido por Dennis Gansel e inspirado no livro homônimo de 1981, do autor americano Todd Strasser e no experimento social da Terceira Onda. A história do filme é baseada em fatos ocorridos em 1967, em uma escola secundária da Califórnia.

O filme retrata inúmeras questões que podem ser debatidas ricamente e o desejo mimético é uma delas. A maioria dos alunos passa a desejar a partir de um mediador, o professor, e a imitação faz com que eles sigam o modelo proposto sem questionar os motivos e as consequências de tudo aquilo. O movimento passa, inclusive, a interferir no cotidiano desses alunos fora da escola.

Esse fenômeno não pode ser estranhado, posto que o autoritarismo é, por natureza, “citationalista”, ele depende da repetibilidade, é uma máquina de produção de inconsciência, é uma subjetividade deformada pelo discurso¹⁹⁴. O autoritarismo é a imitação de ideias não refletidas, na medida que não se pensa no que se diz.

Se os filmes podem levantar alguma dúvida sobre o desejo mimético, em razão da singeleza das histórias ou do pré-ordenamento da ideia mimética, o personagem Carlitos, de Charles Chaplin, estanca qualquer uma.

Chaplin utiliza-se da imitação para criar o *Adorável Vagabundo*. O personagem, ícone do cinema mundial, é uma caricatura de várias pessoas que conviveram e passaram pela vida de Chaplin. Carlitos não nasceu de um dia para o outro. Cada característica do personagem foi surgindo em momentos únicos, depois de muitas reflexões e até mesmo intuições de seu criador.

Explica Stephen Weissman¹⁹⁵ que o personagem nasceu de uma série de tipos distintos de personagens: o incompetente embriagado, o pregador de peças enganador, o golpista das ruas, o inadequado cômico, o camaleão esperto e o mágico poeta.

De todo o material de comédia que Chaplin pode ter inconscientemente absorvido ou abertamente copiado de outros artistas, o marcante “chute do

¹⁹⁴ TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 37.

¹⁹⁵ WEISSMAN, Stephen. **Chaplin**: uma vida. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: Larousse, 2010, p. 175-176.

cinzeiro” do *Adorável Vagabundo* é seu empréstimo mais claro, com a fonte mais facilmente identificável, que foi Fred Kitchen, um dos mentores de Charles na companhia de cinema Karmo. Já as botas grandes de Carlitos são atribuídas ao personagem Little Tich, interpretado por Harry Relph, assim como as brincadeiras com chapéu e bengala. E o mais importante é que Chaplin fazia questão de expressar quem eram seus inspiradores. Segundo Stephen Weissman, Chaplin teve o cuidado de não diluir sua própria reivindicação de genialidade reconhecendo a influência de grandes do teatro de variedades como Leno, Marie Lloyd, Karno, Kitchen e Relph.¹⁹⁶

No filme *Carlitos repórter*, onde Chaplin deu vida ao *adorável vagabundo*, é possível perceber as origens de alguns movimentos do personagem, tal como o andar de Rummy Binks, a virada de esquina em uma perna do esquete de Dick Turpin, o chute no cinzeiro de Fred Kitchen. Mas o elegante pobre de Chaplin, em *Carlitos Repórter* pode ter sido uma encarnação de Burlington Bertie from Bow, famoso personagem teatral da canção do mesmo nome. A canção se tornara popular no teatro de variedades britânico na época em que Charlie estava partindo para sua segunda turnê americana. A letra da música apresenta um personagem semelhante ao de *Carlitos repórter*: monóculo, bengala, barriga vazia, exterior vistoso, falso orgulho engolido, irônico e fingimento de nobreza.¹⁹⁷

Incontáveis invenções também surgiram por meio do aperfeiçoamento de outras ideias ou invenções. O computador, talvez a invenção com maior impacto social pós-segunda guerra, surgiu a partir de um processo mimético. O filme *O jogo da imitação*¹⁹⁸ conta a história real vivida pelo matemático Alan Turing, que foi contratado pelo governo britânico para compor uma equipe com o objetivo de decifrar o código que os alemães usavam para enviar mensagens aos submarinos, denominado de *Enigma*.

¹⁹⁶ WEISSMAN, Stephen. **Chaplin**: uma vida. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: Larousse, 2010, p. 178.

¹⁹⁷ WEISSMAN, Stephen. **Chaplin**: uma vida. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: Larousse, 2010, p. 219-228.

¹⁹⁸ Filme dirigido por Morten Tyldum e lançado em 2015.

Turing construiu uma máquina que analisava todas as possibilidades de codificação do *Enigma* em apenas 18 horas, permitindo que os ingleses tomassem conhecimento das ordens enviadas antes que elas fossem executadas. O que Turing construiu é a base do que computador. O complexo programa alemão só foi decifrado porque copiado e aperfeiçoado.

Esse é um exemplo de desejo mimético positivo e ocorre em todas as áreas do conhecimento. Mas também a imitação pode ser negativa, quando ao adotar alguém como modelo, passa-se a desejar o mesmo que o mediador e por não ser possível alcançá-lo, sujeita-se a fazer qualquer coisa, desaguando, inúmeras vezes, no conflito.

Girard classifica a mediação em externa, quando a distância é suficiente para que as duas esferas de possíveis, cujo centro está ocupado cada qual pelo mediador e pelo sujeito, não estejam em contato, e interna, quando essa mesma distância está suficientemente reduzida para que as duas esferas penetrem com maior ou menor profundidade uma na outra.¹⁹⁹

A mediação interna ocorre quando o mediador está próximo e o conflito, em razão desta proximidade, se torna iminente, justamente por ambos desejarem a mesma coisa. Na mediação interna “todo desejo pode gerar desejos concorrentes”²⁰⁰.

Importante dizer que esta distância é social e intelectual. As partes podem estar fisicamente próximas, mas distante social ou intelectualmente, não havendo, por isso, conflito de desejos.

Quando este desejo mimético alcança grupos sociais, outro problema surgirá. Se o desejo é individual, passa-se a querer os objetos que o mediador possui, fazendo-se o possível para se assenhorar deles.

¹⁹⁹ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 33.

²⁰⁰ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 135.

Mas nos grupos sociais o desejo mimético é contagioso (como retratado pelo filme *A onda*), e pode agravar-se na exata proporção em que um número maior de pessoas encontra-se envolvida na rivalidade mimética. Se nenhuma forma de controle da dimensão mimética for desenvolvida a formação social pode vir a desintegrar-se em meio a um conflito generalizado, conforme explica João Cezar de Castro Rocha.²⁰¹

Na imitação generalizada qualquer pessoa pode tornar-se mediadora de outra sem compreender o papel que está desempenhando.²⁰² E isso é perigoso porque o desejo mimético exercido no coletivo autoriza a imitação do mediador sem a compreensão dos mediados, que são conduzidos a pensar e agir por meio de orientações que muitas vezes conflitam com a própria orientação individual, que fica “suspensa” em “respeito” ao desejo coletivo do qual faz parte.

Já afirmou Le Bon²⁰³, com precisão, que “as observações coletivas são as mais erradas e traduzem, quase sempre, a ilusão de alguém que, por contágio, sugestionou outros”.

Daí que atitudes extremas que o sujeito não tomaria em seu círculo familiar e de amigos, acaba legitimando, por meio do grupo, ações violentas. Manifestações de ódio e preconceito são exercidas enquanto “ser coletivo”, mas, de regra, não trazidas ao seu cotidiano familiar.

Os atos extremos sempre terão destino no outro, no diferente, no que não faz parte da “minha tribo”. A violência, que tem origem no desejo mimético, precisa ser controlada.

²⁰¹ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 21.

²⁰² GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 126.

²⁰³ LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Coleção Pesnadores, Delraux, 1980, p. 23.

Percebendo esta dinâmica, Girard identifica o que viria a denominar de *bode expiatório*, mecanismo utilizado para controlar a violência coletiva, surgida a partir do desejo mimético coletivo e que será melhor abordado na sequência.

Por ora, apenas dir-se-á que a violência coletiva se torna dirigida contra um único membro do grupo ou fora dele. Essa violência canalizada contra uma pessoa (ou grupo de pessoas), ao tempo que desagrega, ordena o próprio grupo. O bode expiatório é sacrificado e a ordem retorna. O sacrifício do bode expiatório resolve o conflito.²⁰⁴

Acentua Zizek²⁰⁵ que a rivalidade entre os humanos só será superada quando cada indivíduo limitar seus próprios desejos, o que indica sua compreensão, também, no desejo como matriz da violência.

Se o desejo não se satisfaz, inevitável que a angústia apareça, latente, sendo, agora ela, um elemento essencial da violência, por ser “a intuição do vazio”.²⁰⁶ A angústia é a co-criadora da violência. Na arte a angústia do artista cria os conflitos internos que possibilitam o re (nascer) de uma nova visão artística. O novo, o belo, nasce de um período de violência interna do artista, de desafios. Nisso a violência cria uma nova perspectiva de mundo ou, “o que violenta, pode levar a uma realização sublime”.²⁰⁷

A afirmação de que a violência surge do desejo mimético pode, *a priori*, causar algum espanto. Porém, se for observada a dinâmica dos delitos mais praticados no Brasil, confirma-se a teoria girardiana.

²⁰⁴ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 21-22.

²⁰⁵ ZIZEK, Slavoj. **Violência: seis reflexões**. Tradução de Miguel Serras Pereira, São Paulo: Boitempo, 2014, p. 61.

²⁰⁶ “Vazio que não é a mesma coisa que nada, mas, antes, condição de possibilidade do que está por nascer. O vazio, neste sentido, é algo a ser vivido. E é vivendo-o que podemos chegar a um sobreviver, a um mais viver” (MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 74).

²⁰⁷ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 75.

Os crimes patrimoniais originam-se pela busca do lucro e assim também diversos outros tipos penais que não agridem diretamente o patrimônio (drogas, crimes contra a administração pública, a liberdade, a integridade física, a vida, as finanças públicas etc.).

A busca pelo lucro tem por fundamento, em regra, a aquisição do supérfluo. Estes delitos não são praticados para que o sujeito possa ter o básico, mas sim para adquirir aquilo que não pode ter pelas condições normais de trabalho. Há um desejo mimético nestas condutas. Ter e fazer o que outros tem ou fazem.²⁰⁸

Max Scheler²⁰⁹ faz uma distinção importante. Segundo ele, lamentar por não possuir o que o outro possui não basta para fazer brotar a inveja, pois essa lamentação pode me determinar a buscar a coisa desejada, desde que licitamente. Contudo, a cobiça nasce quando o esforço necessário para colocar em operação esses meios de aquisição fracassar, dando lugar a um sentimento de impotência. E se, mesmo assim, for mantido o desejo e querer satisfazê-lo a qualquer custo, surge a situação de conflito.

Explica Girard que a violência sexual também surge pelo desejo mimético. Aquele que violenta assim o faz porque sente prazer em ver o sofrimento e submissão do outro, mas, antes disso, “persegue porque se acha perseguido”. Ele se esforça para imitar o “deus” (mediador) em sua função básica que é a de perseguidor, fazendo com que seu parceiro assuma o papel de perseguido. O sádico quer “tomar o lugar do mediador” e “ver o mundo através dos olhos deste”.²¹⁰

²⁰⁸ Rousseau atribui à propriedade privada o início dos conflitos: “Quantos crimes, guerras e assassinatos, quantas misérias e horrores teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas e cobrindo o fosso, tivesse gritado a seus semelhantes: ‘Não escutem este impostor! Estarão perdidos se esquecerem que os frutos são de todos e a terra é de ninguém’” (ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2014, p. 80).

²⁰⁹ In *L’homme du ressentiment*, apud GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lília Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 35.

²¹⁰ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lília Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 214.

Os crimes passionais não têm outra causa senão o desejo mimético, que, na sua essência, corresponde a uma relação triangular, assim como o crime passional. Há um ser desejado, um mediador que “tem” o “objeto” de desejo, e um terceiro, que não pode ter, mas que deseja na mesma intensidade que o mediador.

Mas nem sempre o mediador é assim tão presente. Em muitas situações o mediador utiliza-se de instrumentos para maquiagem a mediação. A mídia é muito eficaz neste sentido. O mediado é levado a imitar sem que se de conta. As mensagens subliminares²¹¹ contidas em comerciais, as linhas editoriais dos jornais e revistas são usadas para angariar imitadores.

Outro instrumento é o consumismo. Neste caso o mediador utiliza o consumo como mecanismo para agrupar adeptos que passam a imitarem-se, gerando lucro ao mediador e frustração ao mediado, eis que, como explica Girard, “todo o prazer se esvai na aquisição, já que o objeto deixa de ter valor quando possuído”.²¹²

Desta forma, o mediador não vai mais se interessar pelo objeto que já possui, por isso dos obstáculos que são impostos para a aquisição. No capitalismo, quando se adquire o objeto desejado, logo o mesmo é substituído por outro de melhor qualidade e os mecanismos mediadores recomeçam a busca pelo mediado, que ávido pelo produto se deixa embriagar-se. A superação dos desejos por outros é marca do consumismo, pois “toda paixão se alimenta dos obstáculos que lhe são impostos e morre quando eles faltam”.²¹³

²¹¹ A **mensagem subliminar** “é um mecanismo de convencimento inconsciente, captado pelo nosso subconsciente, que tem uma maior capacidade de armazenamento de informações do que a consciência. Ela não é recebida diretamente pelos sentidos do homem, pois está em um patamar sensorial quase imperceptível, configurando a mínima sensação auditiva ou visual passível de ser transmitida” (SANTANA, Ana Lucia. **Mensagem subliminar**. Infoescola. Disponível em <http://www.infoescola.com/psicologia/mensagem-subliminar/>. Acessado em 02 de dez. 2015).

²¹² GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 204.

²¹³ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 207.

Rousseau²¹⁴ já havia abordado essa questão quando tratou da origem da desigualdade. Segundo ele, os homens passaram a obter vários tipos de comodidades, tornando-as necessidades cuja privação era mais cruel do que o gozo da posse. As pessoas sentiam-se infelizes ao perdê-las sem estarem felizes de possuí-las.

Freud denominou esse fenômeno de “frustração pelo êxito”, que ocorre quando o indivíduo alcança o desejo buscado. A frustração seria externa, quando o desejo não se realiza, e interna, quando se realiza, mas já não satisfaz, ou, nas palavras de Freud, a interna “precisa originar-se do Eu e contrariar o acesso da libido a outros objetos, de que ela agora quer se apoderar”. A primeira não é patogênica, mas o caminho para que a segunda ocorra, essa sim um “adoecimento neurótico”, isto é, “uma satisfação substituta pela via indireta do inconsciente reprimido”.²¹⁵

Isso explicaria o consumo sem limites e as neuroses advindas dele? É uma possibilidade que deve ser considerada. Sofre-se para adquirir determinados bens e quando os tem em mãos, já não possui a mesma representatividade e importância de antes. Parte-se, então, para outro desejo.

Freud diz que são “forças da consciência que impedem o indivíduo de retirar, da feliz modificação real, o proveito” longamente desejado, mas que não é tarefa fácil averiguar a origem dessas tendências julgadoras e punitivas.²¹⁶

Já foi mencionado que a violência coletiva surgida a partir do desejo mimético exige um controle, que é feito por meio do mecanismo do bode expiatório.

²¹⁴ ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2014, p. 85.

²¹⁵ FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12**: Introdução ao narcisismo, ensaios de mentapsicologia e outros textos (1914-1916). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, p. 197.

²¹⁶ FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12**: Introdução ao narcisismo, ensaios de mentapsicologia e outros textos (1914-1916). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, p. 198.

René Girard, no livro *O Bode Expiatório*, como uma complementação necessária à ideia de que a violência nasce do desejo mimético coletivo, mostra a existência de um esquema transcultural de violência coletiva, cujos contornos são facilmente esboçados. Para isso apresenta o que denomina de estereótipos de perseguição, baseados nos seguintes critérios: 1) a crise social e cultural; 2) crimes indiferenciadores e 3) seleção vitimária.

Para a compreensão de como funciona a teoria do bode expiatório, precisa-se entender os estereótipos da perseguição coletiva, que se desenvolve em época de crise, provocando o enfraquecimento de instituições, favorecendo a formação de multidões, de ajuntamentos populares espontâneos, que substituem as instituições enfraquecidas ou exercem uma pressão decisiva sobre elas.²¹⁷

No Brasil o crescimento da justiça privada (exercício arbitrário das próprias razões), dos grupos que se intitulam justiceiros ou até mesmo de agrupamentos aleatórios sem prévio ajuste que agridem, torturam e matam supostos infratores, é um exemplo bastante atual do desejo de substituição dos órgãos oficiais de controle penal (polícia, ministério público e judiciário), sob o argumento de que por eles não funcionarem adequadamente, haveria um aumento na criminalidade e, conseqüentemente, na insegurança coletiva.

O paradoxo é tamanho que estas multidões enfurecidas praticam, na maior parte das vezes, atos ilícitos mais graves do que o praticado pelo suposto infrator. É comum a tortura e morte de um suspeito de furto ou outro crime contra o patrimônio. Aqui, a sentença é clara: a vida do outro vale menos que o meu patrimônio.

Exemplos no Brasil estão cada vez mais presentes. Em 03/5/2014, uma mulher foi amarrada, espancada e morta por populares do mesmo bairro que ela morava, na cidade de Guarujá/SP. O motivo? Um site colocou a foto da vítima como sendo a da mulher que supostamente teria sequestrado uma

²¹⁷ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 19.

criança para utilizá-la em rituais de magia negra. Detalhe, a foto era da vítima, mas a suposta sequestradora era outra pessoa. A vítima não tinha nenhuma relação com as acusações, o que agrava ainda mais a situação.²¹⁸

Explica Girard que as causas de agitações populares podem ser internas (conflitos políticos e religiosos) ou externas (epidemia, seca, inundações etc.), mas desencadeiam os mesmos sentimentos: perda radical do próprio social, fim das regras e das diferenças que definem as ordens culturais.²¹⁹

Com as instituições em crise e fragilizadas, diminuem as diferenças hierárquicas e a reciprocidade que se torna visível é a dos insultos, dos golpes, da vingança e dos sintomas neuróticos, que apesar de opor os homens uns contra os outros, uniformiza as condutas e produz uma predominância do mesmo, conflituosa e solipsista. Essa indiferenciação, denominada por Girard de “uniformização por reciprocidade”, tende a ser absolutizada por toda a sociedade.²²⁰

O segundo critério apontado por Girard como estruturador do mecanismo do bode expiatório são os crimes indiferenciados. As condutas que recebem a etiqueta de nocivas e merecem uma punição exemplar possuem uma unidade: violência contra crianças; crimes sexuais, de preferência que atentem contra os tabus da cultura considerada; crimes religiosos, enfim, condutas que lesem os próprios fundamentos da ordem cultural, as diferenças familiares e hierárquicas sem as quais não haveria ordem social. Explica, ainda, que é a acusação estereotipada que autoriza e facilita a crença de que um pequeno número de indivíduos ou até mesmo um só pode tornar-se muito perigoso para a sociedade, apesar de sua relativa fraqueza. A acusação

²¹⁸ ROSSI, Mariane. **Mulher espancada após boatos em redes social, morre em Guarujá – SP**. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>. Acessado em 24 de out. 2015.

²¹⁹ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 19.

²²⁰ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 21.

estereotipada serve de mediadora entre a pequenez do indivíduo infrator e a enormidade do corpo social em risco.²²¹

A redução da maioridade penal e a flexibilização do porte de armas são assuntos que vem sendo debatidos no Brasil, com projetos de leis em andamento no Congresso Nacional.

As bancadas que pretendem aprovar tais mudanças procuram legitimar seus argumentos no discurso da maioria²²² e, desta forma, confirmam a tese girardiana de que os membros da multidão são sempre perseguidores em potência, pois sonham purificar a comunidade de elementos impuros que a corrompem, de traidores que a subvertem, no caso os menores infratores, cujos atos infracionais não representam dois dígitos percentuais e os graves não chegam a 5% dos atos infracionais praticados no Brasil.²²³

Por fim, a seleção vitimária é o terceiro critério para a configuração do bode expiatório. Explica Girard que esta seleção se utiliza de subcritérios: religioso, cultural, físico e extremidades.

De regra são sempre minorias, desde que integrem os subgrupos acima. As minorias étnicas e religiosas tendem a polarizar com as majorias. A doença, a loucura, as deformações genéticas, as mutilações acidentais e até as enfermidades em geral tendem a polarizar os perseguidores. O termo anormal já indica algo fora dos padrões médios da sociedade e aqui todos os extremos são possíveis vítimas a serem eleitas. Isso se dá pelo fato de existir uma média

²²¹ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 23.

²²² Pesquisas indicam que em ambos os assuntos a maioria da população brasileira aprova a redução da idade penal e a liberação do porte de armas.

²²³ Segundo levantamento feito no ano de 2015 e divulgado em 2018, da natureza dos atos infracionais presentes nos processos destaca-se que, 46% dos atos foram referentes a roubo e 24% de tráfico. Em relação a atos contra vida o porcentual foi de 10% (MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Brasil. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2018/janeiro/divulgado-levantamento-anual-do-sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo>. Acessado em 19 de fev. 2019). Já o levantamento realizado no ano de 2014 pelo Ministério Público Estadual de São Paulo indica que os crimes hediondos cometidos por adolescentes representam menos de 3% do total de atos infracionais (REDAÇÃO. **Adolescentes de 16 a 18 anos cometem 70% dos atos infracionais em São Paulo**. Estadão. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/adolescentes-de-16-a-18-anos-cometem-70-dos-atos-infracionais-em-sao-paulo/>. Acessado em 04 de abril de 2017).

que define a norma e quanto mais a pessoa se distancia do *status* social mais comum, em um ou em outro meio, mais crescem os riscos de perseguição, sendo que este fenômeno ocorre com mais facilidade para os que estão abaixo da escala.²²⁴

Foi assim com as mulheres, na caça às bruxas patrocinada pela Igreja Católica, com os negros escravos, com os boêmios, com os judeus. Essa busca de culpados se perpetua, mas exige crimes mais racionais. Um exemplo desta seleção vitimária em grandes proporções e em período mais recente (2003) foi a invasão americana no Iraque, sob o argumento, que depois se comprovou ser uma mentira, de que o país governado por Saddam Hussein estava produzindo armas de destruição em massa.

Um governo, por interesses imperialistas, selecionou uma vítima (o líder iraquiano e, por consequência, milhares de iraquianos mortos no confronto), atribuindo-lhe acusações que “não atingem o real, mas a percepção do real”²²⁵, sob o pretexto de guerra ao terror, que ocasionou um *frisson* na sociedade americana, produzindo o bode expiatório que deveria ser sacrificado para garantir a segurança da população mundial.

Além dos estereótipos até agora abordados (crise social e cultural que gera uma indiferenciação geral; crimes indiferenciadores; autores destes crimes possuem marcas de seleção vitimária) Girard apresenta também um quarto, a violência lançada contra a vítima selecionada, com o objetivo de lhe atribuir a responsabilidade pela crise, destruindo-a ou a expulsando da comunidade que polui.²²⁶

A Revolução Francesa é um exemplo de crise social que legitimou a execução de uma vítima selecionada. A Rainha Maria Antonieta, de origem austríaca, foi condenada por um tribunal que sofreu influência da multidão

²²⁴ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 27.

²²⁵ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 46.

²²⁶ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 33.

parisiense, num claro contexto de perseguição coletiva, com vítima estereotipada, ou seja, um bode expiatório.²²⁷

Em suma, o desejo mimético impulsiona a violência coletiva, que se apazigua com o sacrifício de um bode expiatório²²⁸ e que “designa simultaneamente a inocência das vítimas, a polarização coletiva que se efetua contra elas e a finalidade coletiva dessa polarização”²²⁹ ou, ainda, “o bode expiatório é uma vítima injustamente oprimida por um grupo humano mimeticamente mobilizado contra ela”.²³⁰

Todos os perseguidores atribuem às suas vítimas uma nocividade suscetível de se transformar em positividade, e vice-versa”.²³¹ O que é isso senão a vingança privada? Um homicídio praticado pelo infrator e considerado um crime que mereça retaliação imediata, torna-se o ato positivo e justo quando a vítima do homicídio é o infrator.

Márcia Tiburi²³², ao questionar como se forma o grupo de linchamento, apresenta três elementos que, combinados entre si, permitem a ação: a) a anulação da subjetividade; b) ausência de compaixão com o outro e c) desejo de fazer parte da massa, já que o linchador se ampara no gesto do outro.

O desejo de fazer parte da massa e se amparar no gesto do outro é a imitação de que fala Girard, pois o linchador, no ato de linchar, além de imitar a violência praticada pelos demais justiceiros, também imita a violência que diz estar combatendo. Há, aí, uma reciprocidade, que também é mimética.

²²⁷ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 29.

²²⁸ Observe-se a fala de Cândido, personagem de Voltaire: “(...) fora decidido pela Universidade de Coimbra que o espetáculo de algumas pessoas queimadas a fogo baixo, com grande cerimonial, é um segredo infalível para impedir a terra de tremer” (VOLTARE. **Cândido**. Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 23).

²²⁹ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 55.

²³⁰ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 77.

²³¹ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 66.

²³² TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 79.

Curioso que até a legislação autoriza a violência mimética. A legítima defesa,²³³ uma excludente do crime, em sua composição legitima uma violência privada contra outra pessoa, desde que a violência sofrida seja atual ou iminente.

Não é, portanto, apenas o desejo mimético que causa a violência. Há muitas formas de violência que surgem da dupla imitação.

As relações humanas são uma dupla imitação perpétua, onde nem sempre a reciprocidade aparece. A relação recíproca pode ser benevolente e pacífica ou malévola e belicosa. Assim, muitos dos conflitos nascem da reciprocidade belicosa e pode gerar o mesmo conflito que a rivalidade fundada no desejo mimético.

Girard²³⁴ exemplifica um conflito surgido de uma reciprocidade não pacífica. “A” estende a mão em cumprimento para “B”, que não retribui o cumprimento. “A”, então, imitando a desfeita de “B”, recolhe-se e, muito provavelmente, em razão da ofensa, irá insultar “B” de alguma forma, por palavras, gestos ou olhar. O ideal seria que “A” não mudasse de atitude em relação a “B”, mas não é isso que ocorrerá, na regra geral. “A” retribuirá à “B” (por qualquer outro meio) o ato deselegante do qual foi vítima e estará configurado a dupla imitação.

Contudo, “B” pode apenas não ter percebido que “A” estendeu a mão para si, não tendo intenção alguma de negar o cumprimento. Mas o ato originou em “A” uma ideia de rejeição e esta rejeição provavelmente será praticada por “A” em relação a “B” em um futuro encontro.

O exemplo demonstra que o conflito não se relacionou com o desejo mimético, mas apenas com o mimético, agora numa perspectiva de

²³³ Artigo 25 do Código Penal brasileiro.

²³⁴ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 40-43.

reciprocidade, que pode ser apenas imaginária, já que “B” não agiu conscientemente de forma hostil.

A percepção do mimético ajuda a compreender o porquê da violência e ver que todos contribuem para a “universalidade dos fenômenos que deploramos”.²³⁵

Os escândalos são por todos nós provocados, muitas vezes sem a intenção, como em um simples comportamento de evidenciar aos amigos e às pessoas próximas os êxitos alcançados, os triunfos conquistados, já é motivo para martirizá-lo, inflando a inveja e ressentimento.²³⁶

O modelo de “guerras às drogas”²³⁷ do governo americano copiado pelos Brasil, preenche os critérios do bode expiatório. Inegável que se vive uma crise cultural e social no enfrentamento entre a ortodoxia moral religiosa tradicional (para não dizer arcaica) com os movimentos de liberdade e superação de dogmas e hipocrisias. Seria este o primeiro critério para a escolha do bode expiatório proposto por Girard.

O segundo critério é a criminalização das drogas. A violência maior vem da proibição e não do consumo da substância entorpecente em si. Basta observar as drogas lícitas (bebida), que apesar de ser o motivo de inúmeros crimes, seu uso, por si só, não coloca o coletivo em risco. A droga não produz violência real, mas violenta a percepção do real e, só por isso, merece a equivocada proibição.²³⁸

O terceiro critério é a seleção da vítima que merece ser sacrificada em nome da “paz social” e do exemplo. São os pequenos traficantes de esquina, de regra jovens, negros, suburbanos, sem estudo, educação precária, família

²³⁵ GIRARD. René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, p. 55.

²³⁶ GIRARD. René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, p. 13.

²³⁷ Dados revelam que 1/3 dos presos no Brasil são por tráfico de drogas. (VELASCO, Clara. **Um em cada três presos no país responde por tráfico de drogas**. G1. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>. Acessado em 19 de fev. 2019.).

²³⁸ Não se ingressa aqui na hipocrisia que existe em selecionar algumas substâncias como ilícitas e outras não. Ora, se a droga ilícita violenta a percepção do real, as lícitas também.

desestruturada, consumidores falhos. São eles os autores de crimes “visíveis” pelo Estado. Sobre eles é que se efetiva uma cruel violência.

Quando estes bodes expiatórios não são eliminados em “confrontos” policiais, são excluídos oficialmente (porque extraoficialmente já eram) da sociedade por meio do cárcere.

A prisão é a magia que os reabilitará. A comunidade precisa desta ficção. É por este processo que a sociedade se oxigena ou, nas palavras de Girard, “que ela nasce, não essencialmente para sua monstruosidade temporária, mas para sua humanidade bem diferenciada”.²³⁹

O bode expiatório é prática que se apresenta no cotidiano de forma muito frequente, porém nem sempre fica evidente que o sujeito está sendo vitimizado para que sirva de exemplo.

Cita-se um fato, inusitado não pela violência em si, mas por representar claramente a teoria girardiana, eis que os agressores confessaram que a escolha da vítima era para servir de exemplo.

Na cidade de Porto Alegre/RS, um motorista da Uber²⁴⁰ foi espancado no dia 26/11/2015 por cerca de 10 taxistas, os quais teriam dito à vítima o seguinte: “Disseram que eu era um clandestino, que estava tirando comida da boca dos filhos deles. Disseram que eu tinha que morrer para servir de exemplo”.²⁴¹

²³⁹ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 68.

²⁴⁰ A Uber é um aplicativo que conecta passageiros e motoristas, aumentando a acessibilidade dentro das cidades, gerando novas possibilidades aos passageiros e novos negócios aos motoristas. Fundada em 2009 (Conforme definição concedido pela própria Uber e disponível em <https://www.uber.com/pt/about>, acessado em 27 de novembro de 2015.) O modelo está provocando protestos de taxistas em todo o Brasil.

²⁴¹ FUSCO, Nicole. **Motorista do uber é espancado por dez taxistas em Porto Alegre**. Veja. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/motorista-do-uber-e-espancado-por-dez-taxistas-em-porto-alegre/>. Acessado em 19 de fev 2019.

Não há como discordar de Girard quando diz que os perseguidores acreditam sempre na excelência de sua causa, quando, na realidade, eles odeiam sem causa.²⁴²

Ora, a vítima também trabalhava com os mesmos propósitos dos taxistas – sobrevivência – e a legalidade ou não do Uber ainda está sendo discutida, tendo alguns estados brasileiros regulamentado a profissão, que é prática comum em muitos países. É como se, com a legalização do Uber, esse motorista não iria mais tirar “comida da boca” dos filhos dos taxistas.

De todos os argumentos apresentados pelos agressores, o que se destaca é “morrer para servir como exemplo”. Aqui a agressão tem um propósito único: dar uma mensagem por meio de uma vítima aleatória e expiatória.

Esse mecanismo coletivo também foi observado por Lacan²⁴³, quando disse que a sociedade, por estar tão alterada em sua estrutura, acaba por recorrer a “processos de exclusão do mal sob a forma de um bode expiatório, ou então de regeneração através de um recurso externo”.

Outra questão esclarecida por Girard é o aparente paradoxo existente entre a vítima no mito e a vítima no judaico-cristianismo. Girard demonstrou que o mito nada mais é do que a dinâmica do bode expiatório, da mesma forma que foi Cristo nos evangelhos. A diferença é que no mito a vítima sacrificada era culpada e a multidão inocente, enquanto no processo judaico-cristão a vítima sacrificada era inocente e a população culpada.

Para Girard, este é o verdadeiro sentido do bode expiatório, uma vítima inocente que é sacrificada para “salvar” os demais, estes sim os verdadeiros culpados. Os textos judaico-cristãos, portanto, desvelam a verdade que os mitos dissimulam. O cristianismo mostrou que a sociedade produzia vítimas

²⁴² GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 137.

²⁴³ LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 129.

únicas e a crucificação desobstruiu o caminho para o entendimento do processo da vítima expiatória.²⁴⁴

Para ele o caos que precede à violência coletiva é uma decomposição real das comunidades humanas, fruto das rivalidades miméticas a que todos estão inclinados. O mimetismo reunifica as comunidades contra os bodes expiatórios (vítimas que passam por responsáveis pelas desordens em virtude unicamente dos contágios miméticos).²⁴⁵

Mas o aprisionamento neste sistema autoriza a falar de um “inconsciente persecutório”,²⁴⁶ pois até os mais hábeis em achar o bode expiatório dos outros, não conseguem achar os seus próprios. Daí que a teoria mimética propicia uma reflexão, onde em lugar de limitar-se a acusar o outro por sua inveja e ressentimento, deve-se entender sua parcela de responsabilidade ao provocar os escândalos.

A esse processo Girard chama de “reversão”, que é a “experiência do bode expiatório como experiência subjetiva do perseguidor”, já que é muito difícil reconhecer a parcela de culpa e a participação de cada um no processo.²⁴⁷

Explica Tiburi que a culpa, apesar de ser um mero peso daquele que ainda não conseguiu ser responsável, representa um “indício de responsabilidade que nos torna éticos”, além de ser um “indício de autocrítica que mostra que a reflexão e o sentimento ainda estão presentes na pessoa”.²⁴⁸

²⁴⁴ Entrevista concedido por René Girard à Melissa Antunes de Menezes, publicada pela Revista Cult, edição 134. Disponível em <http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-rene-girard/>, acessado em 08 de dezembro de 2015.

²⁴⁵ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 82.

²⁴⁶ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 57.

²⁴⁷ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 14.

²⁴⁸ TIBURI, Márcia. **Filosofia prática: ética, vida cotidiana, vida virtual**. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 15 e 45.

Por isso, então, que a violência, suas causas e efeitos, não devem ser vistas numa visão estanque e tradicional, mas em paralaxe, assunto que será tratado no item seguinte.

2.3 A VIOLÊNCIA EM PARALAXE

A necessidade de uma percepção paralática da violência/desvio, justifica-se no fato de que não somos apenas vítimas, mas também incentivadores dela ou, nas palavras de Girard, “o sistema comum apenas tranquiliza a todos acerca da inocência de cada um, sem nunca inspirar a menor dúvida a respeito da parcela de responsabilidade de cada um”.²⁴⁹

O conceito padrão de paralaxe é o deslocamento aparente de um objeto (mudança de sua posição em relação ao fundo) causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão.²⁵⁰ Ou seja, desloca-se o observador, mantendo-se o objeto inerte, a partir do que se permite àquele um novo ponto de observação do mesmo objeto.

Zizek denomina de lacuna paralática o confronto de dois pontos de vista intimamente ligados entre os quais não é possível haver nenhum fundamento neutro comum.²⁵¹ O que denomina de lacuna é a paralaxe, essa dimensão que surge na lacuna é o próprio eu transcendental, sua espontaneidade, liberdade.²⁵²

A lacuna paralática divide um único e mesmo objeto de si mesmo. Ela substituiu a polaridade dos opostos pelo conceito de lacuna, inerente ao próprio Um, denominado de paralaxe: Lacuna que separa o Um de si mesmo.²⁵³

²⁴⁹ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011, p. 55.

²⁵⁰ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 32.

²⁵¹ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008., p. 15.

²⁵² ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 39.

²⁵³ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 18 e 33.

Há uma multiplicidade de lacunas paraláticas, mas o autor utiliza como objeto de estudo as paralaxes ontológica, científica e política, que formam a tríade do Universal-Particular-Singular: filosofia universal, ciência particular e singularidade do político.

Importante destacar que a paralaxe não é simétrica, composta de dois pontos de vistas incompatíveis. Há uma assimetria irreduzível entre os dois pontos de vista, uma torção reflexiva mínima. Não há dois pontos de vista, mas sim um ponto de vista e o que foge a ele, e o outro ponto de vista preenche o vazio do que não podemos ver do primeiro ponto de vista.²⁵⁴

A constelação paralática mínima é a da simples moldura. Tudo que tem de intervir no Real²⁵⁵ é uma moldura vazia, de modo que as mesmas coisas que antes eram vistas “diretamente”, são vistas agora através da moldura. Tão logo se observa a outra dimensão através da moldura, a própria realidade se transforma em aparência.²⁵⁶

Imagine-se uma tela e uma moldura, que em conjunto formam o quadro. No intervalo entre eles (moldura e tela) há a lacuna, que autoriza ver ou a tela ou a moldura, que não são opostos, mas formadores do mesmo Um (quadro).

O cotidiano é repleto de experiências paraláticas:

²⁵⁴ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 47.

²⁵⁵ O Real paralático difere-se do Real lacaniano, pois este não tem consistência substancial positiva, é apenas a lacuna entre a multiplicidade de pontos de vista a seu respeito, enquanto o Real paralático é a própria mudança de ponto de vista, do primeiro para o segundo lugar de observação, é o X desconhecido em nome do qual a visão da realidade é anamorficamente distorcida. O Real lacaniano é aquilo que sempre volta ao seu lugar, aquilo que permanece o mesmo em todos os universos (simbólicos) possíveis, enquanto o Real paralático explica a própria multiplicidade de aparências do mesmo Real subjacente (ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 43-44). Zizek não deixa de concordar com Maffesoli quando diz que Lacan tornou rígida as categorias. Para Nietzsche, a única coisa que pode ser considerada real é “o nosso mundo de apetites e paixões”, ou seja “a realidade dos nossos impulsos, pois pensar é apenas um modo de comportar-se desses impulsos” (NIETZSCH. Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 61).

²⁵⁶ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 47-48.

A democracia pressupõe o governo da maioria. Um olhar paralítico sobre a eleição para presidente do Brasil ocorrida em 2014 evidencia outra coisa. O resultado final das eleições em segundo turno, que levou Dilma Rousseff à presidência pelo segundo mandato teve a seguinte configuração²⁵⁷:

<i>Dilma</i>	<i>51% dos votos válidos</i>
<i>Aécio</i>	<i>48,36% dos votos válidos</i>
<i>Branco</i>	<i>1,71%</i>
<i>Nulos</i>	<i>4,63%</i>
<i>Abstenção</i>	<i>21,10%</i>

Esse governo (e tantos outros anteriores) é um exemplo de governo eleito pela minoria. É que a soma dos votos do candidato derrotado, com os brancos e nulos chega a 54,7%, configurando-se maioria. Sim, porque quem vota branco ou anula o voto não legitima nenhum dos candidatos. Se observarmos as abstenções, teremos 27,44% dos eleitores que não legitimam nenhum dos candidatos.

Este mesmo cenário, porém com uma desaprovação dos candidatos ainda maior, ocorreu nas eleições para presidente do Brasil no ano de 2018, em que 30,87% dos eleitores não queriam nenhum dos candidatos:

<i>Bolsonaro</i>	<i>55,13% dos votos válidos</i>
<i>Haddad</i>	<i>44,87% dos votos válidos</i>
<i>Branco</i>	<i>2,14%</i>
<i>Nulos</i>	<i>7,43%</i>
<i>Abstenção</i>	<i>21,30%</i>

Nessa perspectiva, somente será governo da maioria se for observada a regra dos votos válidos. Se for considerada a manifestação real da população, o governo é de minoria.

²⁵⁷ Fonte: Tribunal Superior Eleitoral.

Um olhar simples para o quadro eleitoral acima irá afirmar que a democracia, enquanto governo da maioria, está legal e legitimamente estabelecida no Brasil. Mas um olhar que divida o objeto (quadro eleitoral) em dois opostos, demonstrará que o governo é legal (porque a lei atribui como vencedor o que obter mais votos válidos), mas não foi legitimado pela maioria.

Fritjof Capra, no livro *O tao da física*, buscou explicar a relação entre os conceitos da física moderna e as ideias básicas das tradições filosóficas e religiosas orientais: Hinduísmo, Budismo e o Taoísmo.

Apresentou um paralelo interessante, em que tanto a física moderna, quanto as escolas místicas orientais sustentam “a unidade básica do universo” e a “inter-relação mútua de todas as coisas”.²⁵⁸

Assim é que a partir da física quântica, a resposta para a indagação *A parede de tijolos está parada ou em movimento?* dependerá do ponto de visão do observador.

Pela teoria quântica a matéria jamais se encontra em repouso, mas em permanente movimento. Se a observação da parede for feita macroscopicamente, a mesma aparentará inerte e passiva, contudo se a observação for feita de forma mais aproximada, perceberá o sujeito que as matérias que compõem a parede estão em constante atividade.

A explicação para este fenômeno é que todos os objetos materiais existentes no meio ambiente são feitos de átomos que se interligam de diversas formas, de modo a formar uma enorme variedade de estruturas moleculares que não são rígidas e destituídas de movimento, mas que oscilam de acordo com sua temperatura e em harmonia com as vibrações térmicas de seu meio ambiente.²⁵⁹

²⁵⁸ CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física**: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental. Tradução de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1983, p. 26.

²⁵⁹ CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física**: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental. Tradução de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1983, p. 150.

Um exemplo singelo que elucida bem a questão é o ventilador. Se as hélices estão paradas (no olhar macro), é possível observar espaços vazios entre elas. Porém, quando se põem em movimento, em razão da velocidade empregada, elas formam um conjunto que preenche o vazio, dando a impressão de que são contínuas. Se alguém tentar transpô-las colocando o dedo por entre seus vãos, não conseguirá, encontrando sempre uma delas.

O que caracteriza a dureza de um objeto é a compressão de suas partículas. Quanto mais comprimidas, mais rapidamente (em velocidade inimaginável) se movimentam, dando a sensação de uma matéria inerte e intransponível.

Perceber que toda a matéria está em constante movimento depende de um olhar em paralaxe, de uma alteração causada pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão.

Maffesoli insinua que o culto dos santos poderia ser uma brecha politeísta no rigor do monoteísmo.²⁶⁰ Essa é uma visão em paralaxe da fé católica, que ao tempo em que prega a crença em um único Deus, permite que o exercício da fé possa ser direcionado para outras figuras, que não o Deus único, os quais agiriam como intermediários.

Contudo, no cotidiano é comum perceber que muitos devotos acabam por substituir, quase que por completo, o “sujeito” adorado, ou até mesmo dividindo a adoração entre todos os “santos” eleitos pela sua crença e Deus. Não é incomum os santos católicos representarem mais do que a própria divindade para muitos fiéis.

O que Hannah Arendt fez ao afirmar que Eichmann não era portador de uma maldade extrema, mas um cidadão comum que cumpria ordens e as

²⁶⁰ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 153.

executava sem questionar, foi deslocar o objeto de observação, num típico movimento paralático.

A banalidade do mal é percebida por que Hannah desloca seu olhar das violências ordenadas por Eichmann para o próprio Eichmann. Ao invés de analisar o ato final (violência), analisa o indivíduo e identifica que a sua postura é de um cidadão comum, que não percebia as atrocidades que cometia pelo “vazio de pensamento”, pelas “frases prontas” e “clichês” que utilizava. Eichmann “era o próprio objeto do vazio do pensamento, uma espécie de ventríloquo repetindo o já dito”, incapaz de pensar por conta própria.²⁶¹

Portanto, o banal, sugerido por Arendt, não eram as atrocidades praticadas pelo nazismo, mas o fato de que elas podem ser praticadas pelo “mais ordinário dos homens”.²⁶²

A visão em paralaxe também pode ser percebida em Girard, quando fez a leitura dos mitos para demonstrar o bode expiatório. Sua análise é diferenciada por fazer a observação “deslocando os contextos, sem nada mudar de essencial nos objetos”.²⁶³

Até mesmo a liberdade apresenta outro contexto quando olhada através da lacuna paralática. Por exemplo, se busco a privação de liberdade (em condomínios fechados ou evitando o contato com vizinhança) para ter segurança, o efeito disso pode ser oposto. Explica Zizek que “é a consciência de que vivemos num universo artificial isolado que gera a noção de que algum agente omissos nos ameaça permanentemente com a destruição total”.²⁶⁴

Esse universo artificial isolado se traduz nos mundos individuais que o modelo liberal intensifica. Quanto mais isolamento, criando-se um mundo

²⁶¹ TIBURI, Márcia. **Filosofia prática**: ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 50.

²⁶² TIBURI, Márcia. **Filosofia prática**: ética, vida cotidiana, vida virtual. Rio de Janeiro: Record, 2014, p. 48.

²⁶³ GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004, p. 132.

²⁶⁴ ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 49.

“artificial”, omitindo-se o mundo real de fora dos muros que cercam o condomínio, o temor de violência aumenta. O individualismo, assim buscado como uma forma de “lugar seguro”, aumenta a sensação de insegurança. O medo é do que não se vê, do invisível. Viver em comunidade, conhece-se os “perigos” reais e sua extensão. Vivendo-se em um mundo à parte, por desconhecer o outro, desconhece-se qual o “perigo” que se apresenta e se desconhece quem é este outro.

Numa outra perspectiva e como já dito, o Direito Penal também pressupõe limitação de liberdade, o que não deixa de gerar mais insegurança e violência. Assim, tem-se que a proibição vem para resolver um impasse que aterroriza o sujeito. Entre o fazer e o não fazer determinado ato, busca-se a segurança na proibição, que o afasta do abismo da liberdade.

A angústia da liberdade é estancada pela proibição. Por isso, quanto mais se observa a lei, mais se é culpado, porque de fato essa obediência é uma defesa contra o desejo de desvio. Quando se recua a vertigem da liberdade buscando um apoio firme na ordem da finitude, esse próprio recuo é a verdadeira “Queda”. Nossa obediência à lei não é natural, mas mediada pelo desejo de transgredi-la.²⁶⁵

Sem a lei o sujeito encontra-se na vertigem da liberdade, angústia essa que o aterroriza. Com a lei a angústia acaba, por ter o sujeito deixado de fazer o ato pela proibição. Agora ele é “forçado”, “induzido” a decidir-se pela lei, já que, nesse contexto, ele tem a liberdade de escolher o que quiser, “desde que faça a escolha correta”.²⁶⁶

Se optar em fazer o que está proibido, seu ato ocasionará um efeito social. Então, enquanto a angústia estava com ele, a lei serviu para resolver um conflito interno.

²⁶⁵ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 126.

²⁶⁶ ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 17.

Com a lei, o conflito passa a ser externo, pelo efeito que o ato proibido causará no social. Se não tiver lei e optar pelo ato, haverá conflito interno pela angústia entre o fazer e o não fazer, o que origina a seguinte equação:

Sem lei = conflito interno

Com lei = conflito externo

Liberdade, nesse contexto, não é a liberdade de fazer o que se quer, de seguir as tendências sem nenhuma restrição externa, mas fazer o que não se quer, frustrar a realização espontânea de um ímpeto.²⁶⁷ A vítima tem quase sempre a vontade de vingança, mas talvez ela só será livre se fizer o que não queira: perdoar.

Mas o que se pode entender por violência? A partir de qual sentido ela pode ser vista, analisada ou percebida?

Certamente inúmeras compreensões sobre ela são articuladas. Neste estudo, delimita-se a ideia de violência a partir de uma perspectiva paraláctica, com aporte em Žižek.

Nesse contexto, a violência pode ser estudada, então, em três frentes: 1) subjetiva 2) objetiva e 3) simbólica.

A violência subjetiva, ou visível, é aquela percebida como uma perturbação do estado de coisas normal e pacífico. Os sinais mais evidentes são da violência subjetiva, pois se consubstancia nos crimes em geral, nos atos de terror, nas perturbações populares, praticados por agentes identificáveis. É a violência cotidiana, aquela mostrada excessivamente pela mídia, que chama a atenção e, justamente por isso, eleita como a ameaça principal da “paz pública”.

²⁶⁷ ŽIŽEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 272.

Zizek²⁶⁸ alerta que o observador precisa “dar um passo para trás”, a fim de poder perceber “os contornos dos cenários que engendram essas explosões” de violência (ou de sentido). Fazendo isso é que se compreende os aspectos das outras duas espécies.

A objetiva, por exemplo, é a violência sistêmica (ou do capital) e não pode ser atribuída a indivíduos, mesmo que num primeiro olhar insista-se em atribuir a ele a causa. Comum atribuir às mazelas sociais a causa de muitos desvios, quando o verdadeiro motivo está na visão do capital. Exemplo: mesmo havendo aumento da pobreza, do analfabetismo, da mortalidade infantil, o país será considerado em ascensão se for financeiramente sólido. A realidade não conta, apenas a situação do capital.²⁶⁹

A violência objetiva/sistêmica também está nas ações humanitárias praticadas pelos grandes capitais. Georges Soros e Bill Gates dividem seus tempos em especular financeiramente (Soros), abater a concorrência na busca de um monopólio virtual (Gates) e praticar ações filantrópicas, que apenas remediam os males causados pelas ações iniciais. Denuncia Zizek que “a caridade é a máscara humanitária que dissimula o rosto da exploração econômica”.²⁷⁰

São vistos como grandes benfeitores humanitários, contudo seus atos negociais e especulativos causam muito mais danos, o que confirma a frase de Hannah Arendt de que “a extrema forma de violência é Um contra todos”.²⁷¹

E quando a própria interpretação legal é fonte de violência?

Para Robert Cover²⁷² a interpretação jurídica, que tem lugar em um campo de dor e morte, atua e ocasiona a imposição de violência sobre os

²⁶⁸ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17.

²⁶⁹ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 26.

²⁷⁰ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 32.

²⁷¹ ARENDT, Hannah. **Da violência**. Tradução de Maria Cláudia Drummond. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 22.

outros, pois quando os intérpretes terminam o seu trabalho, eles frequentemente deixam para trás as vítimas cujas vidas foram dilaceradas por estas organizadas práticas sociais de violência.

O que Cover fez foi olhar a violência em paralaxe, deslocando o ponto de observação da lei e sua interpretação, permitindo que a violência fosse percebida como seu efeito e não sua causa.

Para justificar a teoria de Cover, observe-se, em paralaxe, a relação em Direito Penal e violência.

A pacificação das relações sociais, a segurança da população e a proteção da vítima são argumentos postos à venda nas prateleiras do Direito Penal tradicional e comprados a um preço barato. O consumidor que os adquire não percebe como está sendo enganado. O produto não satisfaz o anúncio marqueteiro tão propalado.

A ideia de pacificação e prevenção não passa pela punição e ameaça (Direito Penal). Esse raciocínio é equivocado e, apesar desta crítica ser repetitiva, se faz necessária justamente pela importância de se afirmar o óbvio.

A retribuição como forma de negar o crime, a prevenção geral para desestimular o pretense infrator e a prevenção especial como instrumento (utópico) de ressocialização, são inverdades mercantilizadas por meio de discursos fascistas (que não se sustentam frente ao diálogo) e adquiridas sem a necessária leitura do rótulo e prazo de validade. É barato, está na promoção, então coloca no carrinho.

Somente quando o cidadão consumidor se vê fazendo parte de um processo crime enquanto vítima é que irá perceber que foi enrolado. O que era para ser algo que satisfizesse seus anseios de segurança acaba sendo um

²⁷² COVER, Robert M. **Violence and the Word**. Faculty Scholarship Series. Paper 2708, 1986, p. 1601-1629 (tradução livre).

objeto estranho que o coloca no centro de uma relação jurídica violenta e histórica.

Ele, agora vítima, que não teve a segurança garantida pela criminalização excessiva, se vê como um objeto fora de lugar no jogo processual. Irá fazer parte do processo enquanto mero legitimador do poder punitivo estatal, que depende de uma vítima²⁷³ para o fato consubstanciar-se em crime. A sua opinião e satisfação não são elementos que importam.

Em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça²⁷⁴, nos crimes envolvendo violência doméstica, constatou-se que as “mulheres vítimas de violência doméstica que buscam o Sistema de Justiça se sentem frustradas e não ouvidas. E se o tempo voltasse atrás, não estariam dispostas a passar por todo o processo novamente”. Elas se sentem vitimizadas novamente.

A percepção de que tudo o que está sendo feito não é para lhe possibilitar uma vida mais segura, mas tão somente para cumprir com a disposição legal, abre (ou pelo menos deveria abrir) seus os olhos para a farsa do Direito Penal.

A vítima decididamente não é um sujeito de direitos²⁷⁵, já que não expressa a sua vontade e, se a expressa, não tem nenhuma garantia de que será considerada no curso do processo.²⁷⁶

No Direito Penal tradicional a tomada de consciência da vítima vem tarde demais, quando tudo já ocorreu, bem à sua frente, mas sem que se desse conta de como isso o afetou ou deixou de afetar.

²⁷³ Referência feita aos crimes que necessitem de vítima individualizada.

²⁷⁴ Conselho Nacional de Justiça. **Pesquisa revela frustração de mulheres vítimas de violência com a justiça.** Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica>. Acessado em 23 de outubro de 2017.

²⁷⁵ Com exceção da ação penal privada, onde ela é parte autora legitimada.

²⁷⁶ Isso nos crimes de ação penal pública. Por exemplo, no crime de furto, mesmo a vítima dizendo que o bem subtraído não lhe faz falta, ou que não teve prejuízo algum, o processo seguirá com uma possível condenação, caso existam provas de autoria e materialidade. Lembrando que os tribunais ainda titubeiam em aplicar a bagatela em caso de reincidência.

É o que Zizek chama de retardo temporal: “(...) um gato anda por cima do precipício, sem chão sob suas patas, mas só cai quando olha para baixo e percebe que não há chão firme”.²⁷⁷

Se o Direito Penal é percebido enquanto segurança e, logicamente, comopositor da violência, a frustração virá. Agora se ele é visto como sendo também violência, já se sabe o que dele esperar.

Essa visão paralítica é necessária e não significa uma oposição entre duas coisas, mas uma visão oposta do mesmo objeto. É isso que permite ver o Direito Penal e a violência como sendo duas partes do mesmo Um.

Em outras palavras, não há dualidade de oposição, mas uma visão diferente do mesmo objeto. A paralaxe é a lacuna existente entre as oposições do objeto. Então, o que há é uma divisão do próprio objeto em si. A lacuna permite que se olhe o objeto em dualidade, é a liberdade que se tem para observar.

O Direito Penal é uno, mas visto a partir da lacuna paralítica podem ser encontradas as facetas da segurança e da violência como sentidos que o forma. Não há dualidade entre Direito Penal (segurança) e violência. Eles fazem parte do mesmo objeto ou, nas palavras de Zizek, são “substancialmente a mesma coisa”.²⁷⁸

A violência é o pressuposto da segurança e esta, por sua vez, só se efetiva através de violência (ou ameaça). O Direito penal, sistema simbólico equivocadamente criado para dar segurança, é quem mais produz violência e, por consequência, não assegura ninguém, pelo contrário, violenta a todos.

²⁷⁷ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 271.

²⁷⁸ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 17.

A vítima é violentada em dois momentos distintos (violência natural do fato e violência institucionalizada pelo processo penal), o autor do fato (violência psicológica no curso do processo, sem contar as mazelas no curso da execução penal), os manuseadores do poder de acusar (MP) e punir (juiz), pelas angústias diárias frente à violência alheia e a ineficácia dos sistema como um todo (comum esses profissionais sentirem-se limitados frente à demanda da violência), os policiais²⁷⁹ e os agentes prisionais por razões óbvias.

Para Warat o Direito é uma intervenção coercitiva sobre a violência e a coerção como resposta à violência pode resumir-se a um sentido normativo do Direito. O Direito reivindica a possibilidade de suprimir a violência gerando respostas coercitivas, assumindo o monopólio da violência legítima e condenando ou punindo as outras manifestações da violência.²⁸⁰

Portanto, a moldura colocada no Direito Penal para que ele aparente um instrumento de proteção é a prevenção. Cria-se uma ilusão de que ele previne o crime, quando, na verdade, a moldura está apenas escondendo a sua função seletiva e de controle, pois “a prática da violência, como toda ação, transforma o mundo, mas a transformação mais provável é em um mundo mais violento”.²⁸¹

A paralaxe é essa lacuna entre o Direito Penal real (seletivo e violento) e a moldura de segurança colocada nele.

²⁷⁹ “A afirmação de que os fins da violência policial seriam sempre idênticos ao do resto do direito, ou pelo menos teriam relação com estes, é inteiramente falsa. Pelo contrário, o direito da polícia assinala o ponto em que o Estado, seja por impotência, seja devido às conexões imanentes a qualquer ordem de direito, não consegue mais garantir, por meio desta ordem, os fins empíricos que ele deseja alcançar a qualquer preço. Por isso a polícia intervém por “razões de segurança”, em um número incontável de casos nos quais não há nenhuma situação de direito clara; para não falar nos casos em que, sem qualquer relação com fins de direito, ela acompanha o cidadão como uma presença que molesta brutalmente ao longo de uma vida regulamentada por decretos, ou pura e simplesmente o vigia” (BENJAMIM, Walter. **Para uma crítica da violência**. In: BENJAMIN, W. Escritos sobre mito e linguagem. Tradução de Ernani Chaves. Organização de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011. p. 135-136).

²⁸⁰ WARAT, Luis Alberto. **Pensemos algo diferente em matéria de mediação**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 308.

²⁸¹ ARENDT, Hannah. **Da violência**. Tradução de Maria Cláudia Drummond. Rio de Janeiro: Vozes, 1994, p. 45.

Transitando pela lacuna do desejo mimético, pode-se perceber que a origem da violência não é aquela exposta no “quadro”, e sim o que está oculto na relação dos sujeitos.

A violência visível/subjetiva nada mais é do que o retorno da violência sistêmica/objetiva. Aquela é efeito desta. Se a violência subjetiva é, como dito, uma perturbação do estado de coisas “normal”, a objetiva é inerente a esse estado “normal” de coisas, é uma violência invisível que sustenta a normalidade do nível zero contra a qual se percebe algo como subjetivamente violento.²⁸²

Mesmo sendo invisível, a violência objetiva precisa ser levada em conta para entender a violência visível. O verdadeiro perigo não é percebido porque justamente não é visto, não é de conhecimento da população. Afirma Zizek que “o que nos espera é algo muito mais estranho, o espectro de uma guerra imaterial, em que o ataque é invisível – vírus, venenos que podem estar em qualquer lugar e em lugar nenhum”.²⁸³

Moisés Naím no livro *Ilícito*, trata dos crimes invisíveis mundialmente, praticados muitas vezes com a complacência de governos e grandes empresas e que são devastadoramente mais graves que os delitos cotidianamente praticados nos centros urbanos: os crimes visíveis.

O autor faz uma denúncia que além de ser preocupante, torna-se interessante por tirar a violência tradicional do foco, mostrando os reais perigos que assolam o mundo. Mesmo sendo um livro de 2006, ainda representa muitas das mazelas econômico sociais.

Naím denuncia uma rede de conspiração e delitos mundiais que não são “percebidos” pelos poderes constituídos, muitas vezes porque eles também fazem parte do “negócio”, que movimentam clandestinamente armas e munições

²⁸² ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 17-18.

²⁸³ ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução de Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 53.

(desde revólveres até ogivas nucleares), drogas, pessoas, órgãos, animais, além de lavagem de dinheiro, espionagens industrial e estatal, entre outros.²⁸⁴

A violência tratada por Naím é invisível, mas letal para milhares de vítimas (diretas e colaterais). Combatê-la é preciso, mas a prioridade é entendê-la. Explica Naím que a população e as instituições de controle tratam o comércio ilícito pautado em três ilusões: 1) que não há nada de novo – o comércio ilícito é antigo e nunca acabará – 2) que o comércio ilícito é mera questão criminal – as organizações criminosas globais são extremamente estruturadas, disciplinadas e hierarquizadas, inseridas no mercado financeiro e econômico como empresas lícitas – 3) o comércio ilícito é um negócio subterrâneo – eles estão à nossa vista, influenciam nosso cotidiano, mas não percebemos (ou fazemos de conta).²⁸⁵

Solução para o comércio ilícito mundial? Não há. Talvez a descriminalização de alguns desses comércios, ou a aplicação de instrumentos desestimuladores como a *redução de valor* e a *redução de danos*.

Esses princípios são alternativas propostas por sociólogos, economistas, especialistas em saúde pública e resumem-se no seguinte. Como o comércio ilícito (e lícito) depende do lucro para expandir, diminuir o valor das transações e sua importância diminuirá consideravelmente. Um exemplo: a liberação, por alguns países, do consumo de certas substâncias hoje proibidas, fez com que o tráfico perdesse o estímulo, justamente pela possibilidade de se adquirir a substância legalmente, por um preço menor e com segurança.²⁸⁶

²⁸⁴ A série de televisão americana *The Blacklist* retrata com muita propriedade a violência objetiva/sistêmica.

²⁸⁵ NAÍM, Mosiés. **Ilícito**: O ataque da pirataria, da lavagem do dinheiro e do tráfico à economia global. Tradução de Sérgio Lopes, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006, p. 9-12 e 237.

²⁸⁶ O secretário nacional de drogas do Uruguai, Julio Heriberto Calzada, afirmou que seu país – o único no mundo a legalizar o cultivo, a comercialização e distribuição da maconha – conseguiu reduzir a zero o número de mortes ligadas ao uso e ao comércio da droga (REVISTA FORUM. Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2014/06/03/uruguai-apos-regulacao-da-maconha-mortes-por-trafico-chegam-zero/>, acessado em 20 de fevereiro de 2016). Já no Estado Americano do Colorado as estatísticas são ainda mais positivas. O tráfico tornou-se não rentável, o que afastou os cartéis mexicanos, e mesmo com a liberação, não foi constatado o aumento de usuários, o que demonstra que não é a proibição que desestimula o consumo, mas a conscientização (SPOTNIKS. Disponível em

Mas porque a violência subjetiva e suas vítimas incutem uma maior comoção? Zizek²⁸⁷ explica que a “alta potência de horror de certos atos violentos e a empatia com as vítimas funcionam como um engodo que impede de pensar”.

Isso justificaria, por exemplo, porque os atentados de 11 de setembro de 2001 (EUA) e de 13 de novembro de 2015 (Paris) ganham mais repercussão, destaque e comoção do que as 86 crianças queimadas vivas na Nigéria em janeiro de 2016, pelo grupo terrorista Boko Haram, ou as 276 meninas sequestradas pelo mesmo grupo em 2014, que apenas aparecem nas estatísticas que completam as mais de 2 mil mulheres e crianças sequestradas na Nigéria entre 2014 e 2015.

A guerra civil no Congo que dura desde 1994, os conflitos armados na Síria, que já ultrapassa 5 anos, no Iêmen e na Líbia são exemplos de vítimas que não ganham destaques na tela mundial e não permeiam o imaginário social.

Outro país que vive um intenso conflito civil é o Sudão, cujo relatório divulgado pela União Africana, organização regional que integra 52 países, evidencia os horrores vividos pela população do Sudão do Sul desde o início da guerra civil que assola o país há 3 anos, dando conta que além das violências “normais” de um confronto desta espécie, há registros de civis forçados a consumir sangue e carne queimada de membros de seu grupo étnico, num típico canibalismo forçado.²⁸⁸

Os atentados em Paris e nos EUA claro que são graves, mas representam uma violência pontual e controlável, tanto que as respostas dos

<http://spotniks.com/confira-o-que-esta-acontecendo-colorado-9-meses-apos-legalizacao-da-maconha/>, acessado em 20 de fevereiro de 2016).

²⁸⁷ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 19.

²⁸⁸ RUIC, Gabriela. **Estupro e canibalismo: os horrores da guerra no Sudão do Sul**. Exame. Disponível em <https://exame.abril.com.br/mundo/estupro-e-canibalismo-os-horrores-da-guerra-no-sudao-do-sul/>. Acessado em 19 de fev. 2019.

governos aos ataques foram imediatas, culminando na prisão e morte dos referidos terroristas.

Enquanto isso, as guerras civis devastam multidões diariamente, seja pela fome, violência sexual, execuções, migrações forçadas etc. Esses horrores, por serem diários, não ganham o devido destaque, não emocionam. A ruptura desta apatia por alguns dias, não se enganem, virá com atos violentos pontuais de grande escala (talvez mais uma centena de crianças e mulheres sequestradas).

Justamente por serem cotidianas, essas violências não transparecem urgência e não chamam a atenção das ajudas humanitárias na intensidade necessária.

Seria isso, então, uma amostra de violência simbólica?

A violência simbólica está presente na linguagem, na dominação do discurso, na imposição de um universo de sentido. Explica Zizek que na linguagem não se exerce uma violência contra outra pessoa, mas sim procura-se debater, trocar palavras que, mesmo sendo agressivas, reconhece o outro.²⁸⁹

Quando os atentados em Paris e nos EUA são debatidos, entendidos ou não, mas interpretados por “especialistas” e colocados como pauta principal nas agências de comunicação mundial, se está, por meio da linguagem (comunicação) reconhecendo-se o outro enquanto vítima.

Por consequência, a omissão do discurso com as guerras civis é a negação daquelas pessoas enquanto vítimas e, por conta disso, as violenta ainda mais.

²⁸⁹ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 59.

A violência simbólica também se faz por meio do que Lacan denomina de significante-mestre. O mestre é aquele que inventa um significante novo (ponto de basta), que estabiliza a situação, transformando a desordem em ordem.²⁹⁰

Em uma desordem social, com desintegração de instituições, o Mestre (poder), mesmo não acrescentando nenhum conteúdo positivo, oferece um novo sentido para o que já existe.

Em uma sociedade afundada em corrupção e violência subjetiva, natural que o mestre ofereça mudanças no campo penal (significantes), que mesmo sabendo da ineficácia, serve para aparentar um controle da desordem.

Esse é um procedimento comum no Brasil. Para combater a violência juvenil, o significante agora é diminuir a idade penal. Para combater a impunidade, o significante é flexibilizar a regra constitucional da presunção de inocência.

O primeiro significante já foi aprovado pela Câmara dos Deputados e esconde uma mentira que já foi analisada no trabalho. A prisão ou ameaça dela não inibe o crime. De outro lado, o que este novo significante pretende é desfocar o olhar da população dos reais problemas juvenis: educação, família, cultura, moradia, etc.

A segunda situação, ocorrida no dia 17 de fevereiro de 2016, diz respeito à decisão proferida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no HC 126292/SP, que por maioria (7x4) autorizou o início de cumprimento de pena após condenação em segundo grau, flexibilizando a regra contida no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal, que disciplina a presunção de inocência: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

²⁹⁰ ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 56-57.

Muitos são os argumentos contrários a essa decisão equivocada do Supremo: 1) a presunção de inocência não é um princípio, mas uma regra constitucional e, por tal motivo, não pode ser ponderado; 2) trata-se de uma garantia, cláusula pétrea por excelência, cuja alteração não pode ocorrer nem mesmo por emenda à constituição e, quiçá, por decisão judicial.

A decisão do STF cria um novo significante para a impunidade e a criminalidade, que é a presunção de inocência. Afastando ela, ambas diminuiriam. Ledo engano, e só o tempo mostrará o equívoco dos Ministros.

Os exemplos citados tratam de significantes-mestres que, no jogo de linguagem (quanto mais cedo prender o jovem e quanto menos defesa for concedido ao infrator, menos violência terá), nada mais são do que inverdades criadas para o grande público que, antes de combater a violência, causarão muito mais.

A violência aqui é o efeito de atitudes catastróficas criadas a partir de jogos de linguagem, numa escancarada criação de bodes expiatórios.

Se Lacan utiliza-se do “significante-mestre”, Giddens trabalha com o “desencaixe dos sistemas sociais” e que pode ajudar na compreensão desta aceitação do discurso populista penal.

Esse desencaixe seria o “deslocamento das relações sociais de contextos locais de interação e sua reestruturação através de extensões indefinidas de tempo-espaço”.²⁹¹

Giddens apresenta dois mecanismos de desencaixe envolvidos no desenvolvimento das instituições sociais modernas: fichas simbólicas e sistemas peritos. O sistema perito, que interessa na espécie, é traduzido como sendo “sistemas de excelência técnica ou competência profissional que

²⁹¹ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5ª reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 24.

organizam grandes áreas dos ambientes material e social em que vivemos hoje”.²⁹²

Para ele os sistemas peritos são mecanismos de desencaxe, porque removem as relações sociais das imediações do contexto. Para o leigo a confiança em sistemas peritos não depende nem de uma plena iniciação nestes processos, nem do domínio do conhecimento que eles produzem. A confiança é um artigo de fé.²⁹³

O senso comum se baseia no sistema perito, confia nele e aceita como “verdade” aquilo que ele diz.

O que se tem visto na operação lava jato, por exemplo, é a confiança da população leiga²⁹⁴ no juiz que conduz o caso, mesmo que a comunidade jurídica, em sua maioria, sustente pelos arbítrios e desmandos constitucionais praticados pelo magistrado.

E confiança, para Giddens²⁹⁵, é a crença na credibilidade de uma pessoa ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico).

Nesse caso específico, o sistema é muito mais imperito que perito, mas a confiança da população existe e isso se explica pelo fato dela ter como principal requisito “a falta de informação plena”, já que toda confiança é “num certo sentido confiança cega”,²⁹⁶ o que se coaduna com a noção de massa outrora analisada.

²⁹² GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5 reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 30.

²⁹³ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5 reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 31.

²⁹⁴ Apesar de muitos setores sociais manifestarem apoio à operação, dentro da comunidade jurídica penal há quase que uma unanimidade pelas muitas ilegalidades da operação.

²⁹⁵ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5 reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 36.

²⁹⁶ GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5 reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991, p. 35.

Na obra: *à Espera dos Bárbaros*²⁹⁷, J. M. Coetzee retrata um vilarejo afastado de tudo, onde o Estado se faz presente por meio de um magistrado e de alguns guardas. Na simplicidade do povo, a vida corre seu curso naturalmente, sem maiores enfrentamentos e com espaço para as paixões e emoções.

Esta rotina é rompida com a chegada do Coronel Joll, emissário de uma misteriosa “Terceira Divisão de Guardiães do Estado”, que veio à procura dos bárbaros que, supostamente, viveriam além das fronteiras do vilarejo e muito perigo representariam ao governo central.

O juiz e todos os moradores do vilarejo jamais tomaram conhecimento da existência de tais bárbaros e estranham os motivos que trazem as forças oficiais até ali. O que sabiam era da existência de maltrapilhos que viviam em algumas vilas distantes, deserto a dentro, mas que nunca representaram perigo, sendo que o único sentimento que autorizavam era o da compaixão.

Indiferentes com estas informações e na busca cega por um inimigo, as forças oficiais rumam ao deserto, que pouco a pouco deita a maioria dos soldados. Os que ficam no vilarejo desencadeiam a desestrutura do local, com a privação da liberdade do próprio magistrado, que é levado à condição de prisioneiro comum, a exploração sexual das mulheres e a violência desmedida em praça pública com a finalidade de “dar exemplo” aos demais (típico mecanismo de bode expiatório).

Onde antes havia uma sociedade equilibrada em suas diferenças, agora faltava o básico para viver, sendo o conflito a regra.

Os bárbaros nunca foram encontrados, alguns indigentes detidos no caminho serviram de troféu às forças oficiais, que em nome de uma guerra contra um inimigo inexistente conseguiu destruir a vida de inúmeras pessoas e

²⁹⁷ COETZEE, J. M. *À espera dos bárbaros*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

desagregar famílias inteiras, que aprenderam na vivência que a violência do Estado é muito pior que a violência social.

A pergunta que fica é: Afinal, quem são os bárbaros?

Em *Um conto de duas cidades*²⁹⁸ Charles Dickens apresenta uma complexa narrativa que retrata paixão, movimentos sociais, revolta, culpa e morte. O conto mistura as realidades de Inglaterra e França revolucionárias do século XVIII, e os conflitos sociais que emergiam na época.

O autor constrói um enlace entre seus personagens, apresentando as mais variadas estórias, que se iniciam de forma isolada e aleatória, se cruzando no fim da narrativa.

O ponto de referência para o enredo são as revoluções Francesa e Industrial, onde são apontados os problemas sociais e políticos da França e da Inglaterra.

Dickens explora o momento histórico em que a população passava por uma histeria coletiva, onde a morte e o medo eram vistos com naturalidade pela população, cujos personagens viviam uma inconstância psicológica diante das dificuldades de um ambiente caótico.

O conto retrata as dualidades nascidas na luta entre a tirania e a busca pela liberdade, a qual, paradoxalmente, acaba se transformando em violência, ódio e vingança.

Dickens apresenta uma série de dualidades, de visões diferentes sobre o mesmo objeto, o que pode ser perfeitamente identificado com a ideia de paralaxe trazida por Žižek.

²⁹⁸ DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2011.

A maior dualidade pode ser constatada na própria Revolução Francesa. Esse período que naturalmente é visto como o marco inicial das liberdades individuais e da igualdade, causou muita violência, dor e sofrimento que pode ser retratado pela passagem que inicia o livro:

Aquele foi o melhor dos tempos, foi o pior dos tempos; aquela foi a idade da sabedoria, foi a idade da insensatez, foi a época da crença, foi a época da descrença, foi a estação da Luz, a estação das Trevas, a primavera da esperança, o inverno do desespero; tínhamos tudo diante de nós, tínhamos nada diante de nós, íamos todos direto para o Paraíso, íamos todos direto no sentido contrário.²⁹⁹

Em se tratando de uma revolução como foi a iluminista, onde havia a necessidade de superar-se o antigo modelo de governo, o emprego de violência entre os revolucionários e os que tentavam manter o poder é plenamente justificada. Contudo, Dickens deixa transparecer que além dessa justificável e necessária violência, havia outra praticada entre os iguais revolucionários, o que acabou distorcendo a própria ideia revolucionária.

Assim, ao tempo que os revolucionários não aceitavam a violência e a arbitrariedade imposta pelo Estado, praticavam violência contra o Estado (justificada) e também contra os demais cidadãos. Brigavam por liberdade e igualdade, mas não davam este mesmo direito ao próximo, na medida em que agiam de forma egoística, cada um cuidando de seu próprio interesse, opondo-se à fraternidade gritada pela revolução.

A Revolução Francesa é sempre difundida como o marco de uma virada histórica e humana. Com ela, deixou-se o que era "desigual e arbitrário" para trás, surgindo ideias "iluminadas" que igualaram o povo em muitos direitos. O arbítrio foi contido!

A questão é: qual o preço que se pagou para chegar a isso? O povo lutava por um Estado mais justo e igualitário, porém não mantinha nas relações

²⁹⁹ DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2011, p. 15.

privadas "justiça" e igualdade. Logo, é possível dizer que a desigualdade social nascia do próprio povo, através da concorrência, inveja e conflitos.

Assim, ao deslocar o objeto, percebe-se que a violência³⁰⁰ esteve presente em todos os momentos da revolta e permeou todas as relações. Foi o que originou a revolução (violência praticada pelo Estado contra a população) e a condição necessária para a implantação do novo modelo de Estado (violência inerente à própria revolução entre revolucionários e mantenedores do poder).³⁰¹ Enquanto as bases do Estado Iluminista se firmavam, ela eclodia entre a população, numa demonstração de atos contrários a tudo aquilo que este mesmo povo havia proposto como ideia revolucionária³⁰². Pós Iluminismo, ela se apresentou novamente de forma mais acentuada contra o povo, agora camuflada em instituições legitimadas pelos próprios destinatários (aqui pode-se apresentar o Direito Penal enquanto agência de controle formal).

Pensar que o arbítrio e a violência foram estancados com a Revolução Francesa é pura ingenuidade. O objeto (violência) sempre esteve lá, antes, durante e depois, bastando uma mudança de foco do observador para percebê-la tão ou mais cruel que a pré-existente.

Giddens³⁰³ traduz os efeitos pós revolução da seguinte forma:

³⁰⁰ Aqui entendida em todas as suas formas.

³⁰¹ "(...) contudo, mosquetes eram distribuídos, bem como cartuchos, pólvoras e balas, barras de aço e de ferro, facas, machados, picaretas e cada arma que a perturbada engenhosidade pudesse descobrir ou imaginar. As pessoas que não pudessem munir-se de nenhuma outra coisa feriam as mãos até sangrarem arrancando pedras e tijolos dos muros. Cada pulso e coração de Santo Antonio batia tenso e fabril. Cada criatura viva ali não dava nenhum valor à própria vida, enlouquecida com uma apaixonada disposição de sacrificá-la. (DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2011, p. 252).

³⁰² "[...] em cada portão das cidades e coletarias das aldeias havia bandos de patriotas cidadãos, com seus mosquetes nacionais no mais explosivos estados de prontidão, que retinham todos os que chegavam e saíam, interrogavam-nos, inspecionavam-lhes os documentos, procuravam-lhes os nomes em listas, mandavam-nos de volta ou em frente ou prendiam-nos, de acordo com que seus caprichos julgamentos ou fantasias considerassem melhor para a nascente República Una e Indivisível da Liberdade, Igualdade, Fraternidade ou Morte" (DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2011, p. 289).

³⁰³ GIDDENS, Anthony. **Política, Sociologia e Teoria Social: Encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo**. Tradução de Cibele Saliba Rizek, 1ª Reimpressão, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 105-106.

Se a Revolução acabou com o *Ancien Régime*, ela também preparou o terreno para alguns problemas políticos e sociais de ordem geral que iriam assombrar a França durante mais de um século. Mais do que estabelecer a sociedade liberal, burguesa, que era proclamada em seus *slogans*, a Revolução Francesa abriu fendas sociais de natureza crônica. Se ela foi uma revolução “bem sucedida”, não o foi suficientemente e produziu aquele ciclo de revolução e restauração que vem dominando a história francesa até os dias de hoje.

Outra obra que apresenta uma interessante amostra da paralaxe é o romance *Ressureição*³⁰⁴ de Tolstói. Escrito em 1889 e publicado 10 anos depois, o livro tem origem em uma conversa que o autor teve com um importante jurista Russo, que lhe deu informações sobre o sistema penal e prisional da época, o qual, não se espante, é muito atual. A partir destas informações Tolstói narra uma detalhada e cativante novela, que envolve as misérias do submundo prisional e legal.

A trama envolve dois personagens, através dos quais todo o enredo se articula. Katerina Mikháilovna Maslova, filha de uma criada e de pai desconhecido, é semiadotada por duas solteironas da nobreza que vivem em sua propriedade rural, tias de Dmítri Ivánovitch Nekhludov, o protagonista da história.

Se por um lado Maslova é educada como moça de família, por outro serve como uma espécie de criada às duas irmãs. Em um período de férias, o jovem Nekhludov, ainda estudante, se apaixona por Maslova. Envolvem-se e deste relacionamento Maslova engravida, sendo abandonada por Nekhludov antes que ele saiba.

Mãe solteira, Maslova é expulsa pelas tias e acaba entrando para um famoso prostíbulo da capital. Ali foi acusada de um assassinato por envenenamento, que não cometeu.

³⁰⁴ TOLSTOI, Leon. **Ressureição**. Tradução de Ilza das Neves e Heloisa Penteadó. Rio de Janeiro: Martins, 1957.

O reencontro entre ambos se dá no dia do julgamento de Maslova, ocasião em que Nekhludov é um dos jurados. A condenação de Maslova a trabalhos forçados na Sibéria ocorre por um erro de interpretação do júri. A partir de então Nekhludov assume toda a culpa pela condenação de Maslova, em razão de tê-la abandonado, o que motivou sua expulsão da casa das tias e a entrada no mundo da prostituição.

Essa aproximação de Nekhludov com Maslova, que já iniciava o cumprimento da pena, aguardando a transferência para a Sibéria, fez com que ele conhecesse o mundo da prisão e dos prisioneiros³⁰⁵. Não poucas vezes indignou-se com as histórias contadas sobre condenações por fatos banais ou até mesmo por falta de prova alguma, mas também das vidas dos demais presos. A vivência de Nekhludov na prisão e com os detentos o fez analisar a sua própria vida e verificar o que realmente estava por trás de todo o sistema penal.

A paralaxe apresenta-se em vários momentos na obra. O ser (objeto) analisado (Maslova) é vítima de uma violência social repaginada pelo abandono, falta de estudos e condições de inserção social adequada. Continua sendo violentada, agora pelo poder institucional do judiciário (erro grosseiro e desinteresse dos juízes pelo fato em razão de ser prostituta). Contudo a única violência percebida é aquela que ela não praticou, já que era inocente da acusação proferida.

A pena também pode ser deslocada, expondo efeitos ocultos tão importantes quanto os sofridos por Maslova. Se é correto dizer que a pena de prisão foi aplicada a Maslova, também é correto dizer que esta pena aprisionou muito mais Nekhludov do que a própria condenada. Em suas palavras é fácil perceber a tomada de consciência ao afirmar que “está aprisionado à Maslova”.

³⁰⁵ “À medida que observava de perto as prisões e os acampamentos, Nekhludov compreendia que os vícios espalhados entre os presos, a embriaguez, o jogo, a violência, a impudicícia, não eram a manifestação do pretérito tipo criminal, inventado pelos sábios ao serviço da autoridade, mas sim a consequência direta da aberração monstruosa, mercê da qual certos homens se arrogaram o direito de julgar e punir outros homens” (TOLSTOI, Leon. **Ressureição**. Tradução de Ilza das Neves e Heloisa Penteado. Rio de Janeiro: Martins, 1957. p. 425).

A pena alcançou muito mais ele do que ela, mas ao tempo em que se “aprisiona” à vida dela, Nekhludov se liberta de si próprio e dos seus preconceitos e ideais outrora existente, porque conseguiu ter uma visão de mundo muito diferente do que tinha.

A liberdade se dá a partir do momento em que Nekhludov percebe os absurdos e a corrupção social e política. Nekhludov fazia parte deste mundo, agora não mais. Antes tinha uma vida livre, mas aprisionada. Passou a ter uma vida aprisionada (à Maslova), contudo livre.

Eis uma típica lacuna paralática.

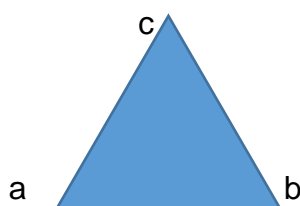
A partir das questões tratadas nesse capítulo, identificou-se **a)** a necessidade do retorno ao coletivo, numa proposta de cooperação e compreensão dos problemas sociais - movimento de tribalização - (Maffesoli); **b)** que o desejo mimético é a origem de muitas violências e que a tentativa de se controlar a violência coletiva se dá por meio do bode expiatório (Girard); **c)** que a violência, olhada em paralaxe, possibilita uma nova compreensão do fenômeno.

Com isso, a certeza é que o Direito Penal tradicional não possui instrumental para identificar e lidar com tais deslocamentos. Já foi visto que o Direito Penal aposta na punição como mecanismo de pacificação social e prevenção, o que é um equívoco. O Direito Penal mantém e até mesmo deteriora as relações até então existentes entre infrator e vítima, pois não sabe lidar com o desejo e desconhece que o ser humano deseja por natureza e que “o desejo faz de nós escravos”.³⁰⁶

No mecanismo do desejo mimético, o mediador mantém sua visão (desejo) apenas para o objeto, sem perceber o mediador que lhe inspira. Em um triângulo equilátero o mediado está em um vértice da base (a), o objeto

³⁰⁶ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 303.

desejado (pessoa ou objeto) no outro vértice da base (b) e o mediador no topo (c).



Nesta relação o mediado visualiza apenas o objeto, num olhar linear, estando o mediador oculto para ele. A visão em paralaxe autoriza mudar a posição do observador (a), que deixa de olhar para (b) e passa a perceber a presença e interferência de (c).

A visão em paralaxe da violência desloca o olhar linear entre a vítima e o autor para a relação triangular entre mediador, mediado e objeto, onde a compreensão do desejo mimético, enquanto origem da violência, permite que as partes percebam os motivos e, através do diálogo voluntário, consigam perceber que antes de haver a dualidade fática – autor-vítima – todos colaboram para o surgimento do conflito.

Espera-se que com este movimento paralático, o mediado entenda que o desejo nasceu por uma imitação e que o objeto, caso não consiga possuir por meio de suas forças e com lealdade ao outro, não pode motivar a aquisição a qualquer custo.

As perguntas que surgem após o alinhamento dos temas são:

- 1) Essa reconstrução da percepção pode ser feita por meio do método restaurativo?
- 2) Tem a restauração a condição de fazer com que os “atores” compreendam o fato-crime, a partir de suas realidades, singularidades e limitações?
- 3) O método restaurativo pode fazer com que o mediado (infrator) desfoque o desejo, passe a perceber o porquê deseja e a entender

que o “prestígio do mediador se comunica ao objeto desejado, conferindo a este último um valor ilusório”?³⁰⁷

- 4) A conscientização do desejo mimético, sendo uma possibilidade concreta para a resolução de muitos conflitos, pode ser alcançada por meio dos métodos restaurativos?

O objetivo, a seguir, será verificar a importância de se utilizar o método restaurativo comunitário, enquanto técnica mais eficiente que o direito penal tradicional e o método restaurativo judicializado, para compreender e colaborar na resolução dos desvios que não chegam ao sistema penal institucionalizado.

Tal técnica, *a priori*, se caracteriza por lidar com os conflitos sociais, respeitando as individualidades e compreendendo a origem do desvio, oferecendo aos envolvidos um ferramental mais eficiente para amenizar os efeitos do ato, que o oferecido pelo sistema penal tradicional.

2.4 O MÉTODO RESTAURATIVO LEGITIMA A TOMADA DE DECISÕES

Passou a hora de “superar a problemática do homem realizado em sua totalidade, da sociedade perfeita”.³⁰⁸ Aceitar que esta perfeição não chegará, fará com que as pessoas parem de perder tempo na sua busca, de comprar a última peça do “quebra cabeça humano relacional” e pagar um preço alto que, muitas vezes, obriga a extraviar, sem perceber, as demais peças já adquiridas.

A violência/desvio diz algo, é preciso ouvi-la e entender sua causa. Há uma chance de minimizá-la, na medida em que for compreendida e não apenas combatida. Não se trata, como explica Maffesoli,³⁰⁹ de erradicar a violência, mas de torná-la suportável. Os conflitos de todos os tipos não passam da

³⁰⁷ GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009, p. 40.

³⁰⁸ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 28.

³⁰⁹ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 85.

expressão social de um conflito interior inconsciente. Por isso, reconhecendo-o, seus efeitos podem ser moderados.³¹⁰

Nietzsche enfatizou que “a dureza, a violência, a escravidão, o perigo na rua e no coração, a arte de que tudo no homem é mau, terrível e tirânico serve tão bem para a elevação da espécie humana quanto o seu contrário”.³¹¹ É, desta forma, motivo para sua diminuição, como também para a sua elevação, a depender do ponto do observador. A bondade e elevação surge da necessidade de se superar a baixeza e maldade.

A face obscura da natureza do indivíduo, cuja domesticação ainda é perseguida, não pode ser visto como algo negativo. A crise deve absorver a revivescência que ela protagoniza, já que “a parte destruidora, do excesso e da efervescência é o que antecipa uma nova harmonia”,³¹² ou, como afirmou Girard, “para que o amor verdadeiro seja possível, é preciso que o ódio também o seja”.³¹³

O utilitarismo, tão afeto ao Direito Penal, “despreza tudo aquilo que exige um gasto dispendioso que a ninguém beneficia”.³¹⁴ Refuta, por exemplo, a filosofia e por reflexo a sociologia, a criminologia e tantos outros setores do conhecimento, cujo ganho não são aparentes e instantâneos. Daí porque o apego à prisão como modelo punitivo universal.

Seu falso utilitarismo retributivo e preventivo ilude os adeptos, que refutam toda forma punitiva diversa do enclausuramento, justamente pelos efeitos destas formas alternativas fugirem “aos seus olhos”. Imagina-se que o que não se vê, não existe.

³¹⁰ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 102.

³¹¹ NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 69.

³¹² MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 18.

³¹³ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, p. 50.

³¹⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal**: prelúdio a uma filosofia do futuro. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 133.

Por isso a necessidade de superar o modelo tradicional punição/retribuição do Direito Penal, por uma técnica que busque a compreensão da violência e se preocupe antes com suas causas, do que com seus efeitos, danos e reparação, numa tentativa de exercitar a tolerância com o erro do próximo e a compreensão da imperfeição alheia.³¹⁵

A dificuldade de abandonar o modelo punitivista por um método que busque reaproximar autor e vítima, ou, antes ainda, evitar que se distanciem, demonstra a falta de solidariedade e interesse em viver em comunidade.

Provocativa é a afirmação de Nils Christie³¹⁶ de que o “crime não existe”, mas apenas atos, aos quais “são atribuídos diferentes significados em cenários sociais diferentes”. Seu raciocínio parte do pressuposto de que a desinformação dentro de um sistema social possibilita a um ato ser atribuído o significado de crime. Assim, quanto mais distantes as relações, mais difícil de compreender o ato e mais provável sua desaprovação, sendo o primeiro passo para a criminalização, o que justifica a “importância da proximidade/distância na criação de sentido” em todas as áreas sociais.

Para Nils, “quando entendemos um pouco mais o comportamento das pessoas, ou especialmente se somos capazes de nos colocar na situação dessas pessoas, o monstro se dissolve”.³¹⁷

Numa sociedade altamente individualista, competitiva, é natural a ausência de compreensão do ato do outro, justamente pelo desconhecido que é. A percepção de Nils, de que “a distância social é uma das condições para o uso maciço do sistema penal”³¹⁸, se aproxima da ideia de retorno aos grupos, de Maffesoli.

³¹⁵ “Só a imperfeição é sinal de vida. A perfeição é sinônimo de morte” (MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 56).

³¹⁶ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 20-27.

³¹⁷ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 83.

³¹⁸ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 90.

Lembra Zizek que “os traumas que não estamos dispostos a ou não somos capazes de relembrar assombram-nos com mais força”. É necessário, complementa, “aceitar o paradoxo de que, para realmente esquecer um acontecimento, precisamos primeiramente criar a força para lembrá-lo”.³¹⁹

No mesmo sentido afirma James Hollis que “é falsa a ideia de que aquilo que desconhecemos não nos magoaria; na verdade, o que não conhecemos nos fere fundo”.³²⁰

Dawnkis vai além, ao teorizar que a generosidade e o altruísmo precisam ser aprendidos, justamente porque “nascemos egoístas”. Para ele é preciso compreender que “nossos próprios genes egoístas tramam, porque assim, pelo menos, poderemos ter a chance de frustrar seus intentos, uma coisa que nenhuma outra espécie jamais aspirou fazer”.³²¹

Desta forma, o método restaurativo, ao fazer as partes envolvidas no fato resignificarem o sentido da violência, suas causas e efeitos, auxilia na sua compreensão, pois “o que não existe continua a insistir, lutando para passar a existir”.³²²

Facilitando-se o diálogo e a aproximação com o outro e consigo próprio, num momento de reflexão e percepção de si e do outro, o método restaurativo pode ajudar os envolvidos. E a beleza disso está na “procura de suas próprias virtudes”.³²³

Há uma necessidade premente de “descer às profundezas da vida”, de “vincular-se a esse abismo negro da animalidade que dorme em cada um, da

³¹⁹ ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 37.

³²⁰ HOLLIS, James. **Sob a sombra de saturno: a ferida e a cura dos homens**. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulus, 1997, p. 12.

³²¹ DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 6.

³²² ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003, p. 37.

³²³ NIETZSCHE, Friedrich. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015, p. 153.

crueza, também do prazer e do desejo”.³²⁴ A violência é, assim, um ato final de toda uma trajetória pessoal, consciente e inconsciente. Tratar apenas do fim não recompõe suas perdas e tampouco as da vítima.

Não se pode temer esse enfrentamento. Superar o medo da animalidade, que segundo Maffesoli³²⁵ “é a base da perspectiva universalista e o ponto de partida de todos os moralistas”, está na ordem do dia. Reconhecer o mal é falar do interior de si mesmo e do interior do mundo e desse modo reconciliar-se com a alteridade, com o diferente.³²⁶

Na justiça tradicional o estigma é tão grande que uma vez etiquetado como criminoso, o indivíduo é relegado às margens da sociedade. Portas se fecham e ele próprio não se sente mais integrante daquela comunidade. A vítima, muitas vezes, também assim se encontra, seja pelos danos do crime, ou pela ausência de perspectiva de que o problema será resolvido ou amenizado. É preciso dialogar, pois “o diálogo em si parece constituir uma renúncia à agressividade”.³²⁷

No sentido de que o encontro é salutar também para a vítima, explica Susan Salasin:

(...) atendendo a que a maioria das vítimas são estigmatizadas pela família, pelos amigos, pelo público (...), [aquelas] aprendem a ocultar o seu estatuto, a não falar sobre o que aconteceu, a não compartilhar os seus sentimentos. Estas atitudes aumentam a sensação de vergonha e de rejeição, agravando a resposta ao trauma pela vítima.³²⁸

Ron Claassen dá o exemplo do roubo da carteira, dizendo que

³²⁴ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 37.

³²⁵ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 38.

³²⁶ MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004, p. 82.

³²⁷ LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998. p. 109.

³²⁸ SALASIN, Susan Salasin. **Introduction: a blow of redirection**. *Invisible Wounds: Crime Victims Speak*, Binghampton. Nova Iorque: Harrington Park Press, 1986. p. 3.

o agente poderá admitir a culpa (...). Mas ele não terá consciência e, portanto, não será responsabilizado pelo facto de a vítima ter tido de solicitar uma nova carta de condução, cartões de crédito e eventualmente por ter trocado as fechaduras de casa devido ao receio de o agente ter tomado conhecimento da sua morada, entre outras coisas. (...) As necessidades da vítima criadas pelo crime serão praticamente ignoradas pelo agente, no processo penal tradicional.³²⁹

Para Zehr³³⁰ “a justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós”, mesmo que seja “desagradável vivenciá-la”.

A escolha em abraçar a responsabilidade, em detrimento de negá-la, exige o respeito ao próximo, na medida em que é “preciso respeitar a alteridade que existe no outro”.³³¹

Essa experiência enriquece os sentidos e mostra aos envolvidos “a igualdade ética e jurídica dos diversos tipos de sujeitos e suas diferentes modalidades indentitárias”.³³²

É um exercício de alteridade que se fundamenta “num pacto de não agressão recíproca, onde as partes se comprometem a resolver os conflitos por meio de uma negociação que desemboca em um compromisso de entendimento”.³³³

A pena, pela justiça retributiva, apresenta as funções de retribuição e prevenção geral e especial, onde a ideia de ressocialização é a que mais se destaca, não pela eficiência, mas pela crença ilusória de sucesso.

³²⁹ CLAASSEN, Ron. **Restorative Justice Principles** (full version), 1996. Disponível em: <http://peace.fresno.edu/docs/rjprinc2.html>. Acessado em 14 de setembro de 2018.

³³⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 191-192.

³³¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e alteridade**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 207.

³³² LUCAS, Douglas Cesar. **Conflitos identitários e mediação: o vir à fala das diferenças**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 153.

³³³ WARAT, Luis Alberto. **Pensemos algo diferente em matéria de mediação**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 312.

Por todas as críticas já apresentadas a essa impossibilidade de ressocializar alguém, ainda mais por meio do cárcere, olhando-a a partir da ética da esperança proposta por Laín Entralgo, com mais razão ainda sua ineficiência é demonstrada.

Crer, esperar e amar é a tríplice condição que define a essência humana, segundo Laín,³³⁴ e que se resumem em: abertura à realidade (digna de credo), abertura ao futuro e ao outro.

Ele apresenta algumas espécies de esperança sendo a *espera inane* a crença ingênua que tudo acabará bem, independentemente de minha ação ou atividade. É um “passar o tempo”, um “fazer por fazer”: “Más que el ‘yo’, el sujeto de la espera inane es el ‘se’ impersonal, el Man Heideggeriano, um ‘se’ especialmente inconsistente y laxo”.³³⁵

A *espera circunspectiva* é a esperança que surge da segurança da própria atividade, que Laín identifica como sendo o homem moderno burguês e que se caracteriza pela desconfiança e pela autossuficiência. É uma atividade de domínio da realidade, colocando tudo a serviço de seu próprio interesse.³³⁶

É, a todo custo, uma atitude ética contrária à esperança genuína, centrando-se no próprio interesse, com uma forma de agir excludente, típico do liberalismo.

A *espera autêntica o radical* é a forma mais profunda de entrega, porque se especifica no “cumplimiento de una vocación personal”.³³⁷

Esse modo de esperança leva em conta a possibilidade de fracasso, sendo íntima do ser, um princípio criador e unificador. É autêntica como uma

³³⁴ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoría del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962 (tradução livre).

³³⁵ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoría del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 546 (tradução livre).

³³⁶ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoría del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 548 (tradução livre).

³³⁷ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoría del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 549 (tradução livre).

vocação, onde o ser deseja ser ele mesmo, fenômeno que ocasiona a “muerte biográfica”.³³⁸

Outra característica é a vocação pela felicidade, que somada à vocação e à esperança, forma a tríade inseparável do que deve ser o projeto do homem. Essa felicidade não se alcança isoladamente, mas de forma solidária, partilhada.

Os objetos da esperança genuína são apresentados por Laín como: seguir vivendo, seguir sendo nós mesmos e ser mais. A esperança genuína “no puede ser un bien individual, sino un bien compartido”.³³⁹

Nessa perspectiva, a pena enquanto prevenção (justiça retributiva) se articula com as *esperas inane* e *ciscunspectiva*, enquanto o método restaurador se amolda à *espera auténtica*.

Beristain, por sua vez, propõe um modelo de justiça criminal que se afasta por completo do tradicional método retributivo, com olhar restaurador, mas que não se fecha, havendo a necessidade de se olhar ao futuro, numa tentativa de reconstruir realidades diferentes das até então existentes.

O método recriativo perpassa pelo restaurativo, mas não para nele, se adianta. Explica Beristain que o método restaurativo “procura solucionar o problema, restaurar o dano resultante do delito”, enquanto a recriadora “não admite uma culpabilidade moral, unicamente admite a culpabilidade jurídica” e empenha-se “a favor da restauração, mas não a considera suficiente, porque esta olha o passado mais que o futuro”.³⁴⁰

³³⁸ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoria del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 550 (tradução livre).

³³⁹ LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoria del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962, p. 585. (tradução livre).

³⁴⁰ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 178-179.

O modelo recriador busca a “compreensão” do comportamento do infrator, das vítimas e da sociedade, e a partir dela, como resposta, a criação que preencha o dano ocasionado pelo desvio e, mais que isso, que possibilite e fomente a “evolução reavaliadora para o amanhã”.³⁴¹

A Justiça Recriadora, na proposta de Beristain, deseja recriar a convivência harmoniosa, superando “a repetição circular da cultura helênica” evitando-se a repetição até o acerto, mas seguindo e recriando um novo viver. Esse modelo deverá servir-se das diversas teorias construtivistas e na moderna antropologia que “constata o poder inovador da pessoa e da construção social da realidade”, colaborando para que a pessoa alcance “um jeito humanamente produtivo, não no sentido mercantil fabricante de objetos, senão no pessoal, recriador de sujeitos, começando por si mesmo”.³⁴²

Portanto, o processo recreativo posiciona os sujeitos numa relação diferenciada, onde os “outros, os distintos cessam (dão baixa) como adversários para se converterem em complementares, que recriarão a ordem social destrocada pelo delito de ontem, e construirão a ordem jurídico-social de amanhã”, num “encontro triangular” que possibilita a compreensão do desejo mimético motivador do delito.

Em muitas situações de desvio o infrator não consegue sozinho visualizar toda a dinâmica que envolve o crime (incluindo pré e pós ato) e o que o levou a praticá-lo, pois é comum que isso não seja de sua percepção consciente. Nesses casos é imperioso que o sujeito seja orientado, conduzido a observar determinadas situações que podem tê-lo motivado.

Outras vezes ele até compreende, mas não aceita as causas que o levaram a desviar. Nessa situação é importante que ele perceba que a

³⁴¹ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 179.

³⁴² BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 180-181.

mudança passa por ele, pois a não aceitação, por exemplo, de que o motivo do crime foi o desejo mimético patrimonial, inevitavelmente o fará repetir o ato.

Há situações, ainda, que o infrator age consciente e se regozija com o mal causado. Para essas pessoas, caso não sejam portadoras de alguma disfunção psíquica que possa justificar o deleite pelo sofrimento alheio, necessário a intervenção hábil para conduzi-lo à conscientização das fronteiras necessárias ao convívio social.

E isso, categórica e comprovadamente, não se pode alcançar com o método retributivo, cujo caráter maniqueísta, sua abstração filosófica, seu casamento com a moral religiosa, seu falso pressuposto de que toda a sociedade está de acordo com o Estado, impedem a diversidade de cosmovisões que convivem na sociedade.³⁴³

De qualquer forma e independente do termo utilizado – restaurativa ou recriadora – a concepção destes modelos parte de um pressuposto comum, que é a delegação aos envolvidos da tomada de decisão.

2.4.1 O Modelo Particularista de Tomada de Decisão

Frederick Schauer, no livro *Las Reglas em Juego*,³⁴⁴ aborda a tomada de decisão baseada em regras e nas situações vivenciadas cotidianamente pelos cidadãos.

Nesse sentido é que trabalha com a regra particularista, que “se centra en la situación, caso o acto particular y abarca de este modo todo aspecto del

³⁴³ BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000, p. 176.

³⁴⁴ SCHAUER, Frederik. **Las Reglas en Juego**: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

acontecimiento particular que motiva la decisión que resulte relevante para tomarla”.³⁴⁵

Para esse modelo o que importa para os tomadores de decisão é encontrar o melhor resultado para casos determinados e específicos. A dinâmica, ao tomar uma decisão, é orientada pela aquisição dos resultados que façam sentido ao caso em questão, estando de acordo com as concepções e expectativas dos particulares.

De acordo com o modelo particularista apresentado por Schauer, as regras não passam de guias que apenas auxiliam na busca do melhor resultado, funcionando como sugestões e, desta forma, a sua aplicação não é necessária quando indicam resultados contrários àqueles que se chegaria caso uma análise levando em consideração todos os fatores relevantes fosse feita.

De maneira similar, se a tomada de decisão baseada em regras é uma opção entre várias, não é necessário que a torne fundamental para o controle e coordenação social. Logo, no modelo particularista, nenhum elemento pode ser excluído logo de início. Qualquer fato que tenha relevância para alcançar o melhor resultado é incluído para se chegar a uma decisão definitiva. As regras funcionam apenas como sugestões.

O modelo particularista vai além das regras convencionais, admitindo a possibilidade de correção e inclusão, desde que se torne capaz de gerar o resultado mais adequado e correto. Isso ocorre não só por estar escrito em uma norma, mas pelo fato de dar autonomia ao agente envolvido, podendo ele se ajustar da melhor forma.

Já o modelo baseado em regras se apresenta de forma absolutamente fechada, não permitindo a consideração de outras razões ou extensão:

³⁴⁵ SCHAUER, Frederik. **Las Reglas en Juego**: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.p. 138.

La toma de decisiones basada en reglas se distingue de la particularista justamente porque algunas características del hecho, que de otra manera serían relevantes en la decisión, son actual o potencialmente ignoradas por la generalización sub y sobreincluyente que constituye el predicado fáctico de cualquier regla.³⁴⁶

O particularismo de Schauer é uma possibilidade plausível enquanto modelo decisório, onde as regras seriam absolutamente transparentes, permitindo ao aplicador autonomia para considerar todas as possíveis considerações morais, sociais e legais sobre o caso.

Ele é sensível às regras e torna o cenário do processo de tomada de decisões mais complexo e sofisticado. Nesse modelo, existe uma presunção de que as regras devem ser respeitadas, por isso, diante de cada caso deve-se ponderar as justificações geradoras de regras e as justificações substanciais para determinar a decisão.

Assim, esta presunção pode ser sobrepujada na ocorrência de razões suficientes para tal, mas o valor da existência da regra passa a integrar o cálculo decisório do juiz.

Como se vê, a regra particularista leva em conta muito mais as particularidades do caso concreto e das pessoas envolvidas do que a descrição legal. Nesse modelo, todas essas particularidades devem se somar ao comando legal, fornecendo ao órgão julgador várias perspectivas que irão colaborar na construção da decisão.

Esse é o termo. A decisão deve ser construída e não imposta. E nessa perspectiva a regra, fechada em seu comando, não contempla os vastos anseios sociais envolvidos no conflito.

Avalia Maffesoli que “está em curso um movimento de retorno da Unicidade rígida, fechada, identitária da instituição para a Unicidade flexível

³⁴⁶ SCHAUER, Frederik. **Las Reglas en Juego**: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004. p. 138.

que agrega uma harmonia conflitual das diversas tribos, numa constelação onde há lugar para todos”.³⁴⁷

Pertinente à colocação de João Pedroso:

Os conceitos de justiça alternativa ou informal de resolução de litígios nasceram “fora do direito estadual” e corresponde-lhes um conjunto de práticas e de processos, mais ou menos informais de resolução de conflitos, com o recurso, em regra, a uma terceira parte, que permite prevenir ou resolver o referido litígio. Este tipo de justiça privilegia formas de justiça mais ou menos espontâneas geradas no seio das comunidades, privilegiando os meios da negociação e consenso. O desenvolvimento destes processos alternativos ou informais de resolução de litígios constitui um movimento de pensamento aparecido nos anos 60/70, que questionava a centralidade dos modos jurisdicionais em matéria de regulação social, preferindo os modos informais, descentralizados, fazendo apelo à participação activa das partes e dos cidadãos na resolução dos seus conflitos.³⁴⁸

O método restaurativo, de certo modo, é um exemplo de regra particularista, na medida em que ao aproximar os envolvidos e a comunidade, os permitem falar e ouvir, refletir e questionar, facilitando a compreensão dos motivos que originaram a violência.

Nesse exercício dialético, fornecerão os elementos necessários para a tomada de decisão, que será construída a partir dos desejos e necessidades reais de cada parte e não do que a regra ou o julgador supõe.

A regra, nesse caso, é a moldura que abrigará a tela criada pelas partes.

Nesse prisma, explica Alexandre Morais da Rosa que:

El mediador al asumir una postura exploratória del contexto del mundo de los mediados que no se confunde con la aprehensión de la realidad del propio mediador, cuida de

³⁴⁷ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 17.

³⁴⁸ PEDROSO, João. **Percursos da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Direito e Democracia. Canoas vol.4, n.1 1º sem. 2003 p. 47-89.

respetar los límites de cada caso mediado, sin juicios morales y éticos, pero dentro de la legalidade.³⁴⁹

O método restaurativo acolhe várias estratégias diferentes, que são aplicadas em contextos que exigem uma ou outra forma de intervenção mais específica.

Difícil dizer qual o método mais eficaz, uma vez que a particularidade de um caso concreto pode exigir a aplicação de um determinado método que não seria o ideal para outra situação.

Dentre as várias possibilidades, tem-se os programas de mediação vítima-infrator, os círculos e as conferências, como alguns que podem ser aplicados.

2.5 MÉTODO RESTAURATIVO COMUNITÁRIO: O Lugar e o Sentido da Restauração

No trabalho será utilizado o termo justiça restaurativa para designar a “mediação” do caso penal que ocorre exclusivamente no poder judiciário. E o termo método restaurativo para designar as restaurações comunitárias desvinculadas do poder judiciário.

Esse sentido dado às palavras, ou jogos de linguagem, é “algo análogo a pregar uma etiqueta numa coisa. Pode-se chamar isso de preparação para o uso de uma palavra”.³⁵⁰

Assim, jogo de linguagem é o acordo feito entre as partes para estabelecer o sentido das palavras. Exemplo: A e B acertam que A subirá na casa para arrumar a antena de TV e B irá dizer OK quando a TV estiver sintonizada. Neste caso o OK não é apenas uma palavra mas corresponde à

³⁴⁹ ROSA, Alexandre Morais da. **Mediación contextual**: el enigma de la violencia y de la mediación com adolescentes, p. 6. Disponível em <http://emporiadodireito.com.br/wp-content/uploads/2015/09/livreto-bx.pdf>, acessado em 15 de fevereiro de 2017.

³⁵⁰ WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 36.

frase “a TV está sintonizada”. E isso só foi possível porque houve um acordo de linguagem prévio entre A e B.

Um quadrado apresenta 4 espaços vazios que são preenchidos com as letras *A*, *N* e *V*, que correspondem as cores *Azul*, *Negro* e *Verde*. O preenchimento fica nesta ordem: *A N N V*. Se perguntar quantos elementos possui o quadrado, a resposta pode ser 4 (se considerar o número de letras), 3 (se considerar apenas as letras diferentes) ou 2 (se considerar o lado de dentro e o lado de fora). E se perguntar quantas cores possui o quadrado, a resposta será *Azul*, *Negro*, *Negro* e *Verde*, por que foi esse o ajuste prévio estabelecido entre os sujeitos.

Uma sequência de números 2, 4, 6, 8 e 10, pode representar a fórmula $2 (+2)$, $4 (+2)$... mas poderia ser a fórmula $2 (+3 -1)$, $4 (+3 -1)$... o resultado é o mesmo, porém as fórmulas são diferentes. Sem se estabelecer qual a fórmula usada, as respostas serão múltiplas e todas elas corretas.

Por isso, a importância de se definir o sentido da palavra. Porém, apenas dar o sentido não é suficiente, deve ele, também, corresponder ao sentido dado. Por exemplo, o termo justiça restaurativa é comumente utilizado como uma forma alternativa à sanção penal, que previne o crime e que pressupõe voluntariedade.

A partir desta “etiqueta” colada na palavra justiça restaurativa, toda vez que ela é invocada, vem acompanhada da ideia de que representa algo diferente do direito penal tradicional.

Contudo, como será visto adiante, essas características não estão presentes na Justiça Restaurativa, uma vez que ela não designa necessariamente algo diferente do direito penal, pois também é seletiva, sancionadora e não há voluntariedade, podendo haver consenso, o que é muito diferente.

Esse é um exemplo de etiqueta que não corresponde ao sentido verdadeiro da palavra, o que é bastante comum, pois não é porque designo que o coelho da páscoa representa chocolate que o coelho (animal) tenha qualquer relação com ovo de chocolate. E, mais ainda, que o ovo tenha qualquer relação com o chocolate. Essa figuração tem algum sentido mítico, mas não real.

Nesse prisma é que as características atribuídas à justiça restaurativa serão encontradas, mesmo, nos métodos restaurativos comunitários. Esses sim são algo diferente do direito penal.

Quando se fala em desjudicialização dos métodos restaurativos, de forma alguma se está pensando em ausência de controle ou parâmetros legais.

Deixar o modelo restaurativo sob responsabilidade da comunidade, sem regras bem delineadas, pode “regredir a uma forma de justiça pré-moderna, onde os princípios de justiça cedem em nome da partilha coletiva de uma concepção de bem”.³⁵¹

É imperioso que os limites, a forma de atuação e quem possa atuar esteja regulamentado. Sem isso, corre-se o risco de legitimar o que Philip Oxhorn e Catherine Slakmon denominam de justiça alternativa, ou “(micro) sistemas de justiça paralelos que existem fora do aparato judicial formal e fora dos limites legais”.³⁵²

O contraponto seria uma justiça alternativa legal que

constituem (micro) sistemas de justiça paralelos que existem fora do aparato judicial formal mas dentro dos limites legais, e

³⁵¹ AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. **Mediação e justiça restaurativa**: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/25028/2/49820.pdf>, p. 109. Acessado em 26 de janeiro de 2017.

³⁵² OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 199.

que fornecem justiça por canais que não são monopolizados pelo sistema de justiça formal mas são legitimados por uma forma de consenso da sociedade.³⁵³

O que chama a atenção é justamente o fato desse sistema funcionar em obediência à lei, mas distante do sistema de justiça formal.

Os benefícios deste método são muitos, podendo-se destacar a diminuição das demandas judiciais, com a ressalva de que ela não visa “transferir a carga da justiça do Estado para o nível local”, mas sim recursos de poder pela administração da justiça no nível local”. Com isso, a “micro-justiça deixa mais recursos de poder disponíveis para as pessoas no final da escala social na forma de informações e capacidade de agir”.³⁵⁴

Ressalvam, ainda, que “se as agências estatais tentarem monopolizar os programas de micro-justiça, há um risco de se minar a legitimidade e a sustentabilidade dos projetos”.³⁵⁵

Os círculos são um bom exemplo da possibilidade de se restaurar fora do judiciário, de forma preventiva.

Explica Pranis³⁵⁶ que os círculos objetivam fazer com que se reconheça o “impacto de nosso comportamento sobre os outros, bem como a interconexão de nossos destinos” operando a partir da “convicção de que cada pessoa tem dignidade e valor intrínsecos. Todos nós merecemos igual respeito

³⁵³ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 199.

³⁵⁴ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 201.

³⁵⁵ OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 205.

³⁵⁶ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 42.

e também a oportunidade de expressar nosso ponto de vista” o que dificilmente ocorre na justiça criminal.

A simples imputação formal de um delito por si só já desumaniza o ser e sua dignidade é exaurida pela mácula do estigma, sendo muito mais provável que esta convicção (dignidade e valores) seja respeitada fora do sistema de controle penal, em mecanismos restauradores comunitários.

Nem todos os círculos tomam decisões, mas quando assim agem, elas são consensuais, ou seja, quando todos os participantes estejam dispostos a viver segundo a decisão e apoiar sua implementação. As decisões consensuais sempre resultam em acordo mais eficazes e sustentáveis, pois conferem poder a todos.³⁵⁷

A decisão é mais democrática porque os interesses de todos devem ser levados em conta, o que, convenha-se, jamais poderá ocorrer em um procedimento restaurador judicializado, onde há sempre uma “imposição” (explícita ou implícita) da restauração a ser feita.

Os círculos são processos de contação de história, cujo objetivo é compreender a situação e procurar uma boa saída, não através de sanção, ordens e conselhos, mas partilhando histórias de luta, dor, alegria, desespero e vitória.³⁵⁸

Como pensar que isso possa ter espaço dentro do judiciário? Para essas práticas é preciso mais espaço para o manejo das emoções, dores e sentimentos do que o encontrado no método restaurativo judicializado, pois “antes de tentar resolver as questões ou partir para a ação é preciso investir

³⁵⁷ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 54-55.

³⁵⁸ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 56.

algum tempo ajudando os participantes a encontrar sua ligação como seres humanos”.³⁵⁹

Outro método é a “transformação de conflitos”, termo empregado por John Paul Lederach, cuja técnica teria por característica fazer uma abordagem “que seja sensível à crise, ao invés de uma abordagem *movida* pela crise”.³⁶⁰

Quando se fala em “sensível à crise” pode-se pensar uma forma preventiva, já quando se pensa em “movida pela crise”, sugere-se a aplicação nos efeitos do conflito. No primeiro caso, antes do crime ocorrer, mas ainda em fase de conflitos primários, e no segundo momento o crime ocorreu e o sistema penal já está em movimento.

A transformação, na conceituação de Lederach,³⁶¹ busca “criar uma estrutura capaz de tratar do *conteúdo*, do *contexto* e da *estrutura* do relacionamento”, compreendendo “o episódio conflituoso isolado dentro de seu contexto como algo pertencente a um padrão muito maior”.

Há, na transformação de conflitos, a utilização do próprio conflito como base investigativa para a superação e encontro de uma situação pacífica. O olhar é amplo e respeita a identidade de cada um, a qual é “fundamental para a proteção de um sentido de sobrevivência individual e grupal e ganha importância especial durante os conflitos”, contudo “raramente recebe tratamento explícito durante os mesmos”.³⁶²

³⁵⁹ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 57.

³⁶⁰ LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 46.

³⁶¹ LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 24 e 29.

³⁶² LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 70-71. Para o autor “a identidade molda e move a expressão do conflito, quase sempre na forma de vivas exigências e intensas preferências em relação ao resultado das questões em disputa. Em seu nível mais profundo, a identidade reside nas narrativas de como as pessoas as enxergam a si mesmas: quem são, de onde vieram, o que temem se tornar, o temem perder” (p. 70-71).

Também o “Modelo Zwelethemba”³⁶³ de gestão da capacidade local busca mobilizar o conhecimento e a capacidade comunitários para administrar e aumentar a segurança dentro das comunidades pobres.

Esse método veio a ser chamado de “pacificação”, porque se preocupa com o estabelecimento da paz face ao conflito interpessoal os indivíduos diretamente envolvidos, os quase são vistos como participantes ou “partes” e não como “vítimas” e “infrator”.

As reuniões locais são convocadas pelos pacificadores, que buscam identificar pontos críticos que podem vir a gerar conflitos. A atuação é muito mais preventiva e se distancia dos sistemas formais de controle.

Importante frisar que o modelo “não deve de forma alguma ser visto como equivalente a uma estratégia conduzida pelo Estado de ‘responsabilização’”. No método de construção de paz o Estado não “fica no leme” e a comunidade ‘rema’. Pelo contrário, o modelo assume uma devolução tanto do ‘leme’ como dos ‘remos’ como uma forma de fortalecer a capacidade para a auto-direção local dentro de comunidades pobres”.³⁶⁴

Já o modelo utilizado em São Francisco, denominado Conselhos Comunitários, se estrutura na comunidade – bairros –, onde os agentes de resolução de conflito são pessoas da comunidade. Esse projeto recusa qualquer caso que já esteja correndo judicialmente. Explica Howard que este programa “é uma forma de educar e fortalecer a comunidade a fim de que ela resolva seus próprios problemas”.³⁶⁵

³⁶³ Esse modelo teve início em uma comunidade pobre perto da Cidade do Cabo, chamada Zwelethemba. As informações foram retiradas de FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 91-123.

³⁶⁴ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 108-109.

³⁶⁵ ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 204.

Na Bélgica, a Lei de 22 de junho de 2005, que instituiu a mediação para qualquer fase do processo penal (mediação para a reparação), estabelece que o serviço de mediação deve ser organizado e administrado por ONGs privadas, sob a supervisão de uma Comissão Deontológica sobre a Mediação.³⁶⁶

As práticas restaurativas encontram, na escola, um *locus* bastante rico em matéria de transformação de conflitos, sendo de extrema importância “a parceria com o sistema escolar, não apenas por ser a escola uma referência para a comunidade escolar, mas, também, porque é na escola que se ensina a convivência”.³⁶⁷

O método restaurativo tem por diferencial o convite à reflexão que, se aceito, passa a ser um instrumento que ajudará a entender e repensar o ato. A restauração não pode ser intervencionista e sim dialógica, e quando ela está dentro do sistema penal, acaba sendo, mesmo que não explicitamente, intervencionista, pois faz parte de uma engrenagem que separa “os bons dos maus, os escolhidos dos condenados, as ovelhas das cabras, os rebeldes dos dóceis, os tratáveis do intratáveis, os de alto risco dos de baixo, o que valem a pena dos que não valem”.³⁶⁸

Nesse prisma, a restauração comunitária busca mudar o equilíbrio entre o Estado e a sociedade civil em favor desta última, sendo que os programas que são baseados localmente e dirigidos por associações não-governamentais devem ter maior potencial restaurativo do que os projetos administrados centralmente, controlados pelo Estado.³⁶⁹

³⁶⁶ Van CAMP, Tinneke; DE SOUTER, Vicky. *Restorative justice in Belgium*. In: MIERS, David; AERTSEN, Ivo (Eds.). **Regulating restorative justice: a comparative study of legislative provision in European Countries**. Frankfurt: Verlag Für Polizeiwissenschaft, 2012, p. 10.

³⁶⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>. Acessado em 21 de maio de 2018.

³⁶⁸ COHEN, Stanley. **Visiones de control social**. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988, p. 134-135.

³⁶⁹ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO,

João Pedroso amplia a discussão:

As alternativas aos tribunais judiciais não se limitam simplesmente a uma renovação das técnicas de gestão de conflitos, mas constituem, como referi, uma corrente de pensamento aparecida nos anos 60/70. Os movimentos comunitários e/ou religiosos pretendem, com o desenvolvimento destas alternativas à justiça, um meio de promover um novo modelo de justiça, menos conflitual e mais consensual, que permite à comunidade reapropriar-se da gestão dos conflitos com a intervenção de não profissionais. Estes movimentos desenvolvem sobretudo experiências de mediação em matéria penal, de vizinhança e mesmo escolar, com a formação de mediadores pertencentes a diferentes comunidades. No entanto, no movimento ADR não se encontra uma ideologia, mas uma pluralidade de ideologias, o desenvolvimento deste fenómeno em todos os domínios da vida social, da família à escola, passando pelo bairro, sem esquecer a prisão, parece traduzir a emergência de novos modelos de regulação social, fundados na descentralização, na desprofissionalização, e na desjudicialização. Esta concepção repousa sobre a hipótese que a diversidade e a complexidade da vida social encorajam o desenvolvimento de modos descentralizados de resolução de litígios, permitindo assim aos cidadãos reapropriarem-se dos meios de gestão/resolução dos conflitos. Este modelo de regulação traduz não somente as mudanças na distribuição e organização do poder, mas também uma redefinição das relações entre o que se chama a sociedade civil e o Estado e, mais particularmente, na atribuição de legitimidade a quem pode resolver litígios.³⁷⁰

Helena Cláudio Fragoso, na década de setenta, apontava entre os caracteres necessários para a idealização de uma justiça penal verdadeiramente inclusiva e igualitária, a desjudicialização de determinados conflitos e a mediação dos envolvidos:

Orienta-se o Direito Penal de nosso tempo no sentido de uma nova humanização, resultado de uma larga experiência negativa. Sugestivas, a propósito, são as propostas de desjudicialização, ou seja, no sentido de retirar do sistema jurisdicional certo tipo de conflitos, que até hoje têm recebido solução punitiva. A experiência de certos países socialistas nesse sentido é valiosa, e é formidável o que se tem feito no

Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 90.

³⁷⁰ PEDROSO, João. **Percurso(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Direito e Democracia*. Canoas vol.4, n.1 1º sem. 2003 p.47-89.

Canadá. Em certo tipo de conflitos surge dar relevância à composição entre a vítima e o transgressor, para solução do problema penal. Reclama-se, assim, menos Direito Penal.³⁷¹

Ademais, se é importante apresentar propostas que restaurem e tornem a privação de liberdade uma questão secundária, é primordial criminalizar menos, diminuir os tipos penais e aplicar o método restaurativo no fato-social violento (ainda não criminalizado), antecipando-se ao futuro fato-crime. Esse, parece ser, o método que realmente se interessa pela restauração das relações.

Só se pode chamar de humanizado um método, quando ele criminaliza menos. Se ele busca “punir melhor” é porque ele trabalha com a lógica positivista de controle e proteção social, utilizando-se da pena como instrumento preventivo simbólico. Isso não tem muito de humano, pois toda pena sistematizada traz em si a não escuta e o desinteresse pela história do outro.

Por exemplo, o humanismo proposto por Luc Ferry baseia-se na “constatação de uma exterioridade ou uma transcendência radical de valores” que se manifestam exclusivamente na “imanência da consciência”, onde a verdade, a justiça, a beleza ou o amor não são inventados, mas descobertos em “mim mesmo” como algo que “me ultrapassa” e que me é dado “a partir de fora”.³⁷²

Cohen faz uma crítica ao “moderno” sistema de controle penal que não pode ser desconsiderada. Segundo ele, “as intenções declaradas ocultam os interesses e os motivos verdadeiros escondidos por detrás do sistema”, constituindo-se em “uma fachada para tornar aceitável o exercício de outra forma inaceitável do poder, da dominação ou dos interesses de classe, que

³⁷¹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal: parte geral. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 559.

³⁷² FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Objetiva, 2010, p. 120.

são, por sua vez, o produto de uns particulares imperativos político-econômicos”.³⁷³

É preciso refletir se o movimento restaurador é pensado a partir dos sujeitos ou como estratégia de esvaziamento do sistema penal/prisional. A ideia é humanista ou operacional burocrata?

Esconde-se, talvez, por detrás do discurso “humanizador” uma intenção político-econômica de esvaziamento do sistema e diminuição de custos.

Também é importante ter em mente que a criminalização cria a rotulação, que gera desajustes, independente da pena que venha a ser aplicada. Não se pode fechar os olhos para isso. Rotular é desumanizar.

Na lição de Warat,³⁷⁴ o “gesto inaugural da democracia” está no esvaziamento das proibições/punições, já que quanto mais amplo for o sistema penal, menos democrático é o Estado.

Por isso uma virada perceptiva é fundamental para um equacionamento e equilíbrio da violência, já que ela é inerente ao ser humano, que se move pelo desejo. Tomar consciência do mediador, daquilo que o leva a desejar é extremamente importante. O objeto da restauração deve ser o fato/violência e os motivos que o originaram e para isso não é preciso a intervenção do direito penal.

É importante focar a análise da violência no desejo relacional, justamente porque não se compreende que o desejo é mimético, e por não saber o porquê se deseja, simplesmente deseja-se a todo e qualquer custo.

Não se olha a causa do desejo, que é mediado. Por isso não se compreende que se deseja a partir do desejo do outro, chamado de mediador.

³⁷³ COHEN, Stanley. **Visiones de control social**. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988, p. 44-45 (tradução livre).

³⁷⁴ WARAT, Luis alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2 ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 31.

Quando esse mediador está distante (mediação externa) não há problema conflitual. Porém quando o mediador se aproxima (mediação interna) é muito provável que o conflito apareça, pelo fato de haver uma disputa pelo mesmo objeto (ou ser). Com a mediação interna se vive a inveja, o orgulho e o egoísmo e a partir daí o ato violento está prestes a surgir.

Para Zizek³⁷⁵ o vício de uma pessoa má é “estar mais preocupada com os outros do que consigo mesma”. A inveja não é o desejo pelo Outro, ou de ser desejado pelo Outro, mas o desejo pelo que o Outro deseja (citando Lacan). A inveja é do Outro “que tem o que não temos e o goza”. Se é assim, então o mal aparece como um sacrifício, onde o sujeito ignora seu próprio bem-estar, desde que possa privar o Outro de seu gozo.

Com isso, pode-se afirmar que o sujeito sacrifica sua liberdade para privar o Outro do gozo dos bens que ele não possui. Nessa perspectiva, a pena é inconscientemente aceita pelo autor do ato ilícito, o que desconstrói toda a teoria da pena, em suas funções preventivas.

O “mal” pode ser apenas um desejo de imitar o Outro (desejo mimético de Girard). Se não posso ter, ele também não terá. Perco a liberdade, mas ele perde a possibilidade de gozar, mesmo tendo.

Ainda, na linha de Zizek, quando diz que o vício de uma pessoa má é estar mais preocupada com os outros do que consigo mesma, desnuda-se a importância de fazer com o que essa “pessoa má” possa também se preocupar consigo mesmo, em um processo de autoconhecimento que o ajudará a encontrar muitas respostas aos conflitos criados e vivenciados.

³⁷⁵ ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões laterais. Tradução de Miguel Serras Pereira. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 78-81.

Assim, confirma-se o que disse Maffesoli,³⁷⁶ de que o conflito é, de regra, nada menos do que racional, mas preferencialmente transpassado pelo afeto ou, acrescenta-se, desafeto.

Por isso a necessidade de se conhecer esse processo. Com acerto afirmou René Girard que “essa cegueira para o mimético deixa a porta escancarada para a escala da violência”.³⁷⁷

Essa introspecção não tem espaço no processo penal. O método restaurativo até pode facilitar essa des/re/construção íntima, mas não deve ficar limitado apenas aos selecionados pelas agências de controle penal e nem estar vinculado às agências de controle.

Tudo isso está a comprovar a mentira que se vive no discurso irracional e vazio de Lei e Ordem. A crença na mentira, diz Nietzsche, é para suportar a vida: “Temos necessidade da mentira para sobrepujarmos essa realidade (segundo ele há apenas um único mundo, e este é falso, cruel, contraditório, sedutor, sem sentido), essa verdade, quer dizer para vivermos”.³⁷⁸

Essa mentira existencial, ou a sensação de ter vivido algo não real foi retratado por Tolstoi no conto *A morte de Ivan Ilitch*.³⁷⁹ O personagem, ao sentir a morte chegar, começa a perceber que talvez tudo o que viveu e tudo o que os seus amigos e familiares estão a viver é uma falsidade, um faz de conta. A morte lhe traz a compreensão da falsidade que o cerca e o aproxima da “realidade” ao sentir-se impotente frente ao fenômeno inadiável e fatal.

É imperioso, então, que se amplie a lente para questões que notadamente ultrapassam o binômio autor-vítima, que são estruturais e sociais,

³⁷⁶ MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005, p. 26.

³⁷⁷ GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011. p. 55.

³⁷⁸ NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 426.

³⁷⁹ TOLSTOI, Liev. **A morte de Ivan Ilitch**. Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

as quais o autor de um dos livros mais importante sobre o assunto reconhece não ter lidado “satisfatoriamente” quando o escreveu.³⁸⁰

Em suma, o método restaurativo comunitário objetiva 1) alcançar o máximo dos desvios e não apenas aqueles conhecidos pelas agências formais, sem que isso represente uma expansão de controle; 2) agir preventivamente fora do sistema penal, atuando nas intenções de violência ainda em estado latente; 3) ser aplicado em núcleos sociais e comunitários, não como forma substitutiva da punição, mas como instrumento que facilite a compreensão da motivação da violência (latente ou aparente).

2.6 QUAL A IDEIA DE JUSTIÇA QUE O MÉTODO RESTAURATIVO COMUNITÁRIO DEVE BUSCAR?

Apesar deste trabalho não se preocupar em conceituar “justiça”, seja pelas inúmeras correntes existentes ou pelo subjetivismo que o termo apresenta e por não ser o objetivo da pesquisa, não se afasta a possibilidade e até mesmo a necessidade de confrontar o método restaurativo com algumas noções de justiça.

Ciente das inúmeras concepções do termo, optou-se em analisá-la pelo filtro das três categorias trabalhadas por Michael J. Sandel: Utilitarismo; Liberdade e Virtude.³⁸¹

A justiça enquanto utilitarismo tem seu expoente em Bentham, que traduziu a ideia de que “o mais elevado objetivo moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor”³⁸² ou, nas palavras do próprio autor, “por princípio da utilidade entende-se aquele princípio que aprova

³⁸⁰ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 262.

³⁸¹ SANDEL. Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

³⁸² SANDEL. Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 48.

ou desaprova qualquer ação, segundo a tendência que tem a aumentar ou a diminuir a felicidade da pessoa cujo interesse está em jogo”.³⁸³

Já o movimento do *laissez-faire* propõe uma ideia de justiça embasada na liberdade de mercados, se opondo “à regulamentação do governo, não em nome da eficiência econômica, e sim em nome da liberdade humana”. Buscam o Estado mínimo e rejeitam o “paternalismo, legislação sobre moral e redistribuição de renda e riqueza”.³⁸⁴

Ocorre, que esse Estado mínimo pretendido é apenas na área econômica e patrimonial, já que no âmbito penal o Estado é máximo, conforme será demonstrado no capítulo terceiro.

Por fim, a virtude, enquanto régua para a justiça, é trabalhada a partir de Kant, para quem o ato é verdadeiramente moral (imperativo categórico), quando o sujeito “age apenas segundo uma máxima tal que possas ao mesmo tempo querer que ela se torne lei universal”.³⁸⁵

Fazendo um paralelo destas concepções com o método restaurativo judicializado, pode-se tirar algumas interessantes conclusões.

O método restaurativo judicializado, por mais que exija a voluntariedade dos envolvidos, certamente não pode ser compreendido como um modelo de justiça libertária, uma vez que não há liberdade plena na participação do autor do fato no processo restaurativo, mas sim uma implícita coação por parte da possibilidade de se negociar uma “pena” menos severa que a prevista no tipo penal.

Howard Zehr não se opõe à exigência de que o ofensor assuma a responsabilidade, formulando as seguintes afirmativas que podem ser feitas em

³⁸³ BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p. 9.

³⁸⁴ SANDEL. Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 78-79.

³⁸⁵ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 59.

um caso concreto: “Você errou ao lesar alguém. Você tem a obrigação de corrigir os seus erros. Você pode fazer isso voluntariamente (...). Se você não quiser aceitar essa responsabilidade, nós decidiremos por você o que precisa ser feito e exigiremos que você o faça”.³⁸⁶

Onde está a liberdade nisso? Há uma coação oculta em restaurar, sob pena de receber uma sanção mais severa.

Complementando a indagação: Seria essa uma mediação autêntica?

Warat destaca que a autenticidade é necessária para a mediação. Para começar a ser autêntico, diz, é “preciso estar consciente que não há ninguém para ser enganado”. O ser autêntico é aquele que “rompe com as instituições e vive espontaneamente, sem ser prisioneiro de uma mente que acredita assegurar os acontecimentos”³⁸⁷

Como, então, pensar que haverá autenticidade numa mediação que se estabelece somente após a descoberta do crime? Esta sistemática conduz um sujeito à restauração que muitas vezes não iria por conta própria, gerando, o encontro, um produto apenas institucional, estatístico, sem mudanças significativas nos envolvidos.

A restauração no modelo judicial também não se aproxima da concepção de justiça enquanto virtude, eis que o ato não é realizado a partir de uma conscientização natural do autor, mas sim porque foi capturado pela agência de controle penal. Se não fosse retirado de seu habitat natural (relações de conflito com a lei), certamente não teria repensado o ato.

Vê-se, então, que a restauração vinda por meio do processo judicial, após ter sido selecionado pelo sistema, não tem um valor moral em si. O

³⁸⁶ ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 187.

³⁸⁷ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 24-25.

“arrependimento” ou a reparação não é o ato de Boa Vontade³⁸⁸ de Kant, já que ele não se arrepende ou repara porque quis, mas para alcançar uma finalidade.

Só se age com autonomia “segundo uma lei que impomos a nós mesmos” e que não pode ser condicionada por vontades e desejos particulares.³⁸⁹

Essa lei universal, para Kant, é alcançada a partir do exercício da “pura razão prática”.³⁹⁰

Em suma, o ato pode ser considerado moral se for livre de toda e qualquer interferência externa (móviles). Assim, a restauração é verdadeiramente uma mudança se for realizada sem outras intenções. E quando se vê que a restauração é, na sua maioria, motivada por uma não punição mais severa, percebe-se que tal ato não tem um sentido puro e verdadeiro e, muito provável, não produzirá efeitos modificativos em sua conduta, tendo em vista que não é um ato de vontade, escolhido a partir de um sentimento puro de pacificação, mas influenciado por móviles subjetivos externos, no caso uma punição menos severa. É o que Kant denomina de

³⁸⁸ “A boa vontade não é boa por aquilo que promove ou realiza, pela aptidão para alcançar qualquer finalidade proposta, mas tão somente pelo querer (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 23).

³⁸⁹ SANDEL. Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 156. Continua o autor: “Só agimos livremente quando agimos de acordo como imperativo categórico. Isso acontece porque sempre que agimos segundo um imperativo hipotético agimos em prol de algum interesse ou objetivo externo” (p. 156).

³⁹⁰ “Só um ser racional tem a capacidade de agir segundo a representação das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma vontade. ... a vontade é a faculdade de escolher só aquilo que a razão, independentemente da inclinação, reconhece como praticamente necessário, quer dizer como bom. Mas se a razão só por si não determina suficientemente a vontade, se esta está ainda sujeita a condições subjetivas (a certos móviles) que não coincidem sempre com as objetivas... se a vontade não é em si plenamente conforme à razão (como acontece realmente entre os homens), então as ações, que objetivamente são reconhecidas como necessárias, são subjetivamente contingentes, e a determinação de uma tal vontade, conforme a leis objetivas, é obrigação”. (KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 47-48).

imperativo hipotético, quando a ação é apenas boa como meio para qualquer outra coisa.³⁹¹

De outro lado, a restauração comunitária, preventiva e voluntária, cuja mudança seja uma vontade sem contrapartidas, trocas, barganhas e vantagens externas, mas porque é um desejo de agir conforme a boa vontade, não para alcançar qualquer finalidade proposta, e sim porque simplesmente deseja e sente a necessidade de mudança, apresenta-se como um modelo diferenciado.

É o que Kant denomina de imperativo categórico, quando “a ação é representada como boa em si, por conseguinte como necessária numa vontade em si conforme à razão como princípio dessa vontade”.³⁹²

Essa ideia de Kant fica bem clara na seguinte afirmativa: “Aja de forma a tratar a humanidade, seja na sua pessoa seja na pessoa de outrem, nunca como um simples meio, mas sempre ao mesmo tempo como um fim”.³⁹³

Precisa-se compreender que o respeito ao ser humano deve ocorrer pelo fato dele ser humano. Daí que, como bem elucida Mario Ferreira Monte, “pela natureza dos direitos humanos – razão ontológica -, ou seja, por se referirem à dignidade da pessoa humana, eles entram no comum denominador axiológico, no *phatos* universal, antes mesmo de entrarem no direito positivo”.³⁹⁴

O respeito ao próximo é uma lei universal virtuosa que o sujeito deve seguir sem os móveis externos. É uma concepção que deve ser construída

³⁹¹ KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50.

³⁹² KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 50.

³⁹³ *Apud* SANDEL. Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016, p. 154.

³⁹⁴ MONTE, Mário Ferreira. *Tutela jurídica dos direitos humanos: uma visão transconstitucional*. In MONTE, Mário Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (coordenadores). **Direitos Humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 71.

internamente e compreendida que deve ser assim, por que isso é o correto, conforme sua razão antológica.³⁹⁵

Seja porque não há liberdade no processo restaurativo judicial, pois a restauração é mediada por uma oculta coação de imposição de pena, seja por que a restauração não é um ato virtuoso, tendo em vista que se restaura por algum interesse ou objetivo externo e não por um dever íntimo de melhora e reparação, o certo é que o método restaurativo judicializado se identifica com o modelo utilitário de justiça.

A questão é que o utilitarismo não pressupõe que o homem feliz seja “bom” e, nesse sentido, a restauração judicializada, mesmo que satisfaça as partes, não indica que seus comportamentos serão diferentes dos anteriores.

2.6.1 Nise, Warat e o Amor Como Caminho Para a Restauração

Nise, o coração da loucura³⁹⁶ é um filme brasileiro lançado em abril de 2016, baseado na história da Médica Psiquiatra Nise da Silveira, que nos anos 1950 posicionou-se contra os tratamentos convencionais de esquizofrenia aplicados na época.

Nise³⁹⁷ foi uma das precursoras do movimento antimanicomial no Brasil e ao assumir o setor de terapia ocupacional do Hospital Engenho de Dentro, no

³⁹⁵ “A capacidade do ser humano compreender, estruturar e transformar a realidade em si e fora de si” (DITTRICH, Maria Glória; ULRICH, Maria Carolina. **Razão técnica e razão ontológica: estruturas para compreender espiritualidade**. IV Encontro Mãos de Vida - Anais - 15 e 16 de maio de 2014, Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/aemv/article/view/9127/5062>. Acessado em 10 de março de 2017.

³⁹⁶ Direção de Roberto Berliner.

³⁹⁷ Em épocas de eletrochoques, Nise da Silveira enfrentou os procedimentos estabelecidos e apostou na arte e na interação como métodos de terapia psiquiátrica. Única mulher entre os 157 homens da turma de Faculdade de Medicina da Bahia a formar-se em 1926, foi presa dez anos depois pela posse de livros marxistas. Na prisão conheceu Olga Benário, Graciliano Ramos e outros participantes do movimento comunista, que se tornaram amigos seus. Iniciou os trabalhos de terapia ocupacional no Brasil e fundou, em 1952, o Museu de Imagens do Inconsciente, no Rio de Janeiro, documentando os trabalhos de seus pacientes nas oficinas de modelagem e pintura, valorizando-os como forma de compreender profundamente o universo interior do esquizofrênico. (MOVIMENTO ANTIMANICOMIAL. Disponível em

Rio de Janeiro, iniciou uma nova forma de lidar com os pacientes, substituindo os procedimentos usados pelos demais médicos (lobotomia, eletrochoque, punição, isolamento, coisificação do sujeito), pelo amor e pela arte.

Ela ousou olhar os pacientes como seres humanos, os quais ao sentirem que assim eram tratados, permitiram-se também ousar na relação consigo e com os demais. Com técnicas simples como o contato com a natureza e a arte, muitos afloraram potencialidades até então desconhecidas aos olhos externos. Passaram a mostrar ao mundo o que viam em seus íntimos.

A história de Nise à frente daquele espaço terapêutico, mostra que quando o ser humano tem suas limitações e diferenças respeitados, seu espaço preservado, e liberdade para expressar o que pensa, os resultados são muito positivos.

Esse método afasta-se por completo do utilizado pelo punitivismo, que aprisiona, despersonaliza, castra e estigmatiza, agressividade essa inerente ao sistema penal, que por não compreender as necessidades de cada interno, coloca todos numa mesma categoria de "marginais", e às margens são relegados.

O que Nise fez com seus pacientes foi lhes dar amor e cuidado, respeito e espaço, voz e oportunidade de se sentirem e de se expressarem, método que se assemelha com o proposto por Warat num livro que escreveu para ajudar as pessoas a "aprender a ser mediadores comunitárias". O trabalho aborda a mediação enquanto ética da alteridade que se caracteriza no "respeito absoluto pelo espaço do outro", sendo "radicalmente não invasora, não dominadora, não aceitando dominação sequer nos mínimos gestos".³⁹⁸

Sua proposta é baseada no reencontro amoroso por meio da mediação, que é a realização com o outro dos próprios sentimentos, é viver em harmonia

<http://movimentoantimanicomial.blogspot.com.br/2010/02/nise-da-silveira.html>. Acessado em 20 de março de 2017).

³⁹⁸ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 54 e 193.

com a sua interioridade e com os outros, é ter o direito de dizer o que se passa, numa busca do ponto de equilíbrio consigo e com os outros.³⁹⁹

Warat aborda o que chama de “mediação do excluído-esquecido-oprimido”, método com as características do diálogo, produzido num espaço que facilita “contágios culturais transformadores”, através da arte, justamente o recurso utilizado por Nise; confiança, não para negociar um acordo, mas para um pacto de cultura; criatividade e compaixão (sentir-se desde o outro).⁴⁰⁰

Para Warat, a “linguagem da ciência” não é capaz de compreender os mistérios da vida de cada um e, por isso, é inadequada para “trabalhar os conflitos nos processos de mediação”. Essa compreensão só acontece por meio do sentimento e do amor. Esses são os instrumentos capazes de alcançar as raízes dos conflitos. Altera-se, então, a linguagem da ciência pela “linguagem poética” dos afetos”, essa a sua proposta.⁴⁰¹

É preciso pensar a mediação como “fórmula de humanização das relações humanas” e de “construção de uma justiça entendida como preocupação em torno da qualidade de vida”, afastando-se da ideia de “castigar supostos desvios valorativos, morais, desvios de sentimentos ou ações, considerados como tais por uma forma de civilização, que faz da ordem uma neurose”.⁴⁰²

A mediação em Warat é um exemplo de como agir preventivamente ao desvio, numa concepção comunitária de aproximação e conhecimento de si e do outro que consigo se relaciona. Afastar-se da razão e aproximar-se do sentimento de pacificação. Mediar não porque é o certo (razão), mas porque

³⁹⁹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 28.

⁴⁰⁰ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 200-201.

⁴⁰¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 28-29. Ainda o autor: “A linguagem que estou chamando de coração transmite aquilo que não pode ser transmitido pela linguagem fática (entendida intelectualmente), deseja dizer aquilo que não pode ser dito pela linguagem da comunicação ordinária” (p. 29).

⁴⁰² WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 113.

desejo que assim seja feito, por ser essa uma pulsão íntima que aflora nos espaços de comunicação e auto-conhecimento.

Tarefa das mais difíceis, mas possível e genuinamente restauradora, como foi demonstrado por Nise, que transformou um “alojamento de doentes mentais” em um espaço terapêutico de criação e transformação.

Com Nise e Warat fica evidente que o amor é necessário para a mediação. Contudo, onde há poder, não há amor (Jung), o que autoriza a constatação de que sendo o sistema penal uma estrutura de poder, não há como gerenciar um reencontro amoroso na mediação judicializada.

2.6.2 Círculos

O método circular (ou círculo de construção de paz) remonta às tradições ancestrais, onde famílias se reuniam em volta da mesa da cozinha para partilhar os problemas e buscar soluções, sendo uma metodologia muito utilizada pelos índios norte-americanos.⁴⁰³

Este processo se realiza por meio do “contar histórias”,⁴⁰⁴ em que todos os envolvidos falam e ouvem, numa dinâmica que procura expor as experiências de vida de cada um. Todos têm algo a ensinar e a aprender, independente do lado que esteja (agressor/vítima).⁴⁰⁵

As experiências nos círculos de construção de paz têm mostrado que os interlocutores “se tratam como iguais e mantém trocas honestas sobre questões difíceis e experiências dolorosas, num ambiente de respeito e atenção amorosa para com todos”.⁴⁰⁶

⁴⁰³ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 15.

⁴⁰⁴ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 16.

⁴⁰⁵ “O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos” (PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 25).

⁴⁰⁶ PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 18.

O círculo é um “processo estruturado para organizar a comunicação em grupo, a construção de relacionamentos, tomada de decisões e resolução de conflitos de forma eficiente”. O círculo “incorpora e nutre uma filosofia de relacionamento e de interconectividade que pode nos guiar em todas as circunstâncias – dentro do círculo e fora dele”, explica Kay Pranis e Carolyn Boyes-Watson.⁴⁰⁷

A aplicação deste método ocorre na comunidade, na escola, no local de trabalho, no âmbito da assistência social e no judiciário.

Contudo, dos nove tipos de círculos, compreendidos pelo diálogo, compreensão, restabelecimento, sentenciamento, apoio, construção do senso comunitário, resolução de conflitos, reintegração e celebração, apenas um (círculo de sentenciamento) é dirigido à justiça criminal, sendo que os demais têm aplicação fora do judiciário.

Isso se explica pelo fato de que os círculos partem do “pressuposto de que existe um desejo humano universal de estar ligado aos outros de forma positiva”,⁴⁰⁸ e por isso sua maior aplicação deve ocorrer na comunidade, buscando restaurar as relações/fatos ainda não criminalizadas, mas que geram desencontros e diferenças.

O objetivo do círculo, então, é antecipar-se à justiça criminal, mediando conflitos em seu nascedouro, evitando, quando possível, situações mais graves.

2.6.3 Método de Resolução de Conflitos na Aldeia Tarumã-Guarani: Uma Vivência Possível (?)

⁴⁰⁷ PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No coração da esperança: guia de práticas circulares.** Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas. 2011, p. 35.

⁴⁰⁸ PRANIS, Kay. **Processos circulares.** Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010, p. 39.

Em uma visita⁴⁰⁹ aos índios guaranis da Aldeia Tarumã, localizada na Cidade de Araquari, no Estado de Santa Catarina, Brasil, foi possível compreender o método de resolução de conflito empregado na comunidade.

A aldeia, que existe desde 1987⁴¹⁰ é pequena, composta por aproximadamente 30 pessoas, sendo que 10 são crianças. Apesar da liderança ser dividida entre 3 irmãos, não há um sistema hierárquico entre eles, sendo que todos têm voz e podem se posicionar dentro da comunidade.

O método de resolução de conflito empregado pela tribo assemelha-se aos círculos, com algumas variações.

Quando ocorre algum conflito, todos se reúnem para discutir o ocorrido, até como forma de prevenir que venham a repetir o mesmo fato.

A mediação é desenvolvida pelos mais velhos e é compreendida como um meio de “passagem de conhecimento pela fala”. A palavra é livre aos envolvidos, que relatam os acontecimentos e aos demais membros da comunidade, que procuram fazer o agressor entender o porquê praticou referido ato e a não mais praticá-lo.

A sanção, se é que se pode chamar assim, já que a pena mais grave é o trabalho comunitário, é aplicada por decisão de todos os membros da aldeia e com a concordância do autor e da vítima, caso exista uma.

Nesse método a “pena” não é imposta, mas construída em consenso. O grau de reincidência é zero, pois “todos compreendem que erraram” após a conversa com a comunidade, explica um dos líderes dos Tarumãs.

Questionados sobre o último conflito que necessitou de uma atuação comunitária, a resposta foi, após algum tempo de meditação, “no ano de 2014”.

⁴⁰⁹ A visita ocorreu no dia 16 de fevereiro de 2017.

⁴¹⁰ Certamente é mais antiga, porém é a partir deste período que se tem os primeiros registros documentados de sua existência.

O que se constatou é que a aldeia não possui a cultura punitivista e sempre procura agir preventivamente nos pequenos conflitos que surgem, por meio de conversa e orientação. Dizem que esse método tem se mostrado bastante eficiente na prevenção de fatos mais graves.

Contudo, mesmo quando algum ato mais sério ocorre e não se consiga chegar a um consenso entre a comunidade-autor-vítima, a punição é o trabalho, o qual é realizado em prol da comunidade.

Não há qualquer forma de sanção física, isolamento ou exclusão da tribo.

É importante frisar que os atos ocorridos dentro da aldeia são de conhecimento apenas dos seus integrantes. O sistema penal não é acionado e muitos desvios tipificados pelo Direito Penal tradicional, são tratados internamente como meros conflitos evitáveis.

Contudo, há situação em que a prática de um crime ocorra fora da aldeia, sendo alcançado pelo sistema penal. Como a aldeia é considerada totalmente integrada à sociedade, poderá haver a punição e a prisão de algum integrante da tribo.

Mesmo nesses casos a comunidade recebe o índio após sua soltura e nenhuma punição é aplicada. Pelo contrário, procuram integrá-lo novamente à comunidade.

Questionados da condição que esse índio retorna do cárcere, respondem que “volta muito perturbado” e muitas vezes não consegue mais conviver na aldeia.

O exemplo encontrado na Aldeia Tarumã não difere dos relatos literários sobre as formas de composição encontrados em povos primitivos ou nas tribos

norte americanas e é uma demonstração que a pena não se configura como um método de resolução de conflito, mas como uma forma de vingança.

Quando Maffesoli trabalhou com a necessidade do retorno à tribo, certamente não fez com a noção de “tribo indígena”, mas enquanto grupos comunitários. Contudo, não seria demais ampliar sua ideia para o retorno à cultura indígena de resolução de conflitos, onde o punitivismo cede espaço ao diálogo, ao autoconhecimento, ao conhecimento das necessidades do outro e da comunidade.

Esse ideário restaurativo indígena também foi reconhecido na Declaração Ibero-Americana de Justiça Juvenil Restaurativa, firmada no ano de 2014, em Cartagena, Colômbia, que reconheceu “a importância de investigar e resgatar o potencial restaurativo das práticas originárias dos povos indígenas, afrodescendentes ou outros em território Ibero-americano, a fim de adequá-las na medida do possível com base na resolução de conflitos”.⁴¹¹

O item 3 da declaração orienta, de forma mais direta, para que os Estados considerem a possibilidade de pesquisar a aplicação da justiça originária de cada povo indígena, afrodescendente ou outro no seu território, sistematizando a informação obtida, com o fim de identificar boas e más práticas de justiça originária com potencial restaurativo, e atuar na difusão das práticas positivas.

2.6.4 Justiça Restaurativa no Escritório Modelo de Advocacia da Univali⁴¹²

Iniciou no ano de 2018 a implementação do Projeto Justiça Restaurativa no Escritório Modelo de Advocacia da Univali, em Itajaí/SC/Brasil, com o objetivo de oferecer aos alunos e à comunidade que procura os serviços deste

⁴¹¹ Declaração Ibero-Americana de Justiça Juvenil Restaurativa. Disponível em <http://justiciajuvenilrestaurativa.org/publicaciones/brasil/7.pdf>. Acessado em 19 de setembro de 2017.

⁴¹² O projeto é coordenado pelos professores Fabiano Oldoni e Márcia Sarubbi Lippmann.

escritório prático/estudantil, uma ferramenta diferenciada e mais humana na solução do conflito.

Foi criado um Comitê Restaurativo, para onde os alunos encaminham os casos que lhes chegam por meio de um atendimento inicial, que envolvam violência doméstica e alienação parental.

Os facilitadores, então, passam a reunir os interessados para a realização de oficiais, as quais são variadas e de acordo com a necessidade que o problema apresenta, e se resumem em círculos da paz e mediação entre os participantes do litígio.

Nesse espaço, os alunos, que já foram treinados para as dinâmicas, participam e colaboram em todo o processo restaurativo, que ocorre comunitariamente e com o objetivo de evitar a judicialização do problema.

O projeto está em fase inicial de implementação, mas já demonstra uma política de resolução de conflitos que a Universidade adota, bastante inovadora e avançada.

A ideia é propiciar aos envolvidos, tanto alunos como partes, um olhar sistêmico para o conflito e motivá-los a encontrar a solução e transformação do “problema” e não o terceirizar, numa ideia, nem sempre adequada, de que a sentença possa ser a melhor solução.

2.7 IDEIAS E CONTRAPONTO PARA UMA RESTAURAÇÃO COMUNITÁRIA

2.7.1 A Restauração Comunitária Substituiria o Direito Penal?

Não, justamente porque a restauração comunitária não pressupõe a aplicação de uma pena.

O que se propõe é a criação de espaços comunitários que possibilitem aos interessados a busca de apoio para evitar ou até mesmo resolver conflitos sociais. Para isso é importante que os tipos penais sejam reduzidos, justamente para que se possa legitimar a atuação desses órgãos comunitários independentes e desvinculados do Estado, em conflitos não criminalizados.

Com isso as técnicas restaurativas alcançariam desvios latentes ou ainda em seu nascedouro, atuando com mais eficiência na prevenção de desvios mais graves.

O item 1, da Declaração Ibero-Americana de Justiça Juvenil Restaurativa,⁴¹³ confirma a necessidade de políticas públicas voltadas à justiça juvenil, “incluindo os organismos comunitários para solução restaurativa de conflitos e infrações de menor potencial ofensivo, evitando a judicialização”. Está aí uma amostra do que se defende nesse trabalho, a restauração comunitária como a primeira forma de solucionar conflitos sociais.

Essa procuração também se encontra no item 2, da referida declaração, que orienta os Estados à fomentarem “estratégias de formação e capacitação em justiça juvenil restaurativa com participação da comunidade, instituições do Estado, empresas privadas, com o fim de consolidar linguagens comuns e harmonizar conceitos, a partir de modelos pedagógicos vivenciais e participativos, focados na ressignificação do adolescente na sua comunidade”.

O Direito Penal ainda é necessário. Mas é importante que ele seja mínimo e mesmo nessa sua mínima intervenção, não se pode esquecer que ele é seletivo, violento e retributivo.

É importante acabar com o discurso de que a pena de prisão previne a violência e ressocializa o infrator.

⁴¹³ Declaração Ibero-Americana de Justiça Juvenil Restaurativa. Disponível em <http://justiciajuvenilrestaurativa.org/publicaciones/brasil/7.pdf>. Acessado em 19 de setembro de 2017.

Aceitar a intervenção violenta do Direito Penal em situações limites não significa que ele deixou de ser um método medieval de punição que apenas demonstra a total incapacidade da sociedade organizada em lidar com alguns tipos de violência.

2.7.2 A Restauração Comunitária não Seria uma Expansão do Controle Social?

Se pensar a restauração como uma sanção sim. Mas não é esse o caso, pois a restauração comunitária não se apresenta como uma escolha do sujeito para evitar uma pena mais grave.

Esse método certamente irá tomar conhecimento de muitos desvios que não seriam conhecidos pelas agências de controle penal. Contudo, esses conflitos só sairão das margens sociais por uma vontade própria dos envolvidos e não porque foram descobertos. Por isso não se pode falar em controle, mas em auxílio, pois nada é imposto.

O movimento restaurativo é convidado a conhecer a situação conflituosa que envolve os sujeitos e esses são convidados pelo movimento comunitário para serem mediados.

Portanto, a restauração comunitária não se mostra como uma forma de controle social, eis que sua atuação é solicitada pelos interessados e, mais do que isso, não visa sancionar, mas orientar os interessados a uma auto-reflexão do conflito.

Um modelo aproximativo é o sugerido pela Declaração Ibero-Americana de Justiça Juvenil Restaurativa, que em seu item 4 informa a necessidade das respostas às infrações penais juvenis não constituírem uma mera retribuição punitiva ou que enfoquem somente no tratamento psicossocial do agressor, mas que comportem um processo de reflexão e responsabilização individual e coletiva em relação às consequências danosas do ato, encorajando sua reparação.

2.7.3 A Restauração Comunitária se Aplicaria a Todos os Atos de Violência, Até Mesmo os Criminalizados?

Pensa-se que a restauração comunitária, se dirigida por mediadores capacitados, irá prevenir muitos desvios criminalizados. Mas é evidente que essa prevenção não alcançará muitas condutas, ou porque não foram trazidas aos mediadores ou, se trazidas, não se obteve êxito na mediação.

Também haverá situações em que o grau de violência é tão grande e a periculosidade do sujeito tão preocupante que uma intervenção estatal com o direito penal tradicional é necessária, como forma de contenção. Nesses casos há a possibilidade de se intervir com o método restaurativo judicial.⁴¹⁴

Então há duas realidades. Se for implantada a restauração comunitária sem a redução dos tipos penais, é evidente que no Brasil, por exemplo, onde há mais de 1.700 condutas criminalizadas, o que virá para o movimento comunitário será, na sua maioria, também crime.

Agora, se a implantação desse modelo restaurativo vier acompanhado de uma reforma penal, com a adoção de um direito penal mínimo, muito provável que as condutas que deixarão de ser crime, serão objetos de atuação do movimento restaurativo comunitário.

⁴¹⁴ “Uma questão que se coloca consiste em saber se, atendendo aos fundamentos deste processo, poderá o mesmo ser eficaz quando estivermos perante crimes sem vítima actual directa ou ainda perante crimes sem vítima concreta, como seja o caso do homicídio ou, noutra prisma, de crimes relacionados com o tráfico ou mesmo o consumo de estupefacientes. Neste campo existe doutrina que entende que aquele paradigma apenas poderá ter eficácia em crimes onde o agente esteja frente-a-frente com a vítima directa dos seus actos, pois só assim poderá consciencializar-se efectivamente do mal que causou e ser efectuada a “cicatrização” para ambas as partes, enquanto que outros autores entendem que em praticamente todos os crimes tal modelo poderá ser aplicado, na medida em que se foca, também e ao mesmo nível, na reparação do mal causado à comunidade e na procura da reconstituição dos laços quebrados entre o agente e esta última” (ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa**: um caminho para a humanização do direito. Curitiba: Juruá, 2012, p. 69).

Para finalizar e retomando aos questionamentos levantados no final do item 2.3, resume-se que a reconstrução da percepção da violência pode ser feita por meio do método restaurativo.

Também é possível que a restauração oportunize aos “atores” instrumentos para compreenderem o desvio a partir de suas realidades, singularidades e limitações.

Mais especificamente, o método restaurativo pode fazer com que o mediado (infrator) desfoque o desejo, passando a perceber o porquê deseja e a entender que se não modificar sua forma de ver a relação mimética, não conseguirá alterar seus padrões comportamentais, pois a conscientização do desejo mimético é uma possibilidade concreta para a resolução de muitos conflitos.

Mas, ressalva-se, isso só poderá ocorrer na sua essência e plenitude com metodologias restaurativas desvinculadas de qualquer ideia punitiva, seletiva e de poder. Regrada sim, mas comunitária, buscando uma postura virtuosa dos envolvidos e atuando não apenas nos crimes e seus efeitos, mas nos desvios sociais e suas causas, sem descuidar-se da necessária diminuição dos tipos penais, com uma criminalização que se limite a condutas efetivamente necessárias.

Com esse binômio – redução do direito penal e restauração comunitária – quem sabe se possa sonhar com uma sociedade que não tenha como principal matriz de violência o próprio sistema penal, já que o conflito social naturalmente se apresenta como uma oportunidade de se olhar a partir do olhar do outro,⁴¹⁵ num movimento paralítico de auto-conhecimento.

O capítulo seguinte fica reservado à análise da aplicação da justiça restaurativa processual.

⁴¹⁵ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 62.

CAPÍTULO 3

JUSTIÇA RESTAURATIVA PROCESSUAL

Tendo sido superada a fase comunitária de aplicação dos métodos restaurativos, sem que o conflito tenha sido prevenido, inevitavelmente muitos desvios criminalizados serão alcançados pelas agências de controle penal.

Com o processo em trâmite, pensa-se ser possível e importante disponibilizar às partes envolvidas (autor do fato e vítima), um mecanismo que lhes possibilite uma aproximação, com a consequente restauração (material, moral, psíquica etc.), evitando-se, quando possível, a aplicação da pena privativa de liberdade.

Uma visão integrativa do sistema penal parece ser viável, possível e necessária, movimento já proposto Franz von Liszt, através da Teoria da Ciência Conjunta do Direito Penal, que tem por ideal criar o modelo tripartido da chamada ciência total ou global do direito penal.⁴¹⁶

Explica Mário Ferreira Monte, que von Liszt entendeu que as “ciências criminais deveriam ser concebidas de tal modo que a um só tempo formassem uma ciência conjunta composta por ciências autónomas”.⁴¹⁷

Assim é que a dogmática jurídica deveria estar associada à criminologia, e à política criminal,⁴¹⁸ numa clara confissão de que “a dogmática jurídico-penal é necessária, mas também insuficiente”⁴¹⁹ ou, na expressão de Jorge de

⁴¹⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 23.

⁴¹⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, p. 742.

⁴¹⁸ Posteriormente apresentou-se também a vitimologia como integrante desta ideia Global (ver SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **Aproximación al derecho penal contemporáneo**. Barcelona: Editora B DE F, 1992, p. 48).

⁴¹⁹ MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, p. 743.

Figueiredo Dias, “era manifestamente impotente para lograr o controlo e domínio do inteiro problema do crime ou do fenómeno da criminalidade”.⁴²⁰

Para Muñoz Conde, as questões político-sociais precisam ser percebidas pelo direito, pois “desde el momento en que el Derecho Penal es un instrumento de configuración política y social, es necesario que también se tengan en cuenta en su elaboración sistemática los fines y funciones que se pretenden conseguir con él”.⁴²¹

Vê-se, aqui, o reconhecimento que a dogmática não é capaz de compreender e “enfrentar” a criminalidade ou os desvios e apesar das críticas recebidas, sua proposta se torna mais adequada à tentativa de enfrentamento da criminalidade pelas agências de controle, já que possibilita uma abertura na decisão do caso penal, onde o aplicador da norma consegue se aproximar de uma decisão “mais justa” e não apenas jurídico/legal.

Acentua Jorge de Figueiredo Dias:

Por um lado, a função da dogmática vira-se do sistema para o problema, isto é, passa a visar prioritariamente a justa resolução do problema posto por cada caso jurídico-penal e a posterior integração daquele no sistema, que assim se torna em sistema aberto. Por outro lado, a criminologia, ao mesmo tempo que alarga o seu campo de atenção, introduzindo nele a consideração das instâncias formais e informais de controlo social, torna-se, de ciência puramente explicativa, numa crítica penetrada de valorações jurídico-políticas. Com tudo isso, por sua vez, a política criminal ganha uma posição de transcendência perante as restantes ciências criminais, tornando-se trans-sistemática relativamente a elas e, desta maneira, competente para definir em último turno os limites da punibilidade.⁴²²

⁴²⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquent e a sociedade criminogena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 93.

⁴²¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. **La relación entre sistema del derecho penal y política criminal:** historia de una relación atormentada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, out.-dez. 2007, p. 9-41.

⁴²² DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: O homem delinquent e a sociedade criminogena.** Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 95.

Afirma Castanhera Neves, nesse mesmo sentido, que o sistema jurídico deve ser “aberto (problematicamente aberto), não pleno (não intencionalmente auto-suficiente) e autopoietico (de racionalidade pratico-normativa autónoma)”.⁴²³

Contudo, a Teoria da Ciência Conjunta do Direito Penal peca por não acolher o processo penal, instrumento necessário para a realização do direito penal, posto que é só por meio do direito processual que o direito penal é concretizado e deslocado do plano abstrato para o concreto.⁴²⁴

Essa ideia de também integrar ao sistema o processo penal, somada a outros pontos, orientou a teoria alemã do Sistema Integral do Direito Penal (*gesantes Strafrechtssystem*), que estabelece “uma relação entre o direito penal material, o direito processual penal e o direito de determinação da pena”.⁴²⁵

Por um *Sistema Integral do Direito Penal*, explica Georg Freund, “no sólo entendo el Derecho penal sustantivo y el Derecho de la determinación de la pena, sino también el Derecho procesal penal como auténtico *campo de aplicación* de los dos anteriores”.⁴²⁶

Entretanto, essa teoria não valoriza “suficientemente as contribuições que, para a dogmática, podem oferecer outras ciências, como é o caso da criminologia, da vitimologia e até da política criminal”,⁴²⁷ ou seja, se a teoria da Ciência Conjunta não reconhece o processo penal, a do Sistema Integral o acolhe, mas repele as demais áreas contidas na Ciência Conjunta (criminologia, vitimologia e política criminal).

⁴²³ NEVES, A. Castanhera. **Apontamentos de metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988-1989, p. 159.

⁴²⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. V 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 23.

⁴²⁵ MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, p. 763.

⁴²⁶ FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin em el sistema integral del derecho penal*. In WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y processo penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2004, p. 93.

⁴²⁷ MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, p. 764.

Revisitando as teorias acima e verificando a importância de suas propostas, bem como suas limitações, Mário Ferreira Monte articula o que denomina de *Realização Integral do Direito Penal*, em que reconhece a abertura trazida pela Ciência Conjunta, mas num plano substantivo e processual, portanto integral (Sistema Integral):

Quer isso significar que a ideia de uma ciência conjunta do direito penal deve continuar a ser o fio condutor daquela realização, uma vez que se impõe uma superação da dogmática jurídico-penal tradicional, cerrada e excessivamente sistemática, para passar a ser aberta ao problema, às orientações da política criminal e aos contributos da criminologia e da vitimologia. Tal realização integral implica também que se dê nas duas vertentes: substantiva e processual.⁴²⁸

Nessa perspectiva, entende-se que a tríade direito penal, processo penal e execução de pena deve acolher outras ciências, que colaborarão na compreensão do desvio. A transformação ou enfrentamento do crime não pode ser feito apenas pela dogmática penal e processual, mas também pelas ciências sociais e afins.

Partindo do pressuposto de que a justiça penal deve realizar-se de modo integral e co-participativa, a justiça restaurativa, como resposta ao desvio, tem espaço e função importantes, podendo, também, apresentar-se em todas as etapas do desvio.

Como visto, no espaço comunitário o método restaurativo dialoga e reconhece a importância de outros saberes, tais como a criminologia, a vitimologia, a política criminal (integrantes da Ciência Conjunta), a psicologia, a psicanálise, a sociologia, a arte (literatura e demais expressões), as leis

⁴²⁸ MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora, p. 770.

sistêmicas⁴²⁹ e tantos outros que possam contribuir para a compreensão e prevenção do desvio.

Judicializada, a justiça restaurativa se apresenta como um caminho diferente da dogmática, viabilizada por meio do processo penal (a ser tratado nesse capítulo) e da execução da pena (a ser tratado no capítulo seguinte), ambos integrantes do Sistema Integral.

O método restaurativo a ser implementado no curso de um processo crime, logicamente, apresenta características e intenções diferentes daquele aplicado comunitariamente. Nesse espaço, é preciso ter em conta que apesar da restauração processual se aproximar do direito penal tradicional, apresentando as mesmas limitações e equívocos, ainda é um caminho melhor.

As características de um método restaurativo puro (voluntário, sem sanção e não seletivo), só são encontradas no movimento comunitário. Todavia, mesmo que a restauração processual se apresente com limitações e uma indesejável aproximação ao direito penal, ela tem uma virtude muito importante, que é evitar o aprisionamento. Em suma, apesar da restauração processual não atingir uma real e verdadeira composição, pelos fatores que serão vistos a seguir, ainda é preferível à aplicação da pena privativa de liberdade.

Sustenta João Pedroso que na impossibilidade de se mediar comunitariamente, não se pode perder a oportunidade de fazê-la judicialmente:

A pedra de toque de um novo modelo de administração de justiça é a conseqüente criação de um sistema integrado de resolução de litígios que assente na promoção do acesso ao direito pelos cidadãos e permita vencer as barreiras sociais, económicas e culturais que obstem à sua resolução. Assim, a justiça deve ser entendida como a entidade (ou terceiro) que os litigantes considerem mais legítima e adequada para a resolução do seu conflito e defesa dos seus direitos. Ora, esse

⁴²⁹ Sobre a aplicação sistêmica do Direito ver OLDONI, Fabiano; SARUBBI, Márcia Lippmann; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal.** Joinville: Editora Manuscritos, 2017.

terceiro tanto pode ser o tribunal como qualquer instância que cumpra essa finalidade.⁴³⁰

Nesse sentido é que este capítulo se propõe a questionar o método restaurativo processual, não com a finalidade de eliminá-lo, mas para mostrar que mesmo não sendo o modelo ideal, por legitimar o positivismo, é algo mais interessante que a privação da liberdade.

De início, será desmonstrado a necessidade de superação do modelo punitivista trazido pelo direito penal tradicional, numa tentativa de justificar seu minimalismo, para, na sequência, apresentar as simbólicas funções da pena e suas reais intenções.

Equacionar as diferenças entre o movimento criminológico crítico e o desejo mimético é necessário para legitimar o olhar paralítico do desvio e apontar, criticamente, os limites da restauração processual, não deixando de reconhecer sua importância na prevenção do aprisionamento.

3.1 O DIREITO PENAL ENQUANTO INSTRUMENTO DE LIMITAÇÃO ESTATAL E INDIVIDUAL

À pergunta, *o Direito Penal precisa ser mudado?* segue uma resposta quase que unânime. Sim, o Direito Penal necessita de mudanças urgentes.

O descontentamento com o modelo de sistema⁴³¹ penal surgido com o Estado Moderno alcança todas as esferas sociais e econômicas, o que autoriza outro questionamento. Como pode o Direito Penal não agradar ninguém, ou agradar poucos?

⁴³⁰ PEDROSO, João. **Percursos da(s) reforma(s) da administração da justiça:** uma nova relação entre o judicial e o não judicial. *Direito e Democracia*. Canoas vol.4, n.1 1º sem. 2003 p.47-89.

⁴³¹ Formalmente, o sentido de “sistema” é determinado pelo conceito de conjunto, que pressupõe uma pluralidade que chegou a estar junta pela relação do conjunto, ou que não pode existir de outra maneira a não ser nesta relação. Sistema, portanto, é necessariamente algo múltiplo, mas, além disto, o sentido de conjunto está em que o múltiplo possui um princípio eficaz de sua unidade (JONAS, Hans. **O princípio vida:** Fundamentos para uma biologia filosófica. Petrópolis: Vozes, 2004, p. 76).

O entendimento dessa questão passa pelos motivos do descontentamento que, por sua vez, tem relação direta com o lugar onde o sujeito⁴³² situa-se. De qualquer forma, se a resposta é a mesma para ambos, os motivos variam entre os discursos de encolhimento e expansão do Direito Penal.

A escolha de um ou outro caminho relaciona-se com o modelo político adotado pelo Estado e com a posição que o sujeito ocupa nesse processo.

De regra, se o sujeito se situa enquanto destinatário da norma, o sistema penal se apresentará como um instrumento repressivo e desigual, porém eficiente na seleção da clientela marginalizada. Caso encontre-se na posição de criador da norma⁴³³, o sistema é visto como um instrumento de manutenção do *status quo*, consubstanciando-se, por consequência, ou em um modelo repressivo desconexo dos interesses sociais, ou em um eficiente instrumento de seleção da “clientela” marginalizada.⁴³⁴

O movimento criminológico crítico⁴³⁵ informa que os destinatários do sistema repressivo penal podem ser identificados pela lei em abstrato, bem como pela aplicação da lei no caso concreto. E neste ponto, afirma-se que a lei penal é seletiva quanto aos seus destinatários.

Vera Regina Pereira de Andrade⁴³⁶ apresenta duas variáveis estruturais que fundamentam a seletividade penal, direcionando a criminalização para os grupos econômica e culturalmente deficitários: a) a

⁴³² Optou-se pela ideia de indivíduo e sujeito em Edgar Morin, onde indivíduo “é o produto, como ocorrem com todos os seres sexuados, do encontro entre um espermatozoide e um óvulo, ou seja, de um processo de reprodução” e sujeito é aquela que tem “consciência de si mesmo, em conjunto com a autoreferência e a reflexividade; liberdade de escolha entre diversas alternativas e consciência da necessidade de relacionamento com o outro” (MORIN, Edgar. **A noção de sujeito**. In D. F. Schnitman (Org.), *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996, p. 47 – 56).

⁴³³ Neste sentido grupos e classes sociais que influenciam a criação da norma, ficando, conforme a criminologia crítica, imunes a ela.

⁴³⁴ Sobre a lógica do direito de punir, vista a partir da posição do sujeito, ver OLIVEIRA, Álvaro Borges; OLDONI, Fabiano. **Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião**. Jundiá: Paco Editora, 2013, p. 19-39.

⁴³⁵ Ver Howard Becker, Alessandro Baratta, Nils Christie, Antonio Beristain.

⁴³⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 51-52.

incapacidade estrutural do sistema operacionalizar toda a programação da lei penal, pois está integralmente dedicado a administrar uma reduzidíssima porcentagem das infrações, já que o próprio sistema não suportaria caso fossem todos os furtos, as ameaças, as lesões, etc., concretamente criminalizados; b) a seletividade do sistema penal se deve à especificidade da infração e das conotações sociais dos autores, pois impunidade e criminalização são orientados pela seleção desigual de pessoas de acordo com seu *status* social, e não pela incriminação igualitária de condutas objetiva e subjetivamente consideradas em relação ao fato-crime, conforme preconiza a dogmática penal. O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas condutas legalmente definidas como crime e acende suas luzes sobre o seu passado para julgar no futuro o fato-crime presente, priorizando a especulação de ‘quem’ em detrimento do ‘que’.

A fala, até aqui, situa-se no modelo punitivo do Estado Moderno, o qual possui o poder/dever de resolver “conflitos”, aplicar a lei penal e a consequente punição.

Mas antes de avançar, importante destacar que há uma diferença primordial entre o Direito Civil/Processo Civil e o Direito Penal/Processo Penal, principalmente no que se refere à expressão “conflito”, numa necessária superação da Teoria Geral do Processo.

A lide, enquanto um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida,⁴³⁷ é uma condição para o surgimento do processo civil. Já para o processo penal a lide é irrelevante, vez que a aplicação da pena não envolve um conflito de interesses entre autor do fato e vítima, mas uma relação entre o autor do fato e o Estado.⁴³⁸

⁴³⁷ Conceito proposto por Francesco Carnelutti.

⁴³⁸ Sobre a superação da ideia de lide no Processo Penal ver LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva e COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá. O primeiro sustenta que o objeto do processo penal é uma “pretensão acusatória” e o segundo um “caso penal”.

Em outras palavras, o Direito Civil pode ser aplicado nas relações diárias sem a necessidade da intervenção do judiciário. A regra é a aplicação da lei civil (consumidor, contratos, obrigações etc.) entre os particulares, sem que o Estado se faça presente. A tutela jurisdicional só será invocada caso este conflito não seja resolvido pacificamente entre os particulares, cabendo àquele que se sentir lesado pleitear, por meio da ação, a prestação da tutela jurisdicional para solucionar o conflito, agora resistido.

No Direito Penal não ocorre assim. Mesmo que alguém pratique um crime (furto, por exemplo), e após a consumação arrepende-se e devolva o objeto subtraído ao dono, confesse e aceite eventual punição, é necessário, caso o Estado tenha tomado conhecimento do ilícito, que ele seja levado até o judiciário, que por meio do devido processo legal irá, ou não, aplicar a sanção penal.⁴³⁹ No exemplo, pode-se dizer que tecnicamente não há lide, pois não houve uma resistência à solução do conflito. O que há é uma impossibilidade de se aplicar a sanção penal sem a intervenção estatal e por meio de um procedimento em contraditório (processo).

Necessita-se, no caso, que o judiciário seja provocado, por meio da ação (denúncia, no exemplo dado), oferecida pelo Ministério Público, e somente após devidamente processado, com respeito a todas as garantias constitucionais, é que o acusado pode receber a sanção penal.

Vigora, neste caso, o princípio da “necessidade do processo penal”,⁴⁴⁰ razão pela qual a existência de lide (conflito entre particulares), torna-se irrelevante, pois havendo ou não resistência por parte do autor do fato, o caminho para a aplicação da sanção penal será sempre por meio do devido processo legal.

⁴³⁹ Não se pode desconsiderar a tendência à americanização do processo penal com o *plea bargaining*.

⁴⁴⁰ “O processo, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para a imposição da pena” (LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 10 ed., 2013, p. 75).

E por que é assim? Por que a natureza do Processo Penal difere da natureza do Processo Civil.

Enquanto o Processo Civil atua no plano horizontal, no qual o Estado Juiz, quando chamado, utiliza-se do processo para solucionar o conflito e dizer quem tem direito, o Processo Penal atua na vertical, servindo como um instrumento de proteção do acusado em relação ao *jus puniendi*.⁴⁴¹

O Processo Penal, enquanto procedimento em contraditório,⁴⁴² é um limitador e organizador do poder punitivo estatal, tendo por função instrumentalizar a aplicação legítima da pena, garantir os direitos do acusado e reproduzir, na medida do possível, o fato-crime pretérito.

Daí que a vítima, nesse modelo de sistema penal, não tem uma importância maior, servindo apenas como informante do Estado, ao levar o fato até ele por meio da comunicação formal de um crime.⁴⁴³

Seu ingresso no processo penal, segundo Amilton Bueno de Carvalho⁴⁴⁴, tem por objetivo exclusivamente a vingança e “neurotizar o andamento do feito”.

Feito este parêntese, volta-se à ideia punitiva, que, por ser inerente ao humano, sempre existiu, apenas apresentando-se em modelos variados.

⁴⁴¹ Leia-se poder de punir e não direito.

⁴⁴² Procedimento é a preparação do provimento e o contraditório é a participação dos envolvidos em igualdade de condições. Desta forma o procedimento em contraditório é a preparação do provimento (sentença) mediante a participação das partes (acusação e defesa). Com essa ideia Fazzalari supera a tradicional noção de processo enquanto “relação jurídica”. Para aprofundar o tema ver FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 5 ed., Padova: CEDAM, 1989 e, no Brasil, GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rei Editora, 2012.

⁴⁴³ Nas ações penais de iniciativa privada a vítima é a detentora do direito de ação, contudo também necessita do processo crime para ver a sanção penal ser aplicada ao autor do fato. Neste caso também o processo se apresenta como um instrumento de garantia e não de solução de conflito.

⁴⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 51.

Numa observação histórica, feita a partir de Foucault⁴⁴⁵, vê-se que o Direito Germânico não previa uma ação pública penal, iniciada por um terceiro que detivesse poder, mas sim a possibilidade da vítima (que podia ser o ofendido ou alguém da família a representando) indicar seu adversário.⁴⁴⁶ O que caracterizava uma ação penal era sempre um duelo entre sujeitos, famílias ou grupos. Nesse duelo ninguém mais intervia, somente ofensor e ofendido. A ação penal dependia apenas de duas partes e não de três e a partir do momento em que se iniciava a ação penal, a judicialização⁴⁴⁷ ocorria apenas para regulamentar a guerra particular, a qual tinha limites definidos dentro da lei.

O Direito Germânico não opunha a guerra ao direito, pelo contrário, o direito servia para regulamentar a guerra entre os particulares e encadear os atos de vingança. Para eles, o direito era uma maneira regulamentada de fazer a guerra, porém sempre oportunizava o acordo. Seu sistema de justiça era baseado na luta e na transação.⁴⁴⁸

O Direito Feudal, por sua vez, trouxe, em parte, a ideia do Direito Germânico, em que o litígio entre acusado e acusador era resolvido por uma série de provas (social, verbal, juramento e física) aceitas por ambos e sem a intervenção de terceiros. Neste sistema, contudo, sempre haveria um vencedor, não tendo espaço para acordos ou empates. A parte que não aceitasse a prova imposta perdia. Caso aceitasse e não conseguisse desenvolvê-la, também era considerado perdedor. Em desenvolvendo-a, saía-se vencedor.⁴⁴⁹

⁴⁴⁵ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

⁴⁴⁶ Segundo o autor, a ação penal pública existia em apenas duas situações: traição e homossexualidade. Nesses casos a sociedade sentia-se lesada e exigia a punição.

⁴⁴⁷ Não enquanto poder autônomo, mas como órgão oficial do governo.

⁴⁴⁸ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 56-57.

⁴⁴⁹ FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002, p. 61.

Esse sistema, que duraria até o fim do século XII, tinha uma característica de jogo⁴⁵⁰, onde vencia o mais forte, não havendo uma preocupação maior em se apurar o fato.

A partir de então a resolução do conflito passou a ser delegado para um terceiro, mas que ainda não era o judiciário. Na Alta Idade Média essa atribuição era exercida por alguém que detinha algum poder, porém sua função não era de fazer justiça, e sim de assegurar a regularidade do procedimento.⁴⁵¹

Na segunda metade da Idade Média a resolução do conflito não cabia mais ao particular e sim ao ente público, enquanto poder político. Surgia, também, a figura do procurador, que substituía a vítima e se apresentava como o representante de um poder lesado pela infração, podendo ser o soberano, o rei ou um senhor⁴⁵². Nascia, então, a figura da “infração”, em que o soberano era a vítima secundária do ato ilícito, o que lhe dava legitimidade para buscar a condenação do infrator.

A partir desta nova formatação, não havia mais a possibilidade de se utilizar os meios de prova para resolver o conflito, pois se o soberano era a vítima e o procurador o acusador, não seria possível que eles colocassem em risco suas vidas e bens toda vez que um crime acontecesse. O duelo entre procurador (acusador), soberano (vítima) e autor do fato não era mais viável, havendo a necessidade de se criar outro sistema de resolução do conflito penal.

Na verdade, não se precisou criar um novo método, mas utilizar um que tinha existido no Império Carolíngio: o inquérito. Neste sistema o representante do poder chamava pessoas que detinham conhecimento na área

⁴⁵⁰ Alexandre Moraes da Rosa aborda o processo penal a partir da teoria dos jogos no livro Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos, 4 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

⁴⁵¹ Como já dito, entende-se o procedimento como a preparação para o provimento estatal.

⁴⁵² Ana Messuti explica que “a vítima, em particular, sofreu um despojamento por parte do sistema penal. Este tirou da verdadeira vítima sua tal qualidade, para investir a comunidade nesta qualidade. O sistema penal substituiu a vítima real e concreta por uma vítima simbólica e abstrata: a comunidade” (MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003, p. 72).

do direito, as quais se reuniam e após deliberarem apresentavam a solução. Este seria, então, o procedimento do inquérito administrativo utilizado para solucionar as infrações, que era, antes de tudo, uma técnica de administração, uma modalidade de gestão ou, ainda, uma maneira do poder ser exercido.

A partir do século XIV até o século XII, o inquérito passou a buscar a “verdade” por meio de testemunhas. No final do século XVIII e início do século XIX ocorreu uma reorganização do sistema penal em diferentes países, tendo como figura central o princípio da legalidade ou tipicidade. Nesse período surgiu a ideia de que o crime era uma afronta à sociedade e, por tal razão, o criminoso era aquele que danificava e perturbava a coletividade, sendo, portanto, um inimigo social.

Esse modelo de justiça penal trouxe novos meios de punição: deportação; provocar vergonha e humilhação; pena de talião. Contudo essas penas não foram por muito tempo executadas, tendo sido, todas elas, substituídas pela pena de prisão, a qual não pertencia à reforma ocorrida no século XVIII, mas passou a ser a grande modalidade punitiva a partir do século XIX.

A última grande alteração do sistema penal se deu com a criação de um órgão autônomo e independente dos demais poderes, que passou a ter a função de julgar. Surgia o poder judiciário.

Dentre todas estas alterações no sistema punitivo, que inicialmente era privado e depois passou a ser público, estatizado (*jus puniendi*), a que mais influenciou e ainda influencia o Direito Penal atual foi aquela ocorrida na transição do período medieval⁴⁵³ para o Estado Moderno (século XVI).⁴⁵⁴

⁴⁵³ Forma estatal pré-moderna formada por três classes: o clero, a nobreza e os servos da gleba (CAPPELA, Juan Ramon. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 84). Gregório Peces-Barba Martínez considera como o primeiro elemento que caracteriza a passagem do período medieval para o Estado moderno a mudança na situação econômica e social, com o surgimento do sistema econômico, que resultou no capitalismo e na afirmação da burguesia como classe em ascensão (MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba, **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995, p. 113).

O absolutismo⁴⁵⁵ foi o primeiro modelo de Estado Moderno, onde o monarca personificava o poder nos planos jurídico, político e sociológico, e não conhecia nenhuma outra forma de poder, seja interno ou até mesmo no plano internacional, pois se acreditava que o poder monárquico era fruto da vontade divina.

A lei era a representação da vontade do rei, sugerindo Durkheim que “el apogeo de la monarquía absoluta marca el apogeo de la represión”.⁴⁵⁶

Com o tempo o Estado absoluto deixou de ser um elemento de apoio à superação da sociedade feudal e se converteu em uma forma de impedimento, dificultando o progresso da burguesia proprietária e comerciante.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ São apontados como traços que identificam o Estado moderno: o monopólio da produção normativa; o desaparecimento progressivo no continente das dimensões estamentais (por Estado estamental entende-se a organização política na qual se foram formando órgãos colegiados, ou estados, que reúnem indivíduos possuidores da mesma posição social, precisamente os estamentos [ver BOBBIO, Norberto: **Estado, governo e sociedade**: para uma teoria geral da política. 11. ed. Rio Janeiro: Paz e Terra, 1987]; a fundamentação do poder absoluto pelos juristas régios; a consideração do indivíduo como súdito e único sujeito na relação com o monarca; a unidade e racionalidade do poder com dependência dos juizes à Administração; a justificação das condutas do poder por meio da ideia da razão e do Estado e a utilização da forma do fator religioso para favorecer a unidade do poder do monarca (FILETI, Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 37). Para Eros Roberto Grau direito moderno “conota o direito (positivo) produzido pelo chamado Estado moderno, datado da Revolução Francesa. Objeto a partir e em torno do qual os juristas desenvolvem uma atividade técnica – e não política – esse modelo de direito é o modelo de direito do modo de produção capitalista (...). Seu requisito único de validade repousa na representação popular associada à maioria legislativa. Os pressupostos que fundamentam a sua legitimidade encontram-se na separação dos poderes e na vinculação do juiz à lei” (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 101).

⁴⁵⁵ O Estado absolutista, primeira expressão do Estado moderno, estava alicerçado na ideia de soberania, levando a concentração de todos os poderes às mãos dos monarcas. Com isso, originaram-se as chamadas monarquias absolutistas, que exercem o poder sem controle ou dependência de outros poderes. A estratégia absolutista serviu fundamentalmente para, na transição do modelo feudal para o moderno, assegurar a unidade territorial dos reinos. A base de sustentação do Estado absolutista era a ideia de que o poder dos reis tinha origem divina. (STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 45).

⁴⁵⁶ DURKHEIM, Emile. **Dos leyes de la evolución penal**. Traducción. Mónica Escayola Lara Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. N° 13, 1999, p. 71-90, disponível em http://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro/Materiales/Durkheim_Dos_Leyes_Evolucion_Penal.PDF.

⁴⁵⁷ FILETI, Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009, p. 36.

A ruptura com o absolutismo amadurecia e deu-se pelo “contraste entre o poder econômico obtido pela burguesia⁴⁵⁸ por intermédio da incrementação das bases do capitalismo e sua falta de poder político”,⁴⁵⁹ culminando na Revolução Francesa, que foi o marco inicial do Estado liberal, o qual traduzia a proteção do cidadão frente aos arbítrios do Estado, que era visto como o grande “vilão” dos direitos e garantias individuais.

Não se pode esquecer que este período foi determinante para o surgimento de inúmeros princípios garantistas individuais, sendo o mais importante o da legalidade dos delitos, das penas e do processo, como indica Muñoz Conde:⁴⁶⁰

Muitos destes princípios, e especialmente o da legalidade dos delitos e das penas, surgiram com a Revolução Francesa, uma revolução profundamente humanista em seus propósitos, que surgiram precisamente para limitar e controlar o poder punitivo, arbitrário e ilimitado do Estado absolutista.

Grandes ideias — liberdade, igualdade, autonomia, democracia — foram aperfeiçoadas na tradição liberal. Entretanto, é evidente que o liberalismo hoje não é “a cultura além das culturas”, mas a cultura que prevaleceu. Aquele particularismo que se universalizou com êxito e se tornou hegemônico em todo o globo.⁴⁶¹

⁴⁵⁸ Burgueses, inicialmente, era a denominação genérica dos habitantes dos burgos, pequenas cidades que surgiam nos cruzamentos de rotas comerciais, ou ao longo dessas rotas, às vezes fortificadas para proteger as caravanas contra os bandos de salteadores que proliferavam nas estradas naquele tempo. De modo esperável, à medida que vai crescendo passaram a aglomerar toda sorte de pessoas “livres”, isto é, que não estavam mais submetidas às glebas dos barões e bispos, porque haviam comprado essa liberdade, ou porque haviam fugido de seus senhores rurais, ou ainda porque vinham de famílias que sempre se haviam dedicado exclusivamente a atividades artesanais ou mercantis; ou eram funcionários administrativos, advogados ou outros profissionais que não residiam há muito tempo nos feudos; ou ainda uma massa disforme de adultos sem ocupação definida ou constante e crianças que buscavam sobreviver como aprendizes nas corporações de ofícios, serviços diversos ou, simplesmente, mendigos (TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011, p. 24-25).

⁴⁵⁹ STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição**: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

⁴⁶⁰ CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 32.

⁴⁶¹ HALL, Stuart. **Da Diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 77.

A época das luzes, sob o fundamento do contrato social, definiu que o Estado e o poder soberano não provinham da divindade, mas de um ajuste contratual dos cidadãos que, por meio da associação e da investidura de um poder coator, pretendiam proteger a sua liberdade e a convivência pacífica contra a intervenção de terceiros.⁴⁶²

O iluminismo foi um momento de viragem no contexto da história política, econômica e cultural do mundo ocidental. E é aqui que se encontram os alicerces do Direito Penal moderno, razão, aliás, que justifica ainda hoje ter-se um Direito Penal de matriz liberal.⁴⁶³

Segundo Roxin⁴⁶⁴, o Direito Penal moderno traduziu duas consequências jurídicas: 1) toda pena pressupõe a culpabilidade do sujeito no fato ocorrido no passado; 2) toda pena pressupõe uma continuação da periculosidade do sujeito para o futuro.

A ideia de um Direito Penal enquanto instrumento delimitador do poder punitivo estatal teve em Cesare Beccaria o mais importante defensor. Com ele nasceu o “manifesto das garantias em direito e processo penais, nas suas relações com o Estado detentor do *jus puniendi*”.⁴⁶⁵

Pode-se dizer que esta era a função real do Direito Penal. Mas somou-se a ela outra função, que é a de proteger bens jurídicos⁴⁶⁶ relevantes para a

⁴⁶² ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 40.

⁴⁶³ COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 158.

⁴⁶⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos**. La estructura de la Teoria del Delito. Parte General. Tomo I. Traducion de Diego-Manuel Luzón Peña. 2 ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 42.

⁴⁶⁵ COSTA, José de Faria. **Ler Beccaria hoje**: ensaio introdutório a Dos Delitos e das Penas, de Cesare Beccaria. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998, p. 8.

⁴⁶⁶ Importante anotação é feita por Paulo Busato: “É preciso admitir que os bens jurídicos em concreto não são, nem podem ser, efetivamente protegidos pelo Direito penal. O emprego do sistema penal não oferece qualquer garantia efetiva de que um determinado bem jurídico não vá ser violado ou posto em perigo. Pelo contrário. É possível dizer, inclusive, que a violação ou colocação em perigo de um bem jurídico é verdadeiro pressuposto da intervenção penal (...). O bem jurídico não é protegido, mas sim compõe um elemento justificante da intervenção penal (...). Assim, todo o instrumental criado por, para e pelo Estado tem por objeto a promoção e

sociedade, fazendo com que o Direito Penal moderno se estruturasse a partir de uma função limitativa voltada ao Estado, e uma função limitativa voltada ao cidadão.

Explica Peter-Alexis Albrecht, que “em el Derecho penal clásico éste se explicaba fundamentalmente como medio para asegurar la libertad ciudadana contra la arbitrariedad de la justicia feudal”.⁴⁶⁷

Jörg Arnold, por sua vez, anuncia:

El Derecho pena propio de un Estado de Derecho liberal-clásico se entiende como contrapeso frente a la facultad punitiva de carácter autoritario del Estado; éste se desarrolló como reacción frente a la arbitrariedad penal del absolutismo. El Derecho penal del Estado de Derecho liberal protege libertades fundamentales de los ciudadanos frente a agresiones criminales.⁴⁶⁸

Daí que o Direito Penal moderno é sempre um limitador, seja do poder estatal ou da liberdade individual ou, como acentua Peter-Alexis Albrecht:⁴⁶⁹

Por el contrario, el Derecho penal del Estado de Derecho siempre se entendió como instrumento de defensa frente a un Estado que actuaba de forma indiscriminada y prepotente. Se quisieron oponer límites a la intervención incontrolada del Estado, entre otros, con los medios que caracterizan la más estricta legalidad, como la prohibición de analogía y la claridad del contenido de la ley y del lenguaje legal. Esto no significa que no se quisieran establecer también límites a los particulares frente a los ataques a la libertad de los demás, límites al sometimiento del individuo a través de la violencia privada o de la astucia. El programa del Derecho penal clásico marcaba los límites de la autonomía: para el Estado por un lado, para los agresores por el otro.

efetivação da fruição de tais bens, liberdade e direitos” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 364).

⁴⁶⁷ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 472.

⁴⁶⁸ ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del estado de derecho*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 308.

⁴⁶⁹ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 475.

A limitação do poder estatal, segundo Ferrajoli, apresenta-se a partir da consagração dos seguintes vetores garantistas denominados *Nulla poena sine crimine*; *Nullum crimen sine lege*; *Nulla lex (poenalis) sine necessitate*; *Nulla necessitas sine injuria*; *Nulla injuria sine actione*; *Nulla actio sine culpa*; *Nulla culpa sine iudicio*; *Nullum iudicium sine accusatione*; *Nulla accusatio sine probatione*; *Nulla probatio sine defensione*.⁴⁷⁰

Já a limitação da liberdade individual está caracterizada pela tipificação de condutas como crime, cuja ameaça de sanção objetiva desestimular a prática de alguns atos. Esta limitação só é legítima se o bem jurídico⁴⁷¹ protegido for relevante a ponto de justificar o cerceamento de um direito individual do autor do fato.

Porém, mesmo rodeado de limites e garantias, o Direito Penal conserva sempre uma brutalidade intrínseca que torna incerta a sua legitimidade moral e política. A pena, qualquer que seja a forma de a justificar, é uma segunda violência que se acrescenta ao crime e que está programada e é executada por uma coletividade organizada contra um indivíduo.⁴⁷²

Não se pode deixar de observar, também, que “todo empleo de la violencia penal encierra en sí el peligro del abuso, de la arbitrariedad y de la

⁴⁷⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 9 ed., Madri: Trotta, 2009, p. 74-75.

⁴⁷¹ “No que se refere à seleção dos bens protegidos e dos comportamentos lesivos, o ‘caráter fragmentário’ do direito penal perde a ingênua justificação baseada sobre a natureza das coisas ou sobre a idoneidade técnica de certas matérias, e não de outras, para ser objeto de controle penal. Estas justificações são uma ideologia que cobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes, e a imunizar do processo de criminalização comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, e ligados funcionalmente à existência da acumulação capitalista, e tende a dirigir o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei, e com a diversa intensidade da ameaça penal, que frequentemente está em relação inversa com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação técnica dos tipos legais. Quando se dirigem a comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, e que contradizem às relações de produção e de distribuição capitalistas, eles formam uma rede muito fina, enquanto a rede é frequentemente muito largo quando os tipos legais têm por objeto a criminalidade econômica, e outras formas de criminalidade típicas dos indivíduos pertencentes às classes de poder” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 165).

⁴⁷² FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 9 ed., Madri: Trotta, 2009, p. 21.

desproporción, y, con ello, el riesgo de múltiples violaciones de la libertad y de la dignidad del hombre”.⁴⁷³

Quanto aos bens jurídicos protegidos, pergunta-se quem os escolhem e qual é o critério utilizado para essa escolha?

Pois bem! Quando a burguesia tomou o poder por meio da Revolução Francesa, os bens jurídicos com uma maior proteção tinham relação direta com a propriedade. Ainda hoje o Código Penal brasileiro apresenta resquícios desta época, como, por exemplo, o crime de latrocínio ser considerado um crime contra o patrimônio, mesmo com o resultado morte (artigo 157 § 3º do Código Penal). A morte, aqui, não é o bem jurídico principal, mas “algo” que serve apenas para qualificar a subtração.

Outras questões que indicam a quebra de isonomia do legislador brasileiro é a diferença de tratamento dada aos crimes patrimoniais (praticados sem violência ou ameaça) e aos crimes de sonegação de imposto. No primeiro, se o autor do fato reparar o dano à vítima até o recebimento da denúncia haverá apenas diminuição da pena, pelo reconhecimento do arrependimento posterior (artigo 16 do Código Penal), enquanto na sonegação a punição estará extinta caso seja feito o parcelamento do débito ante do recebimento da denúncia (que autoriza a suspensão do processo e do prazo prescricional) e o pagamento integral, conforme artigo 83 § 2º da Lei 9.430/96.⁴⁷⁴

Vários exemplos podem ser dados, mas um que bem representa a seletividade legislativa penal é a diferença de pena prevista nos artigos 149⁴⁷⁵

⁴⁷³ ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del estado de derecho*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 311.

⁴⁷⁴ “É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal”.

⁴⁷⁵ “Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena – **reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, além da pena correspondente à violência**”.

(redução à condição análoga a de escravo) e 159⁴⁷⁶ (extorsão mediante seqüestro), do Código Penal brasileiro. O primeiro é um crime contra a liberdade pessoal e o segundo um delito patrimonial.

Nota-se que para configurar o crime do artigo 149 do CP deve haver a restrição da liberdade da vítima por um tempo considerável. A prática dessa infração é bastante comum por determinados empregadores rurais que, com intuito de se burlar a legislação trabalhista e previdenciária, evitam o pagamento e as exigências mínimas dos direitos legais dos empregados, submetendo a vítima a situações de esforço desumano que violam profundamente os princípios constitucionais, sobretudo, o da dignidade da pessoa humana. A pena para este crime é de 2 (dois) a 8 (oito) anos de reclusão.

Já o crime do artigo 159 do CP, prevê as mais elevadas penas do Direito Penal brasileiro. Em sua forma simples (*caput*), a pena mínima é de 8 (oito) anos e a máxima de 15 (quinze). Contudo, basta que a restrição da liberdade da vítima supere o lapso de 24 horas para que a pena mínima seja elevada a 12 (doze) anos. A pena máxima, diante dessa condição temporal de restrição da liberdade, é aumentada para 20 (vinte) anos de reclusão.

Após esse comparativo, pergunta-se: quem são as vítimas dos crimes de extorsão mediante seqüestro? E ainda: A que grupo social pertence às vítimas do crime de redução à condição análoga a de escravo? Ao primeiro questionamento, pode-se afirmar, sem medo de errar, que muito raramente sequestram-se pobres, ainda mais quando a especificidade do dolo abarca a extorsão. As possibilidades de ocorrência desse crime, neste caso, seriam realmente remotas.

Por outro lado, as vítimas do crime de redução à condição análoga a de escravo são, por óbvio, pessoas das mais baixas classes sociais, apresentando vulnerabilidade nos planos social, econômico e político, e que

⁴⁷⁶ “Sequestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: Pena - **reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos**”.

são colocadas em condições degradantes de “trabalho”, sem que sejam respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade como pessoa.⁴⁷⁷

Esses exemplos alertam para os muitos desníveis encontrados na legislação penal brasileira, em especial para a problemática da escolha dos bens jurídicos e da valoração que a eles se dá: “Además, ha de recordarse que el Derecho penal no escapa al destino de otros instrumentos políticos: en su empleo, siempre se mira de soslayo a la clientela de *lobbies* y electores”.⁴⁷⁸

Em suma, se no Estado absoluto o sistema repressivo servia para proteger os interesses do clero e da nobreza, no Estado liberal a repressão penal servia como instrumento de proteção dos interesses da burguesia. Ainda hoje a repressão estatal se identifica, em sua maior parte, com a manutenção do sistema produtivo liberal, na intenção de manter o *status quo* dominante.

Essa crítica é feita por Alessandro Baratta⁴⁷⁹, para quem a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção. Em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais. Em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam infrações a normas penalmente sancionadas. A

⁴⁷⁷ Essa observação foi feita em OLDONI, Fabiano; CHAVES JUNIOR, Aírto. **Para que(m) serve o Direito Penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

⁴⁷⁸ SÜB, Frank. *El trato actual del mandato de determinación*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 239.

⁴⁷⁹ O autor, na mesma obra, desmitifica a ideia de que o Direito Penal visa proteger igualmente todos as pessoas: “a) O direito penal não defende todos e somente os bens essenciais, nos quais estão igualmente interessados todos os cidadãos, e quando pune as ofensas aos bens essenciais o faz com intensidade desigual e de modo fragmentário; b) a lei penal não é igual para todos, o status de criminoso é distribuído de modo desigual entre os indivíduos; c) o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da danosidade social das ações e da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade” (BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161-162).

criminalidade é um “bem negativo”, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre essas pessoas.

Vera Regina Pereira de Andrade⁴⁸⁰ afirma que a clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenha uma maior tendência a delinquir, mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes.

Já dizia Nilo Batista⁴⁸¹ que o problema é a seletividade da legislação penal, promovendo a estigmatização e a degradação na figura social de sua clientela, a qual, após encarcerada, era destinatária de um programa, cuja finalidade principal da pena privativa de liberdade “foi o ensinamento da disciplina do trabalho e especificamente a disciplina da fábrica”.⁴⁸²

Para Howard Becker,⁴⁸³ o que veio a se chamar de justiça criminal – polícia, tribunais, prisões – recebeu a tarefa de extirpar o crime ou pelo menos contê-lo. Foi montado um aparato de combate e contenção do crime e as pessoas que formavam estas organizações de justiça criminal tinham seus próprios interesses e perspectivas a proteger e parecia óbvio que a responsabilidade pelo crime pertencia aos criminosos e não havia dúvida quem eram eles.

Leonardo Boff⁴⁸⁴ reconhece que as elites construíram um tipo de sociedade organizada na espoliação violenta da plusvalia do trabalho e na exclusão de grande parte da população. Daí que, segundo Lenio Luiz Streck, “a existência no Brasil de duas espécies de pessoas: o sobreintegrado ou

⁴⁸⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 p. 54.

⁴⁸¹ BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 26.

⁴⁸² OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017, p. 62.

⁴⁸³ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 11.

⁴⁸⁴ BOFF, Leonardo. A violência: uma contribuição a suas várias interpretações. Disponível em <https://leonardoboff.wordpress.com/2016/07/11/a-violencia-uma-contribuicao-a-suas-varias-interpretacoes/>. Acessado em 25 de agosto de 2017.

sobrecidadão, que dispõe do sistema, mas a ele não se subordina, e o subintegrado ou subcidadão, que depende do sistema, mas a ele não tem acesso”⁴⁸⁵.

Até mesmo Stuart Mill⁴⁸⁶ deixou escrito que “as preferências e aversões da sociedade, ou de alguma poderosa parte dela, constituem, assim, a principal determinante das normas estatuídas para observância geral, sob as penalidades da lei ou da opinião.

A doutrina é rica em depoimentos que demonstram como e porque se dava a seleção dos destinatários da lei penal. Apenas para citar um exemplo, sabe-se que os negros sempre foram vistos como inferiores em todos os sentidos.⁴⁸⁷

A ONU divulgou Relatório no dia 08/3/2016, no qual informa a reiterada prática de torturas no sistema prisional brasileiro, apontando ainda um “racismo institucional” do sistema carcerário do país, no qual quase 70% dos presos são negros.⁴⁸⁸

Para Stuart Hall⁴⁸⁹ a "negritude" tem funcionado como signo da maior proximidade dos afro-descendentes com a natureza e, conseqüentemente, da probabilidade de que sejam preguiçosos e indolentes, de que lhes faltem capacidades intelectuais de ordem mais elevada, sejam impulsionados pela emoção e o sentimento em vez da razão, hipersexualizados, tenham baixo autocontrole e tendam a violência.

⁴⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 29.

⁴⁸⁶ MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991, p. 51.

⁴⁸⁷ Dentre muitas obras, vale a leitura do livro “O inimigo no direito penal” de Eugênio Raúl Zaffaroni. Coleção Pensamento Criminológico, Editora Revan.

⁴⁸⁸ NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Relator da ONU condena prática de tortura e ‘racismo institucional’ nos presídios brasileiros**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>. Acessado em 19 de fev. 2019.

⁴⁸⁹ HALL, Stuart. **Da Diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 70.

As mulheres também sofreram e sofrem uma perseguição estatal e social.

No século XV, por exemplo, o livro *Malleus Maleficarum*, também chamado “O martelo das feiticeiras”⁴⁹⁰ foi escrito pelos inquisidores alemães Heinrich Kramer e James Sprenger a pedido do Papa Inocêncio VIII. O objetivo era enfrentar as *conspirações demoníacas* contra a Cristandade, praticada pelo inimigo da Igreja Católica, naquele caso, a *mulher*. Essa obra foi publicada pela primeira vez em 1486 e até o final do século XVIII foi o fundamento jurídico e teológico dos tribunais da Inquisição em diversos países. Os autores afirmavam que as bruxas representavam as mulheres em estado natural.

A obra foi considerada um verdadeiro *Tratado de Criminologia* que enviou milhares de mulheres às fogueiras da Inquisição. Aconselhava que todas as suspeitas de bruxaria fossem submetidas à tortura: se confessassem mereceriam o fogo; se não confessassem, também, pois só uma bruxa, fortalecida por influência do Demônio poderia resistir à semelhante suplício sem ceder à confissão.⁴⁹¹

Assim, e retornando à posição do sujeito enquanto destinatário da norma, fica fácil perceber que em algumas situações a legislação que ordena o direito de punir não apresenta uma lógica aceitável, tendo em vista que o sistema repressivo tendenciosamente busca eleger determinada parcela social como “cliente”, sendo, invariavelmente, menos favorecida econômica, financeira e culturalmente, obtendo do sistema repressivo uma resposta muito mais “agressiva” do que os integrantes das outras classes sociais.

Já pelo lado dos que detêm o controle legislativo e algum tipo de ingerência e poder, o sistema penal se apresenta de forma lógica e racional,

⁴⁹⁰ KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

⁴⁹¹ Conforme registra Eduardo Galeano, oito séculos mais tarde, a Igreja Católica continua negando o púlpito às mulheres. Mesmo assim, o mesmo pânico faz com que os mulçumanos fundamentalistas às mutilem o sexo e lhes cubram a cara. E o alívio pelo perigo conjurado leva os judeus mais ortodoxos a começar o dia sussurrando: *Graças, Senhor, por não me ter feito mulher* (GALEANO, Eduardo. **Espelhos: uma história quase universal**. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009, p. 115-116).

uma vez que se torna um “eficaz” instrumento de controle social e manutenção da estrutura do poder, ao manter as margens da sociedade os considerados “impuros”, bem como excluir aqueles que se encontram inseridos nela, mas que com ela não se identificam.

E nesse processo antagônico, ambos os lados apresentam descontentamentos com o modelo repressivo penal. Mas onde está o descontentamento dos sujeitos?

Enquanto os destinatários em potencial da norma penal percebem-se como “objetos” a serem controlados pelo sistema, por meio da criminalização do cotidiano, os que manipulam este sistema têm a sensação de que o controle não está sendo eficiente, o que lhes gera uma falsa sensação de insegurança, levando-os a sugerir uma expansão da criminalização e uma punição mais severa.

Afirma Cornelius Prittwitz que “se dice a menudo que si el instrumento penal se aplica de forma inflacionaria, se deteriora, y esta percepción sacada de la vida cotidiana puede basarse em diversos conocimientos de la psicología social”.⁴⁹²

Mas o que eles não se dão conta é que o aumento da criminalização só fará aumentar a criminalidade. Aquela, enquanto tipificação de condutas como crime, impulsiona o aumento desta, uma vez que a criminalidade é a prática de uma conduta criminalizada. Neste raciocínio, quanto mais se criminaliza condutas, mais criminalidade haverá.

A tentativa de se coibir a prática de certas condutas através de sua criminalização é equivocada porque a prática de condutas que fogem à

⁴⁹² PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: fragmentario? subsidiario? ultima ratio?* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 446.

normalidade social⁴⁹³ e possam desestabilizar a vida em comunidade é algo natural e jamais será extinta:

El legislador cree que el Derecho penal es un <<superinstrumento de la política social y económica>> así como <<el medio más prometedoramente exitoso contra la grave erosión o pérdida de funciones de la moral social e individual>> o, dicho brevemente, un medio más de la política. Puesto que la utilización instrumental del Derecho penal parece prometer éxito solamente cuando con él se quiere actuar de forma rápida y poco complicada, la consecuencia de esta concepción es que se propugne evitar redacciones legales precisas que se opongan a un manejo instrumental.⁴⁹⁴

A ideia de acabar com a criminalidade, justificativa usada para movimentar um direito penal máximo e violento, é contrária à própria natureza humana e de vida em sociedade. Já dizia Beccaria⁴⁹⁵ ser impossível prevenir todas as desordens no embate universal das paixões humanas.

Aristóteles,⁴⁹⁶ em *A Política*, afirmou que os homens praticam injustiças não apenas para enfrentar as necessidades da existência, mas para o gozo material, para acalmar suas paixões no prazer. Para se conseguir o supérfluo, e não o necessário, é que se praticam grandes crimes.

Nietzsche⁴⁹⁷ também abordou o assunto. Segundo ele os gregos já tinham a noção de que também o delito pode ser digno e na necessidade de atribuir dignidade ao delito, inventaram a tragédia.

Nesse raciocínio, a criminalidade terá vida longa, já que a busca do supérfluo é algo que a sociedade massificada pelo consumo impõe como condição à felicidade.

⁴⁹³ Uma das concepções de desvio, conhecida por “definição estatística”, é considerar a prática de uma conduta que afronte o que a maioria da população considere correto.

⁴⁹⁴ SÜB, Frank. *El trato actual del mandato de determinación*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 238.

⁴⁹⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 50.

⁴⁹⁶ ARISTÓTELES. **A Política**: texto integral. São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005, p. 54-55.

⁴⁹⁷ NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 5ª reimpressão, 2009, p. 153.

Para Hassemer e Muñoz Conde, o desvio está tão intimamente vinculado ao processo de socialização dos sujeitos, que a luta não é o meio adequado para amenizá-lo, pois até mesmo a criminalidade tem uma função social a cumprir e uma missão na evolução da sociedade:⁴⁹⁸

No hay ninguna sociedad sin delito y que, por otro lado, la criminalidad aumenta en la medida en que lo hace el desarrollo económico y cultural de la sociedad (entendiéndose incluso como un "coste de la libertad"). Y si el delito está tan íntimamente vinculado con el proceso de socialización de los individuos, difícilmente puede ser la "lucha" el remedio correcto, pues más bien parece que la criminalidad tiene que cumplir una función e incluso una misión en el mantenimiento y evolución de la sociedad.

Segundo os autores, a conduta desviada pode ser útil na medida em que confirmam os valores dos grupos, entre eles a tolerância frente ao criminoso e o crime: “Efectivamente, apenas puede discutirse que la sociedad, tanto a la hora de castigar, como de perdonar, asegura sus normas frente al delincuente, reforzándolas, pudiendo así mejorar su sensibilidad integradora y social”.⁴⁹⁹

Massimo Pavarini ve o “delito como natural y necesario, provocando y estimulando la racción social, estabiliza y mantiene vivo el sentimiento colectivo que maniene entre los asociados la conformidad a las normas y al mismo tiempo ejercita una acción directa en la desarrollo ético de la sociedad”.⁵⁰⁰

Assim, até mesmo do crime se tiram lições. O desvio social de alguma forma intensifica as relações sociais, na medida em que a coletividade, ao combatê-lo, fortalece seus vínculos sociais, pelo interesse comum.

⁴⁹⁸ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 38.

⁴⁹⁹ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 40.

⁵⁰⁰ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 1 ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002, p. 57.

A desordem e o conflito podem ser vistos como possibilidade positiva de evolução social, desde que devidamente mediados.⁵⁰¹

Roxin⁵⁰² sugere ser mais realista a hipótese de que a criminalidade, como espécie do que os sociólogos chamam de "comportamento desviante" se encontre dentro do leque das formas típicas de ação humana, e que vá existir para sempre. As circunstâncias sociais determinam mais o "como" que o "se" da criminalidade: quando camadas inteiras da sociedade passam fome, surge uma grande criminalidade de pobreza; quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar relacionada ao desejo de sempre aumentar as posses e, por intermédio disso, destacar-se na sociedade. Isto não implica que não se deva esforçar-se por um aumento do bem-estar geral. Mas não se espere com isso uma eficaz diminuição da criminalidade.

Com a certeza de que as condutas que contrariem os interesses da sociedade, em sua maioria, e coloquem a sua existência em risco sempre irão existir, o que se busca é fazer com que tais condutas fiquem num limite aceitável entre o que realmente deve ser punido e o que pode ser suportado pela coletividade.

Nietzsche sustenta que o caráter do mundo é o de um caos eterno, devido à ausência de ordem, de encadeamento, de formas, de beleza e de sabedoria.⁵⁰³

Nils Christie compreende o crime como um produto de processos culturais, sociais e mentais. O delito pode ser tantas coisas e, ao mesmo tempo, nenhuma. O conceito de crime é livremente utilizável. O desafio é

⁵⁰¹ SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e alteridade.** In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.* Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 215.

⁵⁰² ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Tradução de Luis Greco, autorizado pelo autor. RT-790 – Agosto de 2001 – 90º ano, p. 461.

⁵⁰³ NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência.** São Paulo: Companhia das Letras, 5ª reimpressão, 2009, p. 118.

entender a sua utilização pelos vários sistemas, e através desse entendimento ser capaz de avaliar a sua utilização e os seus utilizadores.⁵⁰⁴

Beccaria, muito antes, acertadamente assegurou que a proibição de uma grande quantidade de ações diferentes, antes de prevenir os delitos que delas possam nascer, criaria outros novos.⁵⁰⁵

Sim, os grupos sociais criam o desvio, mas ele não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, e sim uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um “infrator”. O desviante é alguém a quem este rótulo foi aplicado com sucesso e o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal.⁵⁰⁶

Por isso seria um equívoco estudar o desviante, pois ele assim o é apenas porque foi rotulado pela lei. O que se deve é buscar respostas à pergunta: *Por que se escolhe essa ou aquela conduta para se considerar desviante?*

Como dito, a escolha é feita a partir de interesses dos que estão legitimados a escolher, por via legislativa, em detrimento da limitação do direito alheio. E este “alheio”, invariavelmente, não é visto como um sujeito de direitos, mas como “a coisa” sobre a qual recai a limitação e a punição.

Não se pode negar, também, que a expansão do Direito Penal é apoiada pela grande massa social, que mesmo sem ter benefício com a punição alheia, mas apenas pela manipulação de sentidos a que está sujeita, acaba aceitando como correto o discurso de lei e ordem.

Consoante Hassemer e Munhöz Conde “esa fascinación de lo criminal es también un obstáculo a la tesis en pro de la abolición del Derecho penal.

⁵⁰⁴ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Revan: Rio de Janeiro, 2014, p. 12.

⁵⁰⁵ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 131.

⁵⁰⁶ BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 21-22.

También las teorías preventivas deben tener en cuenta la fascinación de lo criminal".⁵⁰⁷

Para os autores, o legislador penal debería ter em conta os seguintes cuestionamentos para justificar a expansão do Direito Penal:

- ¿No sería mejor, para conseguir sus metas, se empleara el derecho social o protector de menores antes que el Derecho penal?
- ¿Se refieren las prohibiciones penales a conductas que "realmente" producen un daño y, por tanto, lesionan un bien jurídico?
- ¿Produce el aumento de la gravedad de las penas "realmente" el esperado efecto intimidatorio?
- ¿Están materialmente fundadas las expectativas en la resocialización del delincuente en las actuales circunstancias?⁵⁰⁸

O primeiro cuestionamento afirma aquilo que teoricamente se defendeu desde o iluminismo: um Direito Penal de *ultima ratio*: “El carácter de *ultima ratio* constituye el programa más unívoco: según dicho principio, el Derecho penal solo es legítimo en las infracciones más graves y como recurso extremo”.⁵⁰⁹

Evidente que antes de se preocupar com a estruturação de um sistema punitivo deve o Estado oportunizar condições sociais favoráveis a todos os cidadãos que não usufruem de uma boa situação econômica, financeira e até mesmo cultural. Estas condições sociais favoráveis devem ser exponencialmente mais eficazes quando destinadas às crianças, adolescentes e jovens, dentro da certeza de que é mais barato investir positivamente nesses segmentos sociais que os punir na maioridade.

⁵⁰⁷ Fascinação compreenderia sentimentos como “el asco y el miedo, la admiración y la atracción, no provocando siempre en el observador de un caso criminal satisfacción con su descubrimiento y aclaración por las Autoridades, e incluso a veces una cierta decepción, es decir, sentimientos ambivalentes” (HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 32).

⁵⁰⁸ HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valência: Tirant Lo Blanch, 1989, p. 35-36.

⁵⁰⁹ PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: fragmentário? subsidiario? ultima ratio?* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 434.

A segunda questão trata da criminalização de condutas com lesividade aparente e concreta. A criminalização de crimes de perigo abstrato é uma onda crescente.⁵¹⁰

A terceira se refere ao nexo de eficiência entre a pena abstrata e a prevenção geral. Este é um denominador muito difícil de equacionar, pois não há como se estabelecer que uma pena abstrata possa intimidar a todos os propensos autores daquele crime, frente às variadas formações sociais, psíquicas e emocionais do ser humano, pois:

está empíricamente demonstrado, como resultado de numerosos estudios de investigación sobre sanciones, que, al aumentar la intensidad de la intervención de la sanción, ésta no resulta ser más eficaz en términos de prevención y evitación de la reincidencia.⁵¹¹

Lembra Miranda Coutinho⁵¹² que o efeito intimidatório das leis penais só tem alguma razão de ser quando há, na pessoa, introjeção de regras. E isso se dá desde o nascimento e particularmente na formação da estrutura do sujeito, por força da vergonha e não do medo.

É justamente o que já havia afirmado Lacan,⁵¹³ para quem a relação do crime com a lei através de castigos exige um assentimento subjetivo para a significação da punição.

Freud, quando tratou dos *Criminosos por sentimento de culpa*, apresentou uma ideia que não pode ser desconsiderada, apesar do contexto

⁵¹⁰ Paulo César Busato não concorda com o que chama de “doutrina minimalista”, que nega a legitimidade dos crimes de perigo abstrato por considerá-los um exagerado avanço de barreiras de imputação. De outro lado, informa o surgimento de uma doutrina intermediária entre o perigo concreto e o abstrato, denominada de “delito de perigo abstrato-concreto, “delito de atitude ou potencial lesivo” ou ainda “delito de periculosidade” (BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 317).

⁵¹¹ RZEPKA, Dorothea. *Frente a la violencia ultraderechista o xenófoba, más derecho penal?* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 283.

⁵¹² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Punitivismo desmedido e ideológico (a posição de Jörg Stippel). In **Questões atuais do Sistema Penal: estudos em homenagem ao Professor Roncaglio**. Paulo César Busato (Coord.). Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2013, p. 4.

⁵¹³ LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 128.

social e o período (1916) em que foi escrito ser muito diferente do atual, cujas demandas sociais são diversas das daquela época e que, certamente, influenciam de outra forma o desvio.⁵¹⁴

Para ele a consciência de culpa nasce antes do delito e se origina no Complexo de Édipo (desejo de matar o pai e de manter relação sexual com a mãe). A reação a esses dois grandes intentos criminosos, é a prática de outros atos ilícitos, os quais seriam um alívio e funcionariam como válvula de escape para o atormentado, que se sente culpado por aqueles desejos (reprimidos).⁵¹⁵

A partir dessa afirmativa, questiona-se: Não seria possível que alguém, por não conseguir oferecer boas condições de saúde, educação, lazer, moradia etc. à sua família, cultive esse sentimento de culpa que o direciona, inconscientemente, a praticar um ato criminoso, justamente para receber o castigo?

Sim, porque para Freud é o sentimento de culpa que faz o sujeito procurar a punição, ou seja, a culpa preexistiria ao crime.

Se para Lacan a relação do crime com a lei através de castigos exige um assentimento subjetivo para a significação da punição, para Freud esse assentimento pré-existe inconscientemente, sendo ele o motivador do desvio. Para Lacan, a punição teria sentido se fosse significada pelo infrator, já para

⁵¹⁴ Para garantir fidelidade à ideia do autor, cita-se passagem que inicia o item 3 do texto: “Falando de sua juventude, em especial dos anos da pré-puberdade, pessoas que vieram a ser muito respeitáveis me informaram de ações ilícitas, como furtos, fraudes e até mesmo incêndios, que haviam cometido naquele tempo. Eu não fazia caso dessas informações, comunicando-lhes que é notória a fraqueza das inibições morais nessa fase da vida, e não procurava inseri-las num contexto mais significativo. Afinal, porém, vi-me solicitado a um estudo mais completo desses incidentes, devido a alguns casos chocantes e mais acessíveis, nos quais esses delitos foram cometidos enquanto os doentes se achavam em tratamento comigo e já não eram pessoas jovens. O trabalho analítico trouxe então o resultado surpreendente de que tais ações foram realizadas sobretudo porque eram proibidas e porque sua execução se ligava a um alívio psíquico para o malfeitor. Ele sofria de uma opressiva consciência de culpa, de origem desconhecida, e após cometer um delito essa pressão diminuía. Ao menos a consciência de culpa achava alguma guarida” (FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12**: Introdução ao narcisismo, ensaios de mentapsicologia e outros textos (1914-1916). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, p. 212).

⁵¹⁵ FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12**: Introdução ao narcisismo, ensaios de mentapsicologia e outros textos (1914-1916). Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, p. 213.

Freud a punição é buscada pelo infrator, em razão do sentimento de culpa preexistente.

A última indagação tenta vincular a punição com a ressocialização. Aqui, parece que uma expansão do Direito Penal deve considerar a impossibilidade de ressocializar o infrator, não podendo ser este o meio que justifique o fim da pena.⁵¹⁶

Destes quatro pontos levantados por Hassemer e Muñoz Conde, o mais importante é o primeiro e autoriza as seguintes inquirições: 1) O Direito Penal deve atuar em quais circunstâncias? 2) A utilização das leis penais com mais ou menos intensidade tem relação direta com o modelo de política criminal⁵¹⁷ escolhido pelo Estado?

Tentar-se-á, a seguir, buscar respostas às essas indagações.

3.2 POR UM DIREITO PENAL COM O NÚCLEO FUNDANTE DO NEOLIBERALISMO: Mercado Livre x Pessoas Presas

O Direito Penal brasileiro, constata-se, reflete um Direito Penal liberal, hoje denominado de neoliberalismo. O liberalismo trouxe muitos avanços e conquistas que não podem ser desprezados, mas também autorizou muitas críticas por influenciar negativamente o modelo de punição estatal ocidental. Se a superação do modelo liberal é algo que não deve ocorrer tão cedo, então é preciso fazer uma releitura do sistema punitivo nascido a partir dele.

⁵¹⁶ A impossibilidade de se ressocializar por meio do cárcere será objeto de análise no capítulo 4.

⁵¹⁷ A Política Jurídica, tendo como objeto de estudo o “dever ser” da norma, compromete-se com a criação de normas socialmente justas e úteis. Para isso, deve-se compreender a palavra política no sentido de estratégias para alcançar um fim. Assim, a utopia, que no sentido filosófico tem o significado de “aquilo que deve existir, um lugar melhor”, torna-se o fundamento maior da Política Jurídica. Nas palavras de Osvaldo Ferreira de Melo, “o Político Jurídico atua como um estrategista da conversão de valores de Direito em regras jurídicas” (MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993, p. 51). Nesse sentido, a Política Criminal volta-se ao estudo do “dever ser” da norma penal.

Uma das alternativas, sugere-se, seria substituir o Direito Penal neoliberal por um Direito Penal **do** neoliberalismo. Mas onde reside a diferença entre eles?

Primeiro é importante compreender as bases do neoliberalismo.

O Consenso de Washington (neoliberalismo) surge em 1989, quando economistas latino-americanos de perfil liberal, funcionários do Fundo Monetário Internacional (FMI), Banco Mundial e Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID) e do governo norte-americano foram convocados pelo Institute for International Economics, entidade de caráter privado, para avaliar as reformas econômicas em curso no âmbito da América Latina.

John Willianson, economista inglês e diretor do instituto promotor do encontro, foi quem alinhavou os dez pontos tidos como consensuais entre os participantes. Foi, também, quem cunhou a expressão "Consenso de Washington", através da qual ficaram conhecidas as conclusões daquele encontro, ao final resumidas nas seguintes regras universais: Disciplina fiscal, através da qual o Estado deve limitar seus gastos à arrecadação, eliminando o déficit público; Focalização dos gastos públicos em educação, saúde e infraestrutura; Reforma tributária que amplie a base sobre a qual incide a carga tributário, com maior peso nos impostos indiretos e menor progressividade nos impostos diretos; Liberalização financeira, com o fim de restrições que impeçam instituições financeiras internacionais de atuar em igualdade com as nacionais e o afastamento do Estado do setor; Taxa de câmbio competitiva; Liberalização do comércio exterior, com redução de alíquotas de importação e estímulos à exportação, visando a impulsionar a globalização da economia; Eliminação de restrições ao capital externo, permitindo investimento direto estrangeiro; Privatização, com a venda de empresas estatais; Desregulação, com redução da legislação de controle do processo econômico e das relações trabalhistas; Propriedade intelectual.⁵¹⁸

⁵¹⁸ NEGRÃO, João José. **Para conhecer o Neoliberalismo**. São Paulo: Publisher Brasil, 1998, p. 41.

Paulo Nogueira Batista Jr. Explica que o ideário neoliberal já havia sido apresentado de forma global pela entidade patrocinadora da reunião de Washington - o "Institute for International Economics" - numa publicação intitulada "Towards Economic Growth in Latin América", de cuja elaboração participou, entre outros, Mário Henrique Simonsen. Não se tratou, no Consenso de Washington, de formulações novas, mas simplesmente de registrar, com aprovação, o grau de efetivação das políticas já recomendadas, em diferentes momentos, por diferentes agências. Um consenso que se estendeu, naturalmente, à conveniência de se prosseguir, sem esmorecimento, no caminho aberto.⁵¹⁹

Estas diretrizes acabaram por influenciar o modelo de gestão de muitos países, já que passou a ser o receituário para a concessão de crédito por parte do FMI. Ou os países seguiam a cartilha neoliberal ou não obtinham ajuda financeira.

O que se viu, na prática, foi que este modelo de gestão acabou por invadir os países pobres e dependentes econômica e financeiramente da ajuda do Fundo Monetário Internacional e de investimentos externos, tornando-os ainda mais frágeis a longo prazo, os "colonizando" economicamente.

Expõe Noam Chomsky⁵²⁰ que o Consenso de Washington é um conjunto de princípios orientados para o mercado, traçados pelo governo dos Estados Unidos e pelas instituições financeiras internacionais que ele controla, implementados nas sociedades vulneráveis, como rígidos programas de ajuste estrutural.

Para Paulo Nogueira Batista Jr. o Consenso de Washington representa, no contexto da América Latina, o mesmo movimento de contra-ataque do capitalismo em relação às conquistas dos trabalhadores. Assinala

⁵¹⁹ BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. O Consenso de Washington: a Visão Neoliberal dos Problemas Latino-Americanos *in* Paulo Nogueira Batista: Pensando o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 116.

⁵²⁰ CHOMSKY, Noan. **O lucro ou as pessoas?** 3. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 21.

que o pano de fundo é outro, que existem, quando muito, arremedos de Estados de Bem-estar e que a democracia, a muito custo, tenta fazer sua reentrada num continente marcado por sucessivos períodos de ditaduras declaradas ou disfarçadas, civis ou militares (com preponderância das últimas). Em suma, na América Latina o conservadorismo propõe discussões e modelos pós-welfare para sociedades que nem sequer se aproximaram daquela configuração no que diz respeito a direitos sociais e distribuição de renda e onde, ao contrário, o Estado tem servido historicamente mais aos interesses das classes dominantes associadas-dependentes ou não do capitalismo mundial, do que aos setores subalternos.⁵²¹

Portanto, o principal núcleo do neoliberalismo é a redução do tamanho e papel do Estado. Contudo, adverte Stuart Hall⁵²² “a neutralidade do Estado funciona apenas quando se pressupõe uma homogeneidade cultural ampla entre os governados”.

Fala-se em emagrecer o Estado para torná-lo mais eficiente. Mas o que parece se pretender, na verdade, é reduzi-lo a níveis tão ínfimos que desorganizariam a máquina estatal, podendo comprometer até a sua missão clássica de provedor de segurança contra ameaças internas à ordem pública ou externas à integridade territorial.⁵²³

Claro que ele traz outras características, como a regressão a um padrão econômico pré-industrial caracterizado por empresas de pequeno porte e fornecedoras de produtos mais ou menos homogêneos, a debilitação da educação e da saúde, o aumento da desigualdade social a diminuição da distribuição de renda. Mas pode-se pensar que isso só ocorre porque há um afastamento do Estado, uma flexibilização de regras que beneficiam somente o setor produtivo privado.

⁵²¹ BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. O Consenso de Washington: a Visão Neoliberal dos Problemas Latino-Americanos *in* Paulo Nogueira Batista: Pensando o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 139.

⁵²² HALL, Stuart. *Da Diáspora: identidades e mediações culturais*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003, p. 77.

⁵²³ BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. O Consenso de Washington: a Visão Neoliberal dos Problemas Latino-Americanos *in* Paulo Nogueira Batista: Pensando o Brasil. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009, p. 137.

Os países que não “rezaram” pela cartilha do neoliberalismo foram aqueles cuja participação estatal tem um papel preponderante na política industrial. É o caso da Coreia do Sul e do Japão.

Com Noam Chomsky⁵²⁴ pode-se ver que no Japão os mecanismos de mercado foram gradualmente introduzidos pela burocracia estatal e pelos conglomerados industrial-financeiros à medida que cresciam as perspectivas de sucesso comercial. A rejeição dos preceitos da economia ortodoxa foi uma condição do ‘milagre japonês’.

Na década de 70 a Coreia do Sul se igualava ao Brasil em crescimento e importância mundial, mas optou por investir pesadamente no parque industrial interno, contrariamente do que fez o Brasil. O governo coreano incentivou e até mesmo obrigou a criação de fábricas de automóveis nacionais. Já o Brasil preferiu trazer as montadoras internacionais, as quais se instalaram por todo o país, subsidiadas por incentivos fiscais grandiosos. O resultado, apenas neste setor, mas que serve de exemplo, é que hoje o Brasil não possui nenhuma montadora, enquanto a Coreia ocupa uma posição de destaque no âmbito mundial, estando, inclusive, com montadoras instaladas no Brasil.

Sem contar que em 2012 a Coreia do Sul possuía o Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) na casa dos 0,909 (12º mais elevado do mundo); tinha 98% da população alfabetizados e 220 dias letivos ao ano; é o 1º país do mundo a equipar todas as escolas com internet banda larga; 80% de crianças e adolescentes sul-coreanos passam ao menos 10 horas estudando por dia; 97% dos alunos concluem o Ensino Médio; 60% dos cidadãos entre 25 e 34 anos cursaram a universidade⁵²⁵. Parece ter feito muito bem ao país rejeitar a cartilha do neoliberalismo. Já ao Brasil, bem, ao Brasil.

⁵²⁴ CHOMSKY, Noam. **O lucro ou as pessoas?** 3. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002, p. 35.

⁵²⁵ CARVALHO, Bruna. **Investimento e disciplina fizeram da Coreia do Sul uma campeã em educação.** Último Segundo - iG. Disponível em <https://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-06-05/investimento-e-disciplina-fizeram-da-coreia-do-sul-uma-campea-em-educacao.html>. Acesso em 18 de setembro de 2018.

Portanto, o neoliberalismo, para ter eficácia em suas medidas, necessita de um Estado mínimo, pouco interventor.

A diferença entre o Direito Penal apregoado pelo neoliberalismo e o Direito Penal com a característica fundante do neoliberalismo está na intensidade de intervenção estatal.

No primeiro caso tem-se um Direito Penal surgido com a proposta de estancar a criminalidade pelo caminho da lei e da ordem, com uma demasiada criminalização de condutas e um descompasso entre os “bens jurídicos” protegidos.⁵²⁶

A proposta do Direito Penal neoliberal é punir mais e com penas maiores, é criminalizar os consumidores falhos, a pobreza e o cotidiano. Esta proposta fundamenta-se na lógica do mercado, do lucro, onde quem não consome não pode atrapalhar quem consome, quem não consome incomoda e deve ser afastado à margem da “sociedade”.

O Direito Penal neoliberal protege os bens jurídicos de forma invertida. Privilegia-se o patrimônio, que é o bem que mais lhe interessa, em detrimento da vida e da liberdade, os quais, pensa-se, representam os bens mais importantes para uma convivência pacífica em sociedade.

Muitos exemplos podem ser dados e alguns já foram citados, não havendo necessidade de repeti-los aqui.

⁵²⁶ “La política y el poder, esto es, la violencia estatal, intentan ganar al Derecho penal para sus fines; el peligro de que, de este modo, el aspecto de limitación y contraposición que el Estado de Derecho liberal clásico conlleva se rompa, no puede subestimarse. Precisamente el Derecho penal pone al Estado constante entre la idea del Estado de Derecho liberal por un lado, y el Estado punitivo y su política, por otro; basta para ello con echar un vistazo a la evolución histórica del Estado. Esta relación de tensión impide que pueda implantarse por completo un Estado de Derecho de corte liberal” (ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del estado de derecho*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 311.)

Interessante é que o neoliberalismo faz com o Direito Penal inversamente o que propõe na área econômica e de produção. No Direito Penal o Estado é demasiadamente interventor, criminalizando desnecessariamente muitas condutas, regulando a convivência social ao dizer o que pode e o que não pode, muitas vezes em situações que configuram o cotidiano e que não precisariam ser objeto de intervenção do campo penal.

Já na área econômica o Estado se afasta e intervém o mínimo possível.

Precisa-se inverter esta lógica. Na economia e produção uma maior intervenção estatal e no Direito Penal um afastamento do Estado. Daí por que a aplicação do núcleo fundante do neoliberalismo (intervenção mínima do Estado) no Direito Penal seria o ideal.

A observação de Luis Alberto Warat⁵²⁷ é pontual. Para ele o Direito é a forma jurídica do capitalismo e está integrada em três instâncias: a simbólica, a institucional e a conflitiva. A primeira é composta pela retórica – um discurso monológico saturado de crenças que persuadem; a segunda marcada por instituições disciplinares que produzem subjetividade social usando a burocracia como gramática de produção de sentidos; e a terceira, descansando no monopólio da violência. Em suma, o Direito é entendido como retórica, burocracia e violência.

Mas violência contra quem? E aqui a referência é exclusiva ao Direito Penal.

Uma das causas fundamentais da criminalização de grupos cada vez mais amplos de pessoas é encontrada nas próprias normas jurídicas, que manipuladas adequadamente por grupos de pressão minoritária e detentores do poder, dificultam a coexistência pacífica dos distintos sistemas de valores de

⁵²⁷ WARAT. Luiz Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**. Livro de domínio público. Versão Kindle, posição 277.

uma mesma comunidade e aumentam a luta entre os sistemas dominantes e os que não o são.⁵²⁸

Assim, ao invés da norma penal funcionar como um instrumento motivador determinante dos comportamentos das pessoas e, diante disso, constituir um fator integrador dos diferentes grupos sociais, protegendo bens jurídicos fundamentais ao todo, possui um efeito invertido, favorecedora e até mesmo causadora da marginalização, já que, por vezes, é manipulada para proteger interesses minoritários.⁵²⁹

O desafio é justamente encontrar o caminho para que os grupos dominados, excluídos ou esquecidos possam inscrever-se na globalização sem ficarem imobilizados em seus tradicionais guetos de exclusão (o pagode e o funk ao tempo que são universalizados, mantém seus autores confinados nas favelas; o artesanato indígena ganha destaque na cultura global e os artesões aprisionados nas aldeias com o mínimo para sobrevivência) e a proposta seria uma nova educação sensível aos discriminados e às diferenças.⁵³⁰

Edgar Morin⁵³¹ apresenta algumas reformas para superar o atual estágio global, mesmo reconhecendo que muitas não são aplicáveis a curto prazo: 1) *Substituição da ideia de crescimento indefinido* por um conceito complexo que implica crescimentos, decrescimentos, estabilizações, de maneira diferente para cada região; 2) *Redesenvolvimento das economias de proximidade* e conseqüentemente, desmundialização em todos os domínios; 3) *Desenvolvimento de uma economia verde*, que compensaria a diminuição das energias poluentes (carvão e petróleo); 4) *Desenvolvimento de uma economia plural* (social e solidária), ao lado da economia do lucro e da economia do

⁵²⁸ OLDONI, Fabiano; CHAVES JUNIOR, Aírto. **Para que(m) serve o Direito Penal?** uma análise criminológica da seletividade dos segmentos de controle social, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 102.

⁵²⁹ MUÑOZ CONDE, Francisco. Função motivadora da norma penal e “marginalização”. **Revista Justitia**. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986, p. 32-33.

⁵³⁰ WARAT. Luiz Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social:** Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação. Livro de domínio público. Versão Kindle, posição 303.

⁵³¹ MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. p. 129-140.

Estado, visando produzir, consumir, empregar e decidir de maneira mais respeitosa sobre os homens, o ambiente e o território; 5) *Multiplicação das moedas locais solidárias*, permitindo o crescimento de trocas e serviços; 6) *Desenvolvimento do comércio equitativo*, uma parceria produção/distribuição fundada no diálogo, na transparência e no respeito, eliminando os atravessadores; 6) *Desenvolvimento dos bancos solidários* e 7) *Desmercantilização progressiva dos bens comuns à humanidade* (água), anulando-se qualquer licença que conduza à apropriação de uma parte de um todo vivo.

As propostas formuladas por Morin são um convite à convivência em comunidade. São equações que visam o bem comum, superam o lucro e estimulam o retorno a uma época em que a produção local e artesanal era fonte de renda e de sobrevivência para muitas famílias.

Esta também é a proposta de Bauman,⁵³² para quem é preciso superar o individualismo⁵³³ e voltar a viver em comunidade, próximos. O individualismo é causa de muitos problemas emocionais e sociais, sendo o medo o seu símbolo maior, posto que o afastamento do local comum cria no sujeito uma ideia de insegurança quanto ao outro, um ser desconhecido e perigoso.

É quase unânime a ideia de que o Estado Penal deva se preocupar com questões realmente lesivas ao bem comum ou individual. Como bem salientou Paulo César Busato, “o Direito Penal ocupa um lugar de controle social de emergência, a ser usado em situações de intolerabilidade pelo grupo social, na forma de último recurso”.⁵³⁴

⁵³² BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade**: a busca por segurança no mundo atual. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

⁵³³ “Ismo me soa como algo que isola” (Sobre a impossibilidade de ensinar Direito: notas polêmicas para a desescolarização do Direito in FAGÚNDEZ, Paulo Ronay Ávila (org.). **Retratos dos cursos jurídicos em Santa Catarina**: elementos para uma educação jurídica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002, p. 345-380).

⁵³⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2015, p. 4.

Os princípios da fragmentariedade, da subsidiariedade⁵³⁵ devem ser efetivados em grau máximo, pois o Direito Penal “no es un mero instrumento de contról más, sino que a causa de las consecuencias de su aplicación resulta especialmente problemático, tanto para los particulares, como para la sociedad. Por esto requiere especiales garantías jurídicas”.⁵³⁶

À redução do Estado Penal seguiria a expansão do Estado de investimento social.⁵³⁷ A proposta de aplicar o núcleo fundante do neoliberalismo ao Direito Penal é perfeitamente possível e salutar, na medida em que haveria uma necessária redução do Estado Penal.

O Direito Penal neoliberal deve ser superado⁵³⁸. Este modelo é perverso e seletivo. Precisa ser substituído por um sistema que contemple um Direito Penal mínimo, efetivamente de *ultima ratio*.

Contudo, do neoliberalismo o que serviria é apenas a manutenção do seu núcleo fundante (redução da atuação estatal) no campo do Direito Penal, já que nos demais setores o Estado deve atuar de forma mais efetiva.

A ideia é pensar numa inversão do que se tem hoje. Diminuir a atuação estatal no âmbito penal e aumentar sua ingerência no mercado e na produção,

⁵³⁵ “Carácter fragmentario del Derecho penal indica – como afirmación empírica – el hecho de que solo por Ley pueden conductas amenazadas con pena constituir hechos penales. (...) El carácter subsidiario del Derecho penal indica programáticamente (de forma negativa) un límite del Estado de Derecho liberal al Derecho penal, y más allá de eso puede remitir (de forma positiva) a la idea de que el Estado, también el Estado que castiga, está olvidado a socorrer” (PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: fragmentario? subsidiario? ultima ratio?* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 433-434).

⁵³⁶ PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: fragmentario? subsidiario? ultima ratio?* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 433.

⁵³⁷ Expressão utilizada por Denise Clerc e citada por Edgar Morin, em seu livro **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013. Segundo o autor, este modelo ofereceria formações profissionais (como nos estados escandinavos) e serviços (proteção às crianças, doentes e idosos solitários); manteria um serviço cívico de solidariedade; financiaria as entidades de ajuda aos desfavorecidos: pessoas solitárias, idosos, refugiados, ex-detentos, entre outras providências de cunho social.

⁵³⁸ “Debe reconocerse que el Derecho penal del Estado de Derecho liberal clásico constituye, en realidad, una utopía” (ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del estado de derecho*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 313).

sem contar que sua participação no social deve ser alçada, no que denomina Morin, em um Estado de Investimento Social.

Não se pode ver a crítica como algo negativo. Ela deve colocar em crise um modo de entender o mundo (um paradigma) para tomar decisões que permitam uma mudança, abandonar-se e desprender-se do que já está morto em nós ou na sociedade, ou em nossas relações com os outros. O pensamento crítico não é pura negatividade quando nos damos conta que nos mantemos em pontos de vista, em relacionamentos ou em situações não porque estamos acomodados e sim porque estamos acomodados na insatisfação.⁵³⁹

Que a modernização é importante e um caminho sem volta todos sabem. A questão é como modernizar sem causar danos excessivos.

Ulrich Beck⁵⁴⁰ propõe uma *modernidade reflexiva*. Para ele a modernização simples significa a desvinculação e a revolução das formas sociais tradicionais pelas formas sociais industriais. Já a modernização reflexiva significa a desvinculação e a revinculação das formas sociais industriais por outro tipo de modernidade.

O progresso pode converter-se em autodestruição dos vários núcleos sociais, segundo Beck. Para ele não são as crises, mas as conquistas do capitalismo que produzem uma nova forma social.

A dificuldade está no fato de que o discurso liberal se apoderou do jurídico de maneira avassaladora,⁵⁴¹ autorizando e influenciando até mesmo a leitura do direito sob a ótica econômica.

⁵³⁹ WARAT. Luiz Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação**. Livro de domínio público. Versão Kindle, posição 573.

⁵⁴⁰ BECK, Ulrich. *La reinvencción de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madri: Alianza Editorial 1997, p. 15-20.

⁵⁴¹ ROSA, Alexandre Moraes da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 29.

A AED (Análise Econômica do Direito) é um movimento que nasceu na década de 60, nos EUA, tendo como percussores Ronald Coase, Richard A. Poesner e Guido Calabresi. A AED, ao ser aplicada ao Direito Penal, tem recebido algumas críticas pela tendência a desconsiderar os direitos fundamentais e tentar limitar a atuação estatal na esfera social (é contra o Estado de Bem-Estar Social), o qual, sustenta, é um impeditivo para a captação do capital estrangeiro.⁵⁴²

A AED idealiza um Estado menos interventor e regulador do mercado, um processo penal que flexibilize as garantias individuais, na medida em que enquadra o caso penal como um direito disponível e a pena negociada.⁵⁴³

Ao tentar diminuir o custo da intervenção judicial, portanto não pensando nos participantes do ato ilícito (autor e vítima), a AED acaba, por via indireta, olhando com bons olhos algumas alternativas à resolução do conflito, como a arbitragem (no âmbito civil) e a mediação.

Segundo Alexandre Morais da Rosa, o movimento Neopenalista acaba por redimensionar o discurso da criminologia crítica, para quem o destinatário do direito penal é previamente selecionado. Atualmente a criminologia crítica⁵⁴⁴ até pode explicar uma parcela significativa dos tipos penais, porém não

⁵⁴² ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 24-25.

⁵⁴³ MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

⁵⁴⁴ Em interessante artigo Pat Carlen faz uma crítica ao que denomina de “evangelismo na criminologia crítica, cultural e pública”. Segundo ela na medida em que “o evangelismo procura adeptos a uma perspectiva com base em retórica oposicionista em vez de em análise criativa, ele é antagônico ao esforço científico”. Afirma, ainda, que tais trabalhos criminológicos (se refere ao que executam pronunciamentos “apostólicos” e “imperialistas”) não procuram convencer pelo argumento, apenas buscando seguidores, que agem não como seguidores em projetos específicos, mas como “crentes” em um rótulo particular da criminologia. Sustenta que estas espécies de criminologia observam certos comportamentos oriundos das classes observadas, mas não conseguem identificar fatores de crimes rotineiros, praticados por quem não figuram naqueles comportamentos de riscos investigados. Pergunta, como forma de justificar a crítica que faz sobre a crença absoluta em determinada corrente criminológica: “Por que certas pessoas rotineiramente violam a lei de maneiras muito mundanas (maneiras certamente não envolvendo a excitação do comportamento de risco) e são então habitualmente presas e oficialmente fustigadas por isso?” (CARLEN, Pat. **Contra o evangelismo na criminologia acadêmica**: pela criminologia como uma arte científica. Tradução de Leandro Ayres França. Revista Justiça e Sistema Criminal. V. 5, n. 9, jul./dez. 2013, Curitiba: FAE Centro Universitário, p. 101-118).

consegue alcançar outra dimensão da nova criminalidade, onde o crime passou a ser um produto e a propriedade que interessa não é mais a de um sujeito e sim de estruturas econômicas. Não se trata de punir e recuperar, mas manter as regras do jogo formal do mercado.⁵⁴⁵

Nesse sentido destaca Anabela Miranda Rodrigues⁵⁴⁶, que as ligações entre o declínio do setor social do Estado e o desenvolvimento do seu braço penal são evidentes. Em simultâneo com o pedido de “menos Estado” na ordem econômica e social, exige-se “mais Estado” para mascarar e conter as consequências sociais deletérias onde se verifica a deterioração da proteção social.

3.3 A PENA E SUA “SIMBÓLICA” FINALIDADE

Mas porque se pune alguém⁵⁴⁷? O que leva a escolher esta ou aquela espécie de punição? Qual é o limite desta sanção?

Mir Puig⁵⁴⁸ explica que a pena tem um sentido diferente para cada um dos que participam do processo, seja o legislador, para quem a pena serve

⁵⁴⁵ ROSA, Alexandre Morais da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal eficiente e ética da vingança**: em busca de uma criminologia da não violência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 72.

⁵⁴⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Consensualismo e prisão**. Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999, disponível em <http://www.gddc.pt/atividade-editorial/pdfs-publicacoes/7980-c.pdf>. p. 359.

⁵⁴⁷ Para Nietzsche a punição tem como pressuposto a liberdade. Os homens foram considerados livres para poderem ser julgados, punidos e considerados culpados (NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculos dos ídolos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p. 45).

⁵⁴⁸ Nas suas palavras: “*Para cada sujeto que interviene en la vida de la pena tiene ésta un sentido especial: para el legislador, la pena sirve ante todo a la *defensa de la colectividad*, aunque también debe tener en cuenta la *justicia* en la fijación de las penas; los órganos encargados de la persecución del delito (policía y ministerio fiscal), deben cumplir la función de esclarecimiento del delito y puesta del delincuente a disposición de los tribunales guiados por el principio de *igualdad* (justicia); el juez debe perseguir en primer lugar la pena *justa*, teniendo en cuenta el hecho cometido y la comparación con las otras penas, pero dentro del marco de la pena justa debe considerar también la *prevención especial*; los funcionarios de prisiones habrán de otorgar a la ejecución de la pena la finalidad de *ayudar* al condenado a aprovechar el tiempo de cumplimiento o, al menos, si ello no es posible, la de *prevención especial* por medio de la resocialización; por último, la sociedad – el resto de los ciudadanos - puede también encontrar en el proceso de la punición un sentido referido a su comportamiento, *reconciliándose* con el que ha cumplido una pena y aceptándole de nuevo en su seno” (PUIG,*

com uma defesa da sociedade, os órgãos de persecução (polícia e Ministério Público), a pena tem um sentido de justiça, o juiz, que busca aplicar, se for o caso, uma pena proporcional à gravidade do delito e à culpabilidade⁵⁴⁹ do acusado, os órgãos de execução da pena, que tem a finalidade de auxiliar o detento, buscando dar efetividade à prevenção especial, a sociedade em geral, que pode buscar na sanção do outro um exemplo a guiar o seu próprio comportamento.

De qualquer forma o uso da pena pode ter finalidades múltiplas, não que isso signifique que elas serão alcançadas. Mas é a partir dessas ideias que se estrutura toda a proposta punitiva penal. Desta forma a pena não deixa de ser uma questão de escolha, e por ser um critério subjetivo (aqui não limitado ao pensar individual, mas ao pensar de grupos individuais⁵⁵⁰) o que obrigatoriamente passa pelo interesse de quem escolhe, já que o Direito Penal pode ter vários caminhos.

Há os que querem a expansão do Direito Penal e há a proposta minimalista. Os primeiros pensam num direito penal como forma de controle social, atuando seletivamente, o que já foi denunciado pela criminologia crítica. Sustentam que o Direito Penal serve para pacificar o social e garantir a segurança pública. Os segundos apontam um Direito Penal que atue somente nas ofensas mais graves. Visualizam no Direito Penal um instrumento mais causador da violência, que diminuidor dela.

Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal**: concepto y método. 2 ed., Buenos Aires: B de F Editorial. 2003, p. 63).

⁵⁴⁹ A neurociência vem descortinando o véu que encobria a teoria da culpabilidade. Recentes pesquisas realizadas no cérebro humano, cujo precursor pode ser identificado como Benjamin Libet, na tentativa de comprovar que determinadas áreas do cérebro, inacessíveis a consciência do sujeito, determinariam a sua vontade, retomaram toda a discussão acerca da liberdade humana. Ainda nesse contexto, estudiosos de renome tanto na Alemanha, quanto na Espanha, como Gerhard Roth, Wolfgang Prinz, Wolf Singer e Francisco Rubia apresentam reflexões sobre a ausência da liberdade de vontade. Sustentam tais autores que os indivíduos são determinados pelo inconsciente e que a ideia de livre arbítrio é uma ilusão, o que acaba por reduzir o ser humano a verdadeiro autômato ou, mesmo, porque não dizer, em autêntico “relógio sofisticado”. A neurociência produz influxos no âmbito da dogmática penal, principalmente na culpabilidade e tem suscitado discussões sobre novas propostas de mudança no seu arcabouço essencial.

⁵⁵⁰ Mesmo sendo grupos, podem eles representar interesses individuais de seus integrantes, por isso da denominação de grupos individuais (Sant’Anna. Marina de Cerqueira. **Culpabilidade e Neurociência**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/culpabilidade-e-neurociencia-por-marina-de-cerqueira-santanna/>. Acessado em 06 de junho de 2015).

Esses questionamentos, por mais que sejam encontrados em toda a história punitiva, mereceram destaque maior na transição para o Estado moderno. A pena de prisão, que até então não era uma espécie de punição, mas uma medida cautelar utilizada para evitar a fuga do acusado e garantir a execução da pena que viria a ser imposta (morte, tortura, banimento), com o iluminismo foi alçada à condição de pena principal.⁵⁵¹

De certa forma a pena de prisão surge amparada em um discurso mais humanista, já que substituía as bárbaras punições que eram aplicadas até então. O encarceramento teria tornado a punição mais humana e mais adequada às novas perspectivas garantistas que surgiam.⁵⁵²

Contudo, segundo Vera Regina Pereira de Andrade:⁵⁵³

(...) a transição da antiga para a moderna Justiça Penal não significou a passagem da barbárie ao humanismo, mas de uma estratégia de punir a outra, mediante um deslocamento qualitativo do seu objeto (do corpo para a mente) e objetivos (minimização dos custos econômico e político e maximização da eficácia).

⁵⁵¹ “Como ya hemos visto, la detención no aparece en la historia sólo más que como medida meramente preventiva, para asumir más tarde un carácter represivo y, finalmente, convertirse en el tipo mismo de la pena. Para dar cuenta de esta evolución, debemos descubrir qué dio nacimiento a la prisión en su primera forma y, después, qué determinó el cambio que sufrió subsecuentemente” (DURKHEIM, Emile. **Dos leyes de la evolución penal**. Traducción. Mónica Escayola Lara Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. N° 13, 1999, pp. 71-90, disponible em http://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro/Materiales/Durkheim_Dos_Leyes_Evolucion_Penal.PDF).

⁵⁵² Destaca-se a passagem de Durkheim, sustentando que as penas na Idade Média não eram tão atroz assim: “Sería un error juzgar la ley penal, bajo el régimen feudal, de acuerdo a la reputación de atrocidad que se ha otorgado a la Edad Media. Cuando se examinan los hechos, se constata que era mucho más dulce que en los tipos sociales anteriores, al menos si se la considera en la fase correspondiente de su evolución, es decir, a su período de formación, y por así decirlo, de primera juventude” (DURKHEIM, Emile. **Dos leyes de la evolución penal**. Traducción. Mónica Escayola Lara Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. N°13, 1999, pp. 71-90, disponible em http://www.catedras.fsoc.uba.ar/pegoraro/Materiales/Durkheim_Dos_Leyes_Evolucion_Penal.PDF).

⁵⁵³ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 236-237.

Se duvidoso esse perfil humanista da pena privativa de liberdade, certo é que no contexto histórico que surgiu representou um novo momento, com a expansão das garantias individuais.⁵⁵⁴

Assim, é equívoca a ideia de que a pena de prisão foi assentada na ideia humanitária. Antes disso houve outros motivos que passam longe da intenção humanizadora tão somente e dizem respeito ao poder e ao controle social.⁵⁵⁵

A resposta à pergunta *Porque se pune alguém?*, aprioristicamente está na justificativa que se possa dar quanto à finalidade da pena de prisão.

Surgem, então, as teorias absoluta e relativa. A primeira vê a pena como uma retribuição, um mal que se impõe ao infrator sem finalidade específica. A segunda percebe a pena como uma prevenção, no sentido de tentar evitar a prática de novos delitos.

3.3.1 Teoria Absoluta da Pena (Retribuição)

A pena enquanto retribuição foi defendida por Kant, sob o fundamento de que a punição imposta por um tribunal jamais poderia ser vista como um meio de promover algum outro bem a favor do criminoso ou da sociedade, mas apenas por que ele cometeu um crime. A punição seria um fim em si mesma, não buscando extrair nada de útil para o condenado ou para a sociedade.⁵⁵⁶

⁵⁵⁴ Com a divisão do trabalho houve uma individualização e com isso uma responsabilização pessoal pelo ilícito, sendo a prisão o modo de punir individualmente e não coletivamente, conforme explica Anthony Giddens: “A prisão não existia no sistema penal das sociedades menos desenvolvidas porque a responsabilidade era coletiva (...). Mas com o desenvolvimento de formas mais complexas de sociedade e com a emergência crescente da solidariedade orgânica fundada (...) na divisão do trabalho, a responsabilidade se tornou individualizada” (GIDDENS, Anthony. **Política, Sociologia e Teoria Social**: Encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Tradução de Cibele Saliba Rizek, 1ª Reimpressão, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998, p. 127).

⁵⁵⁵ Para entender como e porque “a pena privativa de liberdade sempre priorizou fins econômicos, com o objetivo maior de perpetuar as relações sociais desiguais”, ver GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

⁵⁵⁶ KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 1 ed. Bauru: Edipro, 2003, p. 459.

Importante, também, a associação feita por Feurbach entre a teoria retributiva e o princípio da legalidade. Segundo ele a tipificação de condutas consideradas ilegais produz no agente uma determinação psíquica coativa que pode impedi-lo de praticar o ato, justamente por poder ler na lei, com grande precisão, que a conduta que pretende fazer é punível.⁵⁵⁷

Esta ideia pode ter algum acerto naqueles crimes cometidos racionalmente, posto que em muitos atos o agente é conduzido pela emoção ou de inopino, impensadamente, não havendo espaço para determinar-se sobre o fato, a pena e a eventual desistência de praticar o crime.⁵⁵⁸

Também não se aplicaria aos crimes culposos, em que o agente não age com intenção de alcançar um resultado, mas por imprudência, imperícia ou negligência.

Para Roxin:⁵⁵⁹

Detrás de la teoría de la retribución se encuentra el viejo principio del Talión, o que teria sido apoiado na época do pós-guerra pelas igrejas, que sustentavam ser a retribuição a realización de la justicia como mandamento de Dios y la imposición de la pena como ejecución substitutoria de las funciones de juez de Dios.

Ainda, segundo Roxin, a teoria da retribuição da pena tem uma vantagem na aplicação prática, por impor uma barreira ao poder de intervenção estatal, já que a pena deve corresponder à culpa do agente. Contudo, há a desvantagem de ela exigir uma pena correspondente à culpa mesmo em

⁵⁵⁷ *Apud* ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 67.

⁵⁵⁸ Estudo realizado entre os anos de 2011 e 2012, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, informa que os homicídios por impulso ou por motivos fúteis totalizaram entre 25% e 80% dos assassinatos com causas identificadas no Brasil, dependendo do Estado. Em São Paulo, por exemplo, 83% dos assassinatos com motivação conhecida foram cometidos por impulso ou por motivo fútil (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Apresentao2.pdf>. Acessado em 22 de maio de 2015).

⁵⁵⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos**. La estructura de la Teoría del Delito. Parte General. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. 2 ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 82-83.

situações onde a punição não seja necessária para a preservação da paz social, sendo até mesmo socialmente nociva. Outro ponto negativo da teoria retributiva da pena é que ela não transmite para a execução penal nenhum conceito apropriado que possibilite ao agente uma vida livre de pena no futuro, conduzindo apenas ao ressentimento e à insensibilização, o que tende a favorecer a reincidência ao invés de preveni-la.⁵⁶⁰

A ideia retributiva também é criticada por Jorge de Figueiredo Dias:⁵⁶¹

Uma pena retributiva esgota o seu sentido no mal que se faz sofrer ao delinquente como compensação ou expiação do mal do crime; nesta medida, é uma doutrina puramente social-negativa, que acaba por se revelar não só estranha, mas no fundo inimiga de qualquer tentativa de socialização do delinquente e da restauração da paz jurídica da comunidade afectada pelo crime; inimiga, em suma, de qualquer actuação preventiva e, assim, da pretensão de controlo e domínio do fenómeno da criminalidade.

Santiago Mir Puig compartilha do mesmo entendimento, assinalando com precisão:⁵⁶²

El derecho penal, como todo sector del derecho, no puede pretender establecer la justicia absoluta sobre la tierra, y lo contrario sería confundir sus fronteras con las de la moral. Al derecho corresponde una función mucho más modesta: asegurar la existencia de la sociedad y sus intereses. El derecho penal contribuye a esa función interponiendo los medios más enérgicos para evitar las conductas que comprometen de forma más grave aquellos fines sociales. En otras palabras, la pena sólo puede justificarse porque cumple la función de prevención de delitos.

Hart asegura:

Por un lado, se ha debilitado la antigua confianza de BENTHAM en que el temor a las penas con que amenaza la

⁵⁶⁰ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 09-10.

⁵⁶¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 46.

⁵⁶² PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal**: concepto y método. 2 ed., Buenos Aires: B de F Editorial. 2003, p. 52.

ley que tiene una poderosa función de intimidación y, en el lugar que ocupaba esta confianza, se ha situado la creciente consciencia de que se ha sobrestimado el papel de la reflexión de pros y contras en la conducta antisocial. Por otro lado, se ha pasado también a poner en duda el presupuesto fundamental de la teoría retributiva. Sus defensores ya no pueden decir con la seguridad de antes que frases como <<este hombre que ha infringido el Derecho habría podido observarlo>> tienen un sentido incontrovertido o totalmente aceptado. E incluso cuando el sentido de una frase como ésta no es puesta en cuestión, se debilita, sin embargo, la confianza absoluta en que, por regla general, estemos en condiciones de diferenciar los casos en que dicha frase es verdadera de aquellos otros casos en los que no es.⁵⁶³

Se pela teoria absoluta a pena é um fim em si mesma, um mal sem finalidade, uma ideia negativa de sanção e inimiga de qualquer socialização ou, ainda, muito mais passível de causar ressentimentos que evitar a prática do crime, a teoria relativa tem na pena um mal que visa um bem (não significa que seja alcançado), conforme será visto a seguir.

3.3.2 Teoria Relativa da Pena (Prevenção)

A noção clássica de todas as teorias preventivas remonta à Séneca (65 d.C.), o qual invoca a ideia de Protágoras (485-415 a.C.), que foi transmitida por Platão (427-347 a.C.). Teria dito Platão: “Ningún hombre sensato castiga porque se há pecado, sino para que no se peque”.⁵⁶⁴

O mesmo Platão⁵⁶⁵ ensinava que ninguém sanciona os criminosos prestando atenção ao que tenham delinquido ou pelo fato de haver delinquido, a não ser que se vingue, irracionalmente, como um animal, numa clara crítica à ideia de punir com os olhos voltados apenas ao passado.

⁵⁶³ Apud KAYBER, Marijon. *Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales em la cuestión del aborto*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 154-155.

⁵⁶⁴ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos**. La estrutura de la Teoría del Delito. Parte General. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. 2 ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 85.

⁵⁶⁵ PLATÃO. **Protágoras**. São Paulo: Editora Perspectiva. 2017. 324 b.

Para Peter-Alexis Albrecht “ésta es la esencia de las *teorías relativas de la pena*: la orientación exclusiva de la pena hacia la prevención criminal, esto es, hacia la eficacia. La pena solo está justificada en tanto que sea necesaria como prevención criminal”.⁵⁶⁶

Cezar Roberto Bitencourt explica que para as teorias preventivas, a pena não visa retribuir o fato delitivo cometido e sim prevenir a sua comissão. Se o castigo ao autor do delito se impõe, “segundo a lógica das teorias absolutas, *quia peccatum est*, somente porque delinuiu, nas teorias relativas a pena se impõe *ut ne peccetur*, isto é, para que não volte a delinquir”.⁵⁶⁷

A primeira forma de prevenção é a geral, defendida modernamente por Feuerbach, Filangieri e Bentham, a qual “supone la prevención frente a la colectividad”.⁵⁶⁸

Pela prevenção geral a pena não visa retribuir a culpa, nem impedir a prática de novos crimes pelo condenado, mas sim motivar a coletividade para um comportamento de fidelidade jurídica, o que pode se dar pela dissuasão da população em relação à prática de fatos semelhantes (caráter negativo), ou pela formação da consciência jurídica no cidadão a determinar seu comportamento social.⁵⁶⁹

Sugere Peter-Alexis Albrecht, que “la pena provoca, en consecuencia, el restablecimiento de la confianza en la fidelidad al Derecho de los

⁵⁶⁶ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 473.

⁵⁶⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 121.

⁵⁶⁸ PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método**. 2 ed., Buenos Aires: B de F Editorial. 2003, p. 53.

⁵⁶⁹ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 11.

ciudadanos. También la medida de la culpabilidad se orienta a los requisitos funcionales de la sociedad de mantener la confianza en el Derecho.⁵⁷⁰

Jorge de Figueiredo Dias⁵⁷¹ divide a prevenção geral em positiva e negativa. Na prevenção geral positiva ou de integração, a pena é concebida como uma “forma de que o Estado se serve para manter e reforçar a confiança da comunidade na validade e na força de vigência das suas normas de tutela de bens jurídicos e, assim, no ordenamento jurídico penal”. Já a prevenção geral negativa ou intimidação tem na pena uma “forma de intimidar outras pessoas através do sofrimento que com ela se aflige o criminoso e cujo receio as conduzirá a não cometerem o mesmo fato”.

Contudo, essa ideia pode levar a abusos, no sentido de que muitos defendem haver uma relação direta entre uma “maior intimidação por meio de penas mais duras”⁵⁷², o que pode conduzir a penas abusivas e inconciliáveis com um Direito Penal Liberal.

Nietzsche⁵⁷³ raciocina criticamente ao afirmar que se as punições devem fazer doer proporcionalmente à magnitude do delito, deveriam ser aplicadas a cada delincente proporcionalmente à sua sensibilidade para a dor. Ora, continua, isso significa que “não deveria haver absolutamente uma determinação antecipada da punição para um delito”, pois não seria nada fácil averiguar em um delincente a “escala-grau” de seu prazer e desprazer. Por essa impossibilidade, pergunta o filósofo: “Não se deveria então *in praxis* desistir da punição?”

⁵⁷⁰ ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000, p. 474-475.

⁵⁷¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 48.

⁵⁷² ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12.

⁵⁷³ NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008, p. 373-374.

Em *Escritos sobre Direito*,⁵⁷⁴ o seu discurso é ainda mais duro ao afirmar que “o sentido da punição não é o de prevenir inspirando medo, mas rebaixar alguém na hierarquia social: ele não faz mais parte dos nossos pares”.

Se, de um lado, a prevenção geral se opera no momento da cominação legal, a especial se apresenta na fase da execução da pena.⁵⁷⁵

A prevenção especial tem a finalidade de impedir que a pessoa volte a cometer novos crimes, agindo pelo simples aprisionamento (caráter negativo) e pela ressocialização (positivo). Essa teoria se orienta pela função social da pena, afastando uma punição desnecessária e exigindo que a sanção, quando indispensável, seja aplicada de forma a ressocializar o agente e evitar a reincidência.⁵⁷⁶

A ressalva feita, reside no fato de que a ressocialização é inviável por meio do cárcere, já que não há modelo bem sucedido nesse sentido.⁵⁷⁷

Para Elena Larrauri⁵⁷⁸ “ninguna investigación criminológica, de la que tengo conocimiento, há conseguido contestar de forma definitiva a la pregunta de si la pena previne delitos”.

Cezar Roberto Bitencourt,⁵⁷⁹ já no início dos anos 2000, alertava sobre a ausência de dados concretos e sérios sobre a eficiência da função especial

⁵⁷⁴ NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre Direito**. Rio de Janeiro: Loyola, 2009, p. 264.

⁵⁷⁵ “A diferencia de la prevención general, que se dirige a la colectividad, la especial tiende a prevenir los delitos que puedan proceder del delincuente: la pena persigue, según ella, evitar que quien la sufre vuelva a delinquir. Frente a él, la imposición de la pena ha de servir como escarmiento o como camino para la readaptación social (resocialización). La prevención especial no puede operar, pues, como la general, en el momento de la conminación penal, sino en el de la ejecución de la pena” (PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal: concepto y método**. 2 ed., Buenos Aires: B de F Editorial. 2003, p. 55).

⁵⁷⁶ ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 12-13.

⁵⁷⁷ Anabela Rodrigues Miranda entende a ressocialização não no sentido de exigir que o preso assumo o modelo social vigente e seus valores, mas buscando torná-lo capaz de não cometer mais crimes, com a garantia de sua liberdade de ser (RODRIGUES, Anabela Miranda. **Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social** – separata da obra Cidadão Delinquente: Reinserção social? Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 25-47).

⁵⁷⁸ LARRAURI, Elena. **Criminologia Crítica: Abolicionismo y Garantismo**. Revistas de Estudios Criminales, 25, Porto Alegre: Nota Dez, p. 25.

da pena. Para ele não têm sido realizados estudos que permitam deslindar os aspectos que podem ter influência sobre a reincidência. Para o autor, nem mesmo a reincidência pode ser considerada como um ou o mais importante indicador da falência da prisão. Também não se pode negar que a reincidência possa ser um resultado atribuível aos acontecimentos posteriores à liberação do interno, como seria, por exemplo, o fato de não encontrar trabalho.

Toda essa inconclusão se dá pela falta de pesquisa séria. Sabe-se da dificuldade de se realizar um estudo desta complexidade em um país com as dimensões do Brasil.

Até mesmo em Portugal, cuja dimensão territorial e demográfica é menor, esses números são imprecisos: "A experiência diz-me que há uma percentagem elevada de indivíduos reincidentes, que voltam ao crime e que voltam à prisão, mas efectivamente não temos nenhum levantamento sobre isso", confirma Fernando Mariz, diretor do departamento de coordenação e apoio técnico da Delegação Regional do Norte do Instituto de Reinserção Social (IRS)⁵⁸⁰.

Dois problemas daí surgem. Se a (res)socialização não é possível, seu fundamento maior estaria esvaziado. Caso se aceite que a (res)socialização seja possível (pelo menos nos casos em que exista a aceitação voluntária do preso), sempre haverá aqueles que não necessitem ser (res)socializados pelo cárcere.

Roxin, compreendendo muito bem este paradoxo, afirma que em algumas situações o sujeito não necessita ser socializado. Isso ocorreria com autores ocasionais de pequenos delitos, autores de delitos culposos, e para aqueles que cometem crimes graves, mas que não há perigo de reincidirem,

⁵⁷⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão**: Causas e alternativas, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 162.

⁵⁸⁰ GOMES, Adelino. **Número de ex-presos que reincidem no crime é desconhecido em Portugal** Público PT. Disponível em <https://www.publico.pt/2006/11/19/sociedade/noticia/numero-de-expresos-que-reincidem-no-crime-e-desconhecido-em-portugal-1277071>. Acessado em 21 de maio de 2018.

seja porque o crime que cometeram foi num contexto que não se repetirá (crimes praticados por nacional-socialistas em uma época específica da sociedade), seja pela questão temporal.⁵⁸¹

No direito penal português, a pena tem caráter preventivo (geral e especial), a partir do artigo 41 do Código Penal, que explicita: “A aplicação de penas e de medidas de segurança visa a protecção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade”.

Contudo, o Brasil adota a teoria mista, surgida da unificação das teorias absoluta e relativa. O artigo 59 do Código Penal, ao mencionar “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, liga a reprovação à retribuição e a prevenção, em suas modalidades geral e especial.

Apesar de predominar, a teoria mista não passa da síntese moderna de uma antiga posição de compromisso entre partidários da retribuição, como Binding, e defensores das teorias da prevenção, como Liszt, que encerrou a famosa controvérsia entre as Escolas Penais clássica e positivista do primeiro quarto do século XX.⁵⁸²

De toda sorte, o que se tem visto é uma ineficácia de quase todas as teorias da pena, seja porque ela não previne adequadamente de forma especial ou geral, seja porque a retribuição não alcança outro efeito senão a desocialização ainda maior do recluso.⁵⁸³

⁵⁸¹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos.** La estructura de la Teoría del Delito. Parte General. Tomo I. Traducción de Diego-Manuel Luzón Peña. 2 ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1997, p. 89. (tradução livre).

⁵⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial.** Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005, p. 12.

⁵⁸³ Conclui Hassemer: “está superada la cruda ideología de la adaptación, tal y como la configura tanto la resocialización como la prevención general, según la cual no solo al condenado sino también a todos los delinquentes potenciales se les debe inculcar las normas del derecho penal, para que tanto en el presente como en el futuro se abstengan de cometer un delito” (WINFRIED, Hassemer. **Persona, mundo y responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal.** Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999, p. 110).

Oportuna a passagem de Tolstoi, que por meio da literatura já denunciava os problemas do cárcere:

A prisão se justificava pela necessidade de apartar da sociedade certos membros perigosos, senão intimidá-los ou corrigi-los. Mas nada disso se atinha à realidade. Em vez de isolar caracteres nocivos, propagava-se a depravação. Em vez de os intimidar, encorajava-os, dando-lhes o exemplo da crueldade e da imoralidade; aliás, assegurando-lhes uma vida de ócio e devassidão, agradável aos vagabundos, ao ponto de muitos solicitarem com favor o seu encarceramento. Em vez de os corrigir, contaminava-os sistematicamente com todos os vícios.⁵⁸⁴

Talvez seja possível considerar que a pena tenha alguma eficácia enquanto prevenção geral positiva, o que, paradoxalmente, só é alcançado por meio do efeito dissuasor, conferido pela prevenção geral negativa.

Nesse sentido o direito penal é mais eficiente que a restauração, posto que aquele pode, em algumas situações, conseguir prevenir a prática delitiva, pela possibilidade de imposição de pena, enquanto essa não possui mecanismos dissuasores para os que não estejam abertos à restauração.

3.4 A VIOLÊNCIA MIMÉTICA E O MOVIMENTO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO

O programa de mediação entre vítima-infrator talvez seja o método mais associado à justiça restaurativa judicializada no mundo, sendo que o primeiro programa surgiu em 1974, em Kitchener, Ontario, pela comunidade Mennonite. Extima-se que existam pelo menos 300 programas em funcionamento nos EUA e mais de 500 na Europa, que buscam a mediação entre as vítimas e os infratores.⁵⁸⁵

⁵⁸⁴ TOLSTOI, Leon. **Ressureição**. Tradução de Ilza das Neves e Heloisa Penteado. Rio de Janeiro: Martins, 1957. p. 424.

⁵⁸⁵ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 81.

Detalhe que esse modelo normalmente é aplicado nos casos em que houve processo crime e o autor admitiu sua culpa.

Os esquemas de mediação ingleses se baseiam mais na mediação indireta, usando abordagens de “mensageiros” (*go-between*) em comparação à inclinação por encontros “cara a cara” entre as vítimas e os infratores nos EUA. Já na Nova Zelândia, na Austrália e em partes do Canadá, os desenvolvimentos da justiça restaurativa se relacionaram a uma revivificação de práticas de resolução de conflitos indígenas.⁵⁸⁶

Na mediação de infrator e vítima, esta descreve suas experiências com o crime e o impacto sofrido. Já o infrator explica seu comportamento e responde a perguntas que a vítima possa ter. Após, o facilitador os ajuda a discutir sobre a resolução do problema.⁵⁸⁷

Pondera-se que esta técnica pode ser aplicada em várias áreas, tanto judicial como comunitária, mas em se tratando da seara penal, suas características são um pouco diferentes das demais.

Dentre essas características, destacam-se a pré-seleção dos casos passíveis de serem encaminhados à conciliação (crimes de menor potencial ofensivo, em regra – individualização da vítima – indícios de assunção da responsabilidade por parte do autor – primariedade – sanidade mental dos envolvidos); a preparação para a mediação (com contato prévio com as partes para saber do interesse) e a mediação (onde as partes serão empoderadas sobre as técnicas autocompositivas a fim de que consigam, por si mesmas compor as demandas, com interferência mínima do mediador).⁵⁸⁸

⁵⁸⁶ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 82.

⁵⁸⁷ PARKER, L. Lynette. *Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?* In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 248.

⁵⁸⁸ AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação Epistemológica na Autocomposição Penal*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates

Howard Zehr que participou deste movimento desde 1978, testemunhou a importância do método para mudar sua percepção sobre o crime, o papel da vítima e do ofensor, na medida em que a aproximação entre estes últimos possibilitou muitas vezes um relacionamento novo e amistoso.⁵⁸⁹

Contudo, a partir de um olhar em paralaxe do método restaurativo judicializado, compreendido como o deslocamento aparente de um objeto (mudança de sua posição em relação ao fundo) causado pela mudança do ponto de observação que permite nova linha de visão, coloca em xeque referido modelo, na medida em que ele é ineficaz na prevenção geral positiva e pode estar desfocando o problema principal do sistema penal, que é a sua expansão.

Os discursos utilizados para fundamentar a necessidade da justiça restaurativa são, quase sempre, sinceros. Contudo, muitas vezes os escapam a percepção de que toda a crítica direcionada ao sistema penal acaba, também, atingindo-a, justamente porque ela faz parte deste sistema de controle.

De início algumas considerações serão feitas sobre o movimento criminológico crítico e a aparente contradição com a violência mimética para, na sequência demonstrar a importância de se delegar a tomada de decisões às partes, mesmo no âmbito judicial.

Foi visto no capítulo segundo que a violência pode ser justificada pelo desejo mimético, numa relação triangular entre mediador, mediado e objeto desejado. Essa teoria naturaliza os desvios, os quais são padrões de comportamentos muitas vezes inconscientes, sendo possível, a partir de um olhar paralático, que os sujeitos envolvidos no conflito percebam a origem da violência, o que poderia evitar, com algum otimismo, futuras repetições.

Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 145.

⁵⁸⁹ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 162.

A dúvida que pode surgir é se a teoria mimética se contrapõe ao movimento criminológico crítico, assim entendido a criminologia radical, a nova criminologia e a criminologia crítica.⁵⁹⁰

A pergunta é pertinente e surge pelo fato do mimetismo analisar a violência a partir da relação entre autor-vítima-objeto, enquanto que o movimento crítico justifica o “crime” numa perspectiva simbiótica entre o modelo de produção e destinatários pré-selecionados da norma.

O crime, para a criminologia radical, não é uma realidade natural prévia à norma que o procede, mas o resultado de um processo de criminalização que se leva a cabo por órgãos e instâncias de controle social tais como o legislador, a polícia, os promotores e juízes, e através do qual se etiqueta um comportamento como delito ou se estigmatiza seu autor como delinquente.⁵⁹¹

Paulo César Busato explica que a criminologia crítica propõe a criação de uma tutela garantista dentro do sistema capitalista, a redução da incriminação e a utilização do discurso crítico ao sistema incriminador.⁵⁹² Nesse sentido, a nova criminologia analisa o crime numa relação entre legislador-capital-destinatário estigmatizado.⁵⁹³

⁵⁹⁰ Optou-se pelo termo movimento criminológico crítico por se entender que a criminologia radical, nova e crítica “referem-se ao mesmo período histórico, ao mesmo momento criminológico e a mesma atitude crítica do sistema de bem-estar e o controle sócio-penal e de proposição de alternativas político-criminais”. Isso não impede de se trazer ideias específicas de cada um dos movimentos, mas sempre considerando que todas partem do mesmo objeto e apresentam proposições muito parecidas (ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 189-190, nota 13).

⁵⁹¹ ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal**. 3 ed., Valencia: tirant lo blanch, 1993, p. 193 (tradução livre).

⁵⁹² BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 17.

⁵⁹³ Vale a observação feita por Alexandre Morais da Rosa de que “a aplicação das categorias da Criminologia Crítica, embora possam explicar parcela significativa da criminalização dos tipos penais e, principalmente, como o Sistema opera na proteção da propriedade privada e do contrato, com a sofisticação do discurso economicista, pode procurar nova forma de compreensão. Paralelamente a Criminologia Cultural pode contribuir” (Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016, p. 62).

Em Vera Regina Pereira de Andrade, vê-se que com a criminologia crítica chega-se “à investigação das funções simbólicas e reais do sistema penal e a uma desconstrução unitária e mais elaborada da ideologia da defesa social”.⁵⁹⁴

Apesar das abordagens serem distintas, a teoria mimética não se contrapõe ao movimento crítico, mas o complementa, já que o mimetismo procura justificar a violência enquanto fato social.

O movimento crítico vai, sequencialmente, justificar porque alguns desvios são criminalizados, enquanto outros não. Sua crítica se justifica na criminalização por interesses seletivos de setores sociais que detêm alguma forma de poder, como instrumento de manutenção de seus interesses pessoais, em detrimento de uma classe pré-selecionada e estigmatizada como autores de crime.

O desejo mimético desmascara o desvio enquanto fato social e o movimento crítico descortina os motivos de alguns desvios serem criminalizados. Em suma, o mimetismo apresenta os motivos da violência e a criminologia radical/nova/crítica os motivos da criminalização da violência.

Há, portanto, uma estreita relação entre a sociologia e a criminologia, sendo importante trazer os fundamentos da criminologia sociológica⁵⁹⁵ para justificar que o desvio é de uma normalidade na vida social e que não há mecanismos que possa neutralizá-lo. Para Giddens, o desvio, numa percepção sociológica, é “aquilo que não está em conformidade com determinado conjunto de normas aceitas por um número significativo de pessoas de uma sociedade”.⁵⁹⁶

⁵⁹⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal**. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 219.

⁵⁹⁵ A criminologia sociológica possui várias vertentes, sendo a primeira influenciada por Durkheim e Merton e conhecida como funcionalismo.

⁵⁹⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo e outros. Lisboa: Fundação Calouste Guilbenkian, 2004, p. 205.

Nesse sentido, desvio é mais amplo que o crime, pois as normas violadas podem ser consuetudinárias ou previstas em outras legislações que não a criminal, eis que “as normas são regras de comportamento que refletem ou incorporam os valores de uma cultura”.⁵⁹⁷

Giddens⁵⁹⁸ destaca que o desvio tem função adaptativa, uma força inovadora que impulsiona a mudança através de novas ideias e desafios na sociedade, podendo até mesmo, por exemplo, reforçar a solidariedade de uma comunidade.

Para Lederach⁵⁹⁹ “o conflito é algo normal nos relacionamentos humanos”, sendo “um motor de mudanças” e que “ao invés de ver o conflito como ameaça, devemos entendê-lo como uma oportunidade para crescer e aumentar a compreensão sobre nós mesmos, os outros e nossa estrutura social”.

Em Durkheim, a normalidade do desvio⁶⁰⁰ está na impossibilidade de uniformizar a consciência moral de todos os indivíduos, não se observando apenas na maior parte das sociedades, mas em todas as sociedades de todos os tipos. O que pode haver é a ocorrência mais comum de certos desvios em certas sociedades, mas em todas o desvio está presente. Por isso, explica, não há fenômeno que apresente de maneira mais irrecusável todos os sintomas da normalidade que o desvio.⁶⁰¹

⁵⁹⁷ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo e outros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 22.

⁵⁹⁸ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo e outros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 209-210.

⁵⁹⁹ LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2012, p. 17 e 31.

⁶⁰⁰ O autor refere-se à palavra crime. Contudo, antes do crime vem o desvio enquanto fato à margem do comportamento socialmente aceito. O crime é a previsão legal deste desvio em um ordenamento jurídico penal com atribuição de sanção em caso de sua prática. Por isso substitui-se a palavra crime por desvio.

⁶⁰¹ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 67-70. Continua Durkheim, na mesma obra: “O desvio não é apenas normal como necessário, na medida em que “ele está ligado às condições fundamentais de toda a vida social e, por isso mesmo, é útil, pois as condições de que ele é solidário são elas mesmas indispensáveis à evolução normal da moral e do direito” e, complementa, “o crime não é senão uma antecipação da moral por vir, um encaminhamento em direção ao que será” (p. 70-72).

Se a teoria de Durkheim sobre a normalidade do desvio/crime é satisfatória, sua ideia quanto à função da pena não segue o mesmo caminho. O funcionalismo percebe a pena como algo útil a proteger “o conjunto de crenças e sentimentos comuns da média dos membros de uma mesma sociedade”, o que denomina de “consciência coletiva ou comum”.⁶⁰²

Para o funcionalismo de Durkheim, a pena é vista como um “ato de vingança”, com caráter especialmente retributivo, tendo ela a função de reparar o mal que o indivíduo fez à sociedade, devendo o criminoso sofrer proporcionalmente ao crime que praticou.⁶⁰³

A pena enquanto prevenção geral também é sustentada por Durkheim. Ela deve ter a utilidade de manter intacta a coesão social e toda a vitalidade da consciência comum. O castigo é destinado a impedir que os crimes se multipliquem. Contudo rejeita a pena enquanto prevenção especial, já que ela “não serve, ou só serve de maneira muito secundária, para corrigir o culpado ou intimidar seus possíveis imitadores”.⁶⁰⁴

Na visão funcionalista, o direito penal é o instrumento que protege a consciência comum de qualquer debilidade, ao mesmo tempo em que exige de cada um o mínimo de semelhanças, sem as quais os indivíduos seriam uma ameaça para a unidade do corpo social.⁶⁰⁵

O funcionalismo defende que a sociedade é um sistema complexo, cujas partes se conjugam para garantir estabilidade e solidariedade e enfatiza a importância do consenso moral na manutenção da ordem e da estabilidade na

⁶⁰² DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 50.

⁶⁰³ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 82.

⁶⁰⁴ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 81-82.

⁶⁰⁵ DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80.

sociedade. O consenso moral verifica-se quando a maior parte das pessoas de uma sociedade partilham os mesmos valores.⁶⁰⁶

Sua pretensão é estabelecer a ordem e o equilíbrio como estado normal da sociedade, buscando reprimir ou exilar tudo aquilo e aqueles que de alguma forma possam colocar em risco esta normalidade.

O direito penal, no funcionalismo, é o instrumento utilizado como garantidor dessa estabilidade e solidariedade, servindo, como explica Paulo César Busato, para cumprir determinada função, a qual há de ser desvendada através de proposições de ordem político-criminal, o que se realizaria pela conexão entre os fundamentos da pena e do sistema dogmático.⁶⁰⁷

Nesse sentido, distingue-se duas funções a respeito das missões do Direito Penal: proteção de bem jurídico e confirmação do reconhecimento normativo. O primeiro é conhecido como o funcionalismo teleológico de Roxin e o segundo como funcionalismo sistêmico de Jakobs.

Há, no entanto, muitas críticas ao funcionalismo, apesar de ser o modelo adotado majoritariamente. Quando se fala em consenso moral, como destaca a ideia funcionalista, já se estabelece um divisor entre quem tem e quem não tem moral. Mas a partir de que visão ou ponto de referência é possível estabelecer o que é moral ou imoral? Certamente a partir da visão de quem estrutura o sistema penal.⁶⁰⁸

A proteção do bem jurídico, enquanto valor que a sociedade, na sua maioria (consenso moral) elege como importante para a vivência em harmonia, é fundamentado na ideia do funcionalismo.

⁶⁰⁶ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo e outros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 16.

⁶⁰⁷ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 237.

⁶⁰⁸ Goffman assinalou que só há um tipo de homem que não tem nada do que se envergonhar: jovem, casado, pai de família, branco, urbano, do Norte (no Brasil sulista) heterossexual, protestante (cristão), de educação universitária, bem empregado, de bom aspecto, bom peso, boa altura e com um sucesso recente nos esportes (GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1963, p. 110).

Porém e aqui é apenas um exemplo, com a “criminalização” da vadiagem⁶⁰⁹ consegue-se a harmonia de quem? Do “vadio” ou daqueles que exercem algum trabalho? Que harmonia é essa? Está ela representada pelo não ver alguém em estado de vadiagem nas ruas da cidade?

A vadiagem é, na verdade, uma quebra à harmonia buscada pelo funcionalismo. O “vadio” afronta a harmonia com sua vida pacata e tranquila, assim como o ébrio escandaloso (artigo 62 do Decreto-Lei nº 3.688/1941).⁶¹⁰

Não permitir que ele vagueie pelas ruas, ou que se apresente publicamente em estado de embriaguez, num total descompromisso social é não permitir que ele viva a harmonia de sua escolha.

O consenso moral visa a manutenção da ordem e o Direito Penal é chamado para atuar nesse sentido de contenção. Mantenedor da ordem, nem que para isso precise criar desordem na vida daqueles que não se enquadram no consenso moral.⁶¹¹

O direito penal na visão funcionalista vendeu uma ideia que não foi e nem será entregue. Uma venda de sonhos que se tornaram pesadelos para alguns, em detrimento de uma falsa ideia de segurança para outros. O sonho da defesa social é centrado no indivíduo, em um contexto rígido, institucionalizado, formatado, e que não tem eficiência se aplicado à pessoa, formada por suas várias personas sociais e grupais, flexível e que ziguezagueia no teatro da vida criando seu mundo a partir das várias conexões sociais a que está inserido.

⁶⁰⁹ O Direito Brasileiro considera contravenção penal a vadiagem - artigo 59 do Decreto-Lei nº 3.688/1941.

⁶¹⁰ “Art. 62. Apresentar-se publicamente em estado de embriaguez, de modo que cause escândalo ou ponha em perigo a segurança própria ou alheia:

Pena - prisão simples, de quinze dias a três meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Se habitual a embriaguez, o contraventor é internado em casa de custódia e tratamento”.

⁶¹¹ “As prostitutas, os viciados em drogas, os delinquentes, os criminosos, os boêmios, os ciganos, os vagabundos, os gigolôs, os malandros, os homossexuais e os mendigos são os desviantes sociais, percebidos como incapazes de usar as oportunidades para o progresso. Falta-lhes moralidade” (GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1963, p. 121).

Tem-se, então, um direito penal *aditivo*,⁶¹² baseado nos simulacros e que aparenta ser eficaz no combate ao crime e na pacificação da sociedade.

Já foi dito que o direito penal é desviado de sua função originária. Para Lacan⁶¹³ se algo pode sofrer um desvio é porque tem um trajeto que lhe é próprio.

Assim, se o direito penal foi desviado de seu curso, é porque ele tem (tinha) um trajeto que lhe é (era) próprio e singular. Se ele se desviou para proteger bens jurídicos, cujo pretexto simbólico esconde o real sentido deste desvio (segregar indesejados sociais), é porque seu projeto original (real) era outro. Têm-se que na sua proposta inicial (proteger o indivíduo do poder punitivo estatal) encontra-se o seu real e no desvio simbólico. Mas neste desvio, que é o simbólico, também pode ser encontrado o discurso simbolizado de proteção de bens jurídicos, para esconder a real intenção de segregação seletiva.

Em suma. O real do direito penal é a proteção do indivíduo frente ao Estado Penal e o seu simbólico é a proteção de bens jurídicos. Dentro deste simbólico também se encontra um *real* (segregação seletiva) e um *simbólico* (segurança pública e combate ao crime).

A superação desta visão funcionalista do direito penal (simbólica) está, segundo Paulo César Busato,⁶¹⁴ na mudança da sociedade do século XXI, que passou a ser moldada não mais na divisão de classes sociais, mas na concepção de *consumo e comunicação*.

Esse paradigma surge com a Filosofia da Linguagem de Wittgenstein e, mais especificamente no direito, pela teoria significativa do sistema penal, de

⁶¹² Sociedade aditiva é aquela “construída sobre miragens, simulacros. Seus tijolos são a miragem do controle, do perfeccionismo, da falsidade, da confusão, das experiências e percepções que alteram as mentes” (WARAT, Luis alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. 2 ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 118).

⁶¹³ LACAN, Jacques. Escritos. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998, p. 33.

⁶¹⁴ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 249.

Vives Antón, no livro *Fundamentos del Sistema penal*, o qual organiza “a racionalidade penal a partir dos jogos de linguagem expressos na ação e as formas de vida que dão racionalidade prática às regras”, contudo não objetiva demolir a “construção dogmática” erigida nos últimos séculos, mas “propor uma nova perspectiva de consideração dessas categorias, através de um novo modelo de compreensão de significado dos conceitos jurídico-penais”.⁶¹⁵

Nessa nova perspectiva, as contravenções de vadiagem e embriaguez escandalosa, acima referidas, bem como inúmeras figuras típicas não teriam significativo penal algum, pois, como orienta Paulo César Busato⁶¹⁶, ao se referir ao crime do artigo 49 da Lei 9.605/98⁶¹⁷, há uma “completa ausência de dimensão de sentido da figura de um crime, não tendo relevância social alguma para o direito penal agir”.

De alguma forma esse sentido que a linguagem oportuniza através da percepção do contexto fático e social, se opõe à visão estanque, dogmática e inflexível.

É possível, talvez, com essa virada trazida pela Filosofia da Linguagem, justificar a necessidade de se quebrar a lógica individualista, que se apoia numa identidade separada e fechada sobre si mesma, esquecendo-se que a pessoa (persona) só existe na relação com o grupo (contexto). Neste sentido, a ênfase incide sobre o que une e não sobre o que separa. Não se trata mais da história que construo, mas de um mito do qual participo.⁶¹⁸

A reflexão de Maffesoli aproxima-se da teoria analítica de Jung. Neste sentido pode-se pensar que o Direito Penal separa, já que é uma estrutura de

⁶¹⁵ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 251-252.

⁶¹⁶ BUSATO, Paulo César. **Direito Penal**. Parte Geral, 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 251.

⁶¹⁷ “Art. 49. Destruir, danificar, lesar ou maltratar, por qualquer modo ou meio, plantas de ornamentação de logradouros públicos ou em propriedade privada alheia: Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente. Parágrafo único. No crime culposo, a pena é de um a seis meses, ou multa”.

⁶¹⁸ MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos: o declínio do individualismo nas sociedades de massa**. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 15.

controle que nasce e se desenvolve modernamente a partir da Revolução Francesa, portanto, com ênfase no individualismo. A superação se daria pela aproximação dos laços sociais.

Justamente aí reside a importância do movimento criminológico radical sustentar que o desvio é uma opção deliberada e frequentemente de natureza política, rejeitando a ideia de que o desvio é determinado por fatores biológicos, pela personalidade, pela anatomia, pela desorganização social ou pelo rótulo. Para ela o indivíduo opta ativamente a praticar uma conduta desviante em resposta à desigualdade do sistema capitalista. A nova criminologia apoia a análise do desvio e do crime na estrutura social e na preservação do poder pela classe dominante.⁶¹⁹

Afirma Nils Christie⁶²⁰ que o sistema penal é como o rei Midas,⁶²¹ tudo o que toca vira crime e criminoso e para evitar isso é de suma importância que o sistema penal seja diminuído, utilizando-se de outros mecanismos para que se possa compreender, antes de punir, o fato social não aceito.

Se correto está Lévinas ao dizer que “a posse é o modo pelo qual um ente, embora existindo, é parcialmente negado”,⁶²² a prisão, ao se apossar do corpo do preso, não faz outra coisa senão negar a sua existência.

Não é mais possível pensar que um fenômeno complexo como o crime deva ser “enfrentado” por uma via de mão única (pena). Problemas complexos exigem respostas variadas. Apenas punir é uma resposta monolítica, obsoleta e insuficiente.⁶²³

⁶¹⁹ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo e outros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004, p. 214.

⁶²⁰ CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 23.

⁶²¹ Tudo o que o rei Midas tocava virava ouro, contudo ele morreu de fome.

⁶²² LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Editora Vozes, 2004, p. 31.

⁶²³ SICA, Leonardo. *Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”*. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). **Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Unijuí, 2011, p. 189.

Expondo sua ideia de como deveria funcionar o judiciário, Nilo Batista antecipava a necessidade da mediação:⁶²⁴

O pressuposto de tal atuação, contudo, estaria na recepção pelo direito brasileiro de dois institutos: a *diversion* e a mediação. Pela *diversion* o juiz ou tribunal encerra o processo sem julgamento de mérito, submetendo-se o acusado a participar de um programa não penal. Já a mediação, de cariz arbitral, envolve a intervenção de um terceiro, com mútuo consenso das partes (neste contexto, a expressão *parte* abrange não só o acusado e o acusador como também a vítima, na hipótese de acusação pública): sendo indicadas especialmente para casos em que os envolvidos mantenham relações permanentes (familiares, vizinhos, colegas de trabalho, con-sócios etc).

Apesar de sua proposta se limitar a processos que envolvessem pessoas com algum tipo de relacionamento (familiar, profissional etc.), já indicava a necessidade de se utilizar de métodos diversos para solucionar o conflito originado pelo fato-crime.

Em resumo, vê-se a necessidade de superar a ideia funcionalista do Direito Penal, o que se dá pelo pós-funcionalismo, centrado na Filosofia da Linguagem.

Essa superação abre lacunas teóricas que precisam ser preenchidas. Se o movimento criminológico radical colaborou com a desconstrução do funcionalismo, ao denunciar os reais motivos da pena de prisão e o viés controlador e seletivo do sistema, a teoria mimética pode neutralizar o desejo punitivo na demonstração da gênese de muitos desvios.

Compreendendo que o desvio é um natural ato humano, cujas bases estão, em muitos casos, no desejo mediado e que não se evita este desvio pela segregação, pois o desejo não pode ser extirpado do humano, mas orientado, fortalece-se a ideia de que a conscientização desse fenômeno possa ser um caminho mais eficiente para adequá-lo há um padrão aceitável.

⁶²⁴ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos**: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje. Rio de Janeiro: Revan, 1990, p. 79.

Mais do que isso, ao compreender essa triangular relação mimética, afasta-se a criminalização de muitos desvios e, aos que necessitem de uma intervenção penal, propõe-se um método diferente, mais inteligente, eficiente e humano, enfim, restaurativo.

A necessidade de questionar o sistema penal posto e compreender os motivos da violência, exige uma superação de um modelo estanque por mecanismos que permitam aos envolvidos no conflito ouvir e serem ouvidos, respeitando a história de cada um.

Dentro dessa busca, pensa-se que o método restaurativo, associado ao recuo do sistema de punição, seja o mais apropriado.

Porém, teria esse modelo restaurativo, que se introduziu no modelo penal tradicional, eficiência na prevenção geral positiva? Seria a justiça restaurativa judicializada algo que se apresenta com as mesmas limitações que o direito penal posto?

3.5 MÉTODO RESTAURATIVO PROCESSUAL E O POSITIVISMO

O movimento que busca implementar a restauração como alternativa ao direito penal tradicional tece algumas críticas bastante pontuais: seletividade do direito penal; pena enquanto mera retribuição sem efeitos positivos para as partes; ausência de voluntariedade das partes na aplicação da pena.

É importante mencionar que esse movimento restaurador, inclusive o que está em curso no Brasil e Portugal,⁶²⁵ é judicializado, com a participação das autoridades policiais, membros do ministério público e do judiciário.

⁶²⁵ A Lei Tutelar Educativa portuguesa traz previsão do método restaurativo (artigo 11). Porém referida medida educativa é escolhida pelo juiz (artigo 6), ou seja, não há livre escolha por parte dos envolvidos. É, portanto, imposto aquilo que for entendido como mais adequado pelo Estado Juiz:

“Artigo 6.º

Critério de escolha das medidas

As críticas são acertadas e perfeitamente embasadas no movimento criminológico crítico e demais fontes teóricas já abordadas no trabalho. Ocorre, que a restauração judicializada, ao tempo que aponta as fendas do direito penal tradicional, não se distancia delas quando chamada a atuar.

Acaba, por assim dizer, cometendo alguns dos equívocos que fundamentam a superação do direito penal tradicional: legitima o positivismo; vê na restauração também uma punição, com potencialidade preventiva; ausência de voluntariedade real dos envolvidos, especialmente do autor do fato.

A seguir cada um desses itens será abordado com mais detalhes.

-
- 1 - Na escolha da medida tutelar aplicável o tribunal dá preferência, de entre as que se mostrem adequadas e suficientes, à medida que represente menor intervenção na autonomia de decisão e de condução de vida do menor e que seja suscetível de obter a sua maior adesão e a adesão de seus pais, representante legal ou pessoa que tenha a sua guarda de facto.
 - 2 - O disposto no número anterior é correspondentemente aplicável à fixação da modalidade ou do regime de execução de medida tutelar.
 - 3 - A escolha da medida tutelar aplicável é orientada pelo interesse do menor.
 - 4 - Quando o menor for considerado autor da prática de uma pluralidade de factos qualificados como crime o tribunal aplica uma ou várias medidas tutelares, de acordo com a concreta necessidade de educação do menor para o direito.

Artigo 11.º Reparação ao ofendido

1 - A reparação ao ofendido consiste em o menor:

- a) Apresentar desculpas ao ofendido;
- b) Compensar economicamente o ofendido, no todo ou em parte, pelo dano patrimonial, exclusivamente através de bens ou verbas que estejam na disponibilidade do menor;
- c) Exercer, em benefício do ofendido, atividade que se conexe com o dano, sempre que for possível e adequado.

2 - A apresentação de desculpas ao ofendido consiste em o menor exprimir o seu pesar pelo facto, por qualquer das seguintes formas:

- a) Manifestação, na presença do juiz e do ofendido, do seu propósito de não repetir factos análogos;
- b) Satisfação moral ao ofendido, mediante ato que simbolicamente traduza arrependimento.

3 - O pagamento da compensação económica pode ser efetuado em prestações, desde que não desvirtue o significado da medida, atendendo o juiz, na fixação do montante da compensação ou da prestação, apenas às disponibilidades económicas do menor.

4 - A atividade exercida em benefício do ofendido não pode ocupar mais de dois dias por semana e três horas por dia e respeita o período de repouso do menor, devendo salvaguardar um dia de descanso semanal e ter em conta a frequência da escolaridade, bem como outras atividades que o tribunal considere importantes para a formação do menor.

5 - A atividade exercida em benefício do ofendido tem o limite máximo de doze horas, distribuídas, no máximo, por quatro semanas.

6 - A medida de reparação nas modalidades previstas nas alíneas b) e c) do n.º 1 exige o consentimento do ofendido”.

3.5.1 A Restauração Processual Legítima e o Positivismo

Entre os séculos XVIII-XIX, a Escola Clássica era quem teorizava o Direito Penal. Nascida no Iluminismo, tendo em Beccaria o seu grande expoente, o jusracionalismo buscou, por meio do princípio da legalidade, conter o poder punitivo estatal, diminuir e humanizar a pena.

A Escola Clássica, embasada na filosofia e no racionalismo, estudava o fato-crime, tido como um ente jurídico. Nesse movimento a pena era apenas retributiva e buscava-se fundamentar a culpabilidade no livre arbítrio do infrator.

Já a partir do século XIX (década de 1870) surge a Escola Positiva ou Positivismo Criminológico, com destaque para Ferri (o crime é um fato social - sociologia criminal) e Lombroso (o crime é um fato natural - antropologia).

Esse movimento estudava o criminoso e não mais o fato crime, saindo da razão para a realidade (ciência empírica), sustentava o determinismo biológico, psicológico, físico e social.

O positivismo tinha por objetivo a defesa social e com isso sustentava a necessidade de diminuir os delitos por meio da pena (prevenção geral e especial). Algumas características que marcaram essa fase foi a superação do livre arbítrio do criminoso; a análise de sua periculosidade e anormalidade; o direito penal do autor.

Entre os séculos XIX-XX surge a Ciência Penal (expoente em Rocco), cujo objeto é o crime e a pena como fatos jurídicos. Há, agora, uma divisão entre a antropologia, para quem o crime é um fato individual e a pena um fato social, e a sociologia, para quem tanto o crime, quanto a pena são fatos sociais.

Desses movimentos, que tiveram várias ramificações, chama-se a atenção para o positivismo, cujas características ainda influenciam o Direito Penal brasileiro, notadamente a ideia de funcionalidade para a defesa social.

Como visto, o positivismo centra-se no estudo do delinquente e, mais específico ainda, apenas do delinquente preso. Nesse prisma, o positivismo nunca conhecerá o “fenômeno da prostituição, do tráfico de drogas, do crime organizado, etc., podendo conhecer algumas mulheres, traficantes e mafiosos, por exemplo, que foram selecionados pelo sistema”.⁶²⁶

Sustentou Zaffaroni⁶²⁷ que “as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado”.

O positivismo, então, apresenta uma conclusão paradoxal, pois ao buscar um fundamento natural da criminalidade, acabou por demonstrar que a criminalidade é um fenômeno normativo e, logicamente, impossível de ser conhecido de um ponto de vista fenomenológico.⁶²⁸

Vê-se que a matéria prima do estudo da criminologia positiva é composta unicamente pelos selecionados que integram as prisões e manicômios, os que geram dados estatísticos.

Nesse mesmo raciocínio, a justiça restaurativa, enquanto modelo estatizado e pertencente ao sistema penal, aplica-se apenas aos selecionados, não tendo qualquer alcance aos demais que praticam crimes. Por mais que se admita que o método restaurativo possa ser um instrumento que, ao solucionar o conflito entre autor e vítima, previna futuras ações, essa função se limitaria aos fatos que chegaram ao sistema penal.⁶²⁹

⁶²⁶ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 220.

⁶²⁷ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade dos sistema penal.** Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 26.

⁶²⁸ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías burguesas y proyecto hegemónico.** Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 54.

⁶²⁹ A existência de cifras negras de criminalidade indica que só se pode calcular a extensão do delito vagamente, e por isso deve-se ser prudente ao formular metas de combate ao crime demasiadamente radicais: “Una imagen desfigurada de la criminalidad “real” sólo puede producir una prognosis también desfigurada del futuro (relativizando el valor de cualquier juicio sobre ese futuro). Por eso, el argumento de la cifra oscura habla en contra de una agravación

O positivismo encarcera e controla e a justiça restaurativa, nessa perspectiva, pouca influência tem em alterar a realidade perseguida pela dogmática penal, que é o controle social, já que ela é aplicada, igualmente, apenas ao criminoso pré-selecionado pelas agências de controle.

Para Simon Green:

A preocupação é que, à medida que a justiça restaurativa estiver cada vez mais incorporada no sistema de justiça criminal, as suas capacidades de prestar um recurso significativo a uma variedade maior de vítimas é reduzida, pois a sua concentração predominante torna-se na variedade normal de infracções tratadas pelos tribunais.⁶³⁰

Os pesquisadores que estruturaram o relatório do CNJ, denominado *Pilotando a Justiça Restaurativa: O Papel do Poder Judiciário*, identificaram essas mazelas:

é preciso observar que a incidência da Justiça Restaurativa tem sido estruturalmente seletiva, pois, além do limite legal imposto pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, que emoldura uma primeira seleção das justiças onde ela pode ser alocada (competência), a inclusão de situações/casos/pessoas depende do poder seletivo, sobretudo do juiz (geralmente na primeira audiência) ou do promotor de justiça que, regra geral, também pode (assim como o policial e o defensor público, advogados, assistentes sociais e psicólogos) a qualquer momento dentro do processo, pedir seu encaminhamento à Justiça Restaurativa.⁶³¹

Se a política de lei e ordem objetiva selecionar e controlar e a justiça restaurativa reparar o conflito, há um vácuo nessa dicotomia, pois enquanto o sistema penal envolve o Estado e o selecionado, o método restaurativo envolve

de la pena cuando esta agravación sólo se apoya en una prognosis” (HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989, p. 49).

⁶³⁰ GREEN, Simon. **Em nome da vítima**: Manipulação e significado no âmbito do paradigma restaurativo. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 45. Acessado em 21 de maio de 2018.

⁶³¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do poder judiciário. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>. p. 121. Acessado em 21 de maio de 2018.

vítima e selecionado, ou seja, a restauração não altera a proposta da criminologia positiva, que é o controle social por meio da seleção.

Uma visão paralítica evidencia que a justiça restaurativa, por melhor que seja sua intenção, acaba, na sua bondade, por camuflar o real problema (estado penal máximo e seletivo), desviando a atenção da criminalização (relação Estado – selecionado) para a reparação (vítima – selecionado).

Para Mylène Jaccoud “a inclusão de iniciativas restaurativas dentro do sistema penal contribui para obscurecer o limite e os objetivos da justiça restaurativa”.⁶³²

Explicam Froestad e Shearing que fora da Nova-Zelândia, a maioria dos programas restaurativos ocupa ainda posições periféricas e tem por base a justiça criminal para obter recursos e indicação de clientes.⁶³³

Afirmar que a justiça restaurativa integrante do sistema penal legitima a política criminal de lei e ordem pode aparentar uma posição dura demais. Contudo, ela instiga, ao menos, uma discussão mais profunda sobre o lugar e as razões da restauração, até porque “una ciencia que no discute y no aprende es una ciencia que difícilmente pueda querer enseñar”.⁶³⁴

Importante saber que a mediação, que não deixa de ser um dos métodos restaurativos, na história das religiões traduzia uma relação de poder, numa luta pelo estabelecimento do monopólio da mediação, simbolizando a supremacia de uma casta clerical. Ao se inscrever como passagem obrigatória,

⁶³² JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 172.

⁶³³ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 86

⁶³⁴ GRECO, Luís. **Hacia la superación de viejas certezas: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción**. Revista En Letra, ano 1, nº 2, mayo de 2016, Argentina, p. 5. Disponível em http://media.wix.com/ugd/e7bffd_7964fcacc28947bab5c8aa7651a2219a.pdf. Acessado em 02 de março de 2017.

monopolizava o poder, quebrando a potencialidade da comunicação social, atomizando a consciência coletiva e com isso estruturando a separação.⁶³⁵

Pode-se pensar, então, que transformar o sistema penal em um instrumento mediador entre autor e vítima, por meio de métodos restaurativos, recoloca a restauração também como um braço das agências de controle e seletividade penal. Muda algo, mas não muda o principal, que é a excessiva criminalização seletiva.

O método restaurativo dentro do direito penal vivifica o positivismo, pois ao justificar-se pela restauração do fato-crime, assim o faz internamente ao sistema penal, precisando da criminalização para ser aplicada. Legítima porque necessita que o Estado capture (processualmente) o “criminoso”, para que ela possa ser chamada a mediar.⁶³⁶

Assim, na medida em que os conflitos são pré-definidos pelo sistema de justiça criminal e então indicados a programas restaurativos como “crimes”, a capacidade de tais programas de procurar resultados de uma maneira aberta, sem constrangimentos será reduzida significativamente.⁶³⁷

⁶³⁵ MAFFESOLI, Michel. **A violência totalitária**: ensaio de antropologia política. Porto Alegre: Sulina, 2001, p. 48 e 58.

⁶³⁶ Essa realidade, repita-se, foi confirmada pela Pesquisa desenvolvido pelo CNJ, no ano de 2017 e divulgada em 2018, sob o título *Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do Poder Judiciário*: “Diante do exposto, é preciso observar que a incidência da Justiça Restaurativa tem sido estruturalmente seletiva, pois, além do limite legal imposto pelo princípio da indisponibilidade da ação penal, que emoldura uma primeira seleção das justiças onde ela pode ser alocada (competência), a inclusão de situações/casos/pessoas depende do poder seletivo, sobretudo do juiz (geralmente na primeira audiência) ou do promotor de justiça que, regra geral, também pode (assim como o policial e o defensor público, advogados, assistentes sociais e psicólogos) a qualquer momento dentro do processo, pedir seu encaminhamento à Justiça Restaurativa. A primeira seletividade (definição legal) é de ordem, sobretudo, quantitativa; a segunda (discricionariedade judicial, ministerial, da defensoria pública, etc.) é de ordem sobretudo qualitativa. Ainda quando possível suspender o processo, pelos (escassos) espaços entreabertos pela exceção legal (princípio da oportunidade), não se suspende. O limite, ao que tudo indica, tem atrás de si a força da ideologia punitiva revigorada em nossa sociedade. Nessa perspectiva, os programas de Justiça Restaurativa não apenas têm reproduzido, mas reconfigurado a lógica estrutural de funcionamento dos sistemas de justiça dos quais dependem, porque estabelecem uma nova e interna cadeia de poderes, fluxos e filtros seletivos, como se viu detidamente nos diversos programas” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do poder judiciário. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>, p. 121-122. Acessado em 14 de maio de 2018).

⁶³⁷ FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO,

Na assertiva de Vera Regina Pereira de Andrade, de que “ser instância do sistema é ser instância do poder”,⁶³⁸ se conclui que a restauração interna ao sistema penal, mesmo que tente combater o núcleo duro deste sistema, acaba por se transformar em sub-instância de controle, ao passo que só se aplica aos selecionados que chegam até ele. Ainda, com o discurso de flexibilizar punição e restaurar relações, desfoca a discussão do real problema que é o tamanho do direito penal, que criminaliza, no Brasil, mais de 1.600 condutas.

Se o sistema penal, como denuncia Zaffaroni,⁶³⁹ causa “a destruição das relações horizontais ou comunitárias”, o método restaurativo, como parte integrante deste sistema, corre o risco de seguir o mesmo caminho.

O movimento restaurador apresenta, em certa medida, correlação com a mudança trazida pelo iluminismo e sua “humanização das penas”. É comum afirmar-se que a pena de prisão foi um marco humanista, já que superou as penas capitais e corporais. Porém o que houve foi uma racionalização do poder por meio da pena, em virtude da necessidade de se “garantir o controle social da nova ordem”.⁶⁴⁰

Com mais clareza explicam Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade,⁶⁴¹ que em virtude da ascensão da ideologia burguesa e do conflito que isso gerava com os soberanos, precisou-se “reforçar as garantias, frente ao perigo do arbítrio e a definir, ao mesmo tempo, uma nova estratégia do poder punitivo, reforçando a luta contra o crime” na medida em que a criminalidade se convertia em criminalidade patrimonial.

Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 90.

⁶³⁸ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica**: do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 231.

⁶³⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda da legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 15.

⁶⁴⁰ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación**: teorías criminológicas burgueses e proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Munagorry. México: Siglo Veintiuno, 1988, p. 28 (tradução livre).

⁶⁴¹ DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra, 1984, p. 9-10.

A onda restaurativa judicializada não fica muito distante desse raciocínio, posto que essa tentativa de se redefinir a pena, por meio do diálogo e aproximação, ao tempo que se apresenta como mais humano, esconde uma desarmonia do sistema, que insiste em criminalizar cada vez mais.

Nesse sentido é importante a ressalva feita por Mylène Jacoud:

Um recenseamento minucioso dos vários programas e das várias aplicações da justiça restaurativa deixa transparecer que a justiça restaurativa é, atualmente, mais aplicada a ofensas e crimes de menor gravidade. É, aliás, um dos paradoxos que se pode identificar: quanto menos as necessidades de reintegração social estão presentes, mais a justiça restaurativa é recomendada. Além desta aplicação no mínimo paradoxal, é necessário somar um segundo problema, circunscrito por muitos autores: o fato de que a justiça restaurativa seja aplicada a situações que, sem ela, não teriam sido tratadas pelo sistema penal. Nestas circunstâncias, um processo no qual o infrator que foi responsabilizado pelas consequências de seu ato não respeitou as medidas adotadas no âmbito de um programa de mecanismos extrajudiciais é suscetível de ser transformado em processo judicial (Nuffield, 1997). Além disso, se as situações mantidas nos programas restaurativos não forem objeto de conclusão, os riscos delas serem encaminhadas para o sistema penal convencional no caso de fracasso são grandes (...). Assim, em vez de desafogar os tribunais, a justiça restaurativa corre o risco de não apenas sobrecarregar o sistema, mas também de contribuir para aumentar o controle penal.⁶⁴²

Dois são os pontos a observar: 1) o método restaurativo aplicado apenas aos crimes que chegam a conhecimento do sistema penal, sendo, portanto, seletivo; 2) condutas bagatelares acabam sendo objeto de restauração, quando, sem ela, talvez o sistema penal não tomasse conhecimento pela insignificância.

O primeiro ponto evidencia que o método restaurativo interno ao sistema penal não alcança a maioria dos crimes praticados e que não chegam ao conhecimento das agências formais de controle. Nesse passo, a restauração

⁶⁴² JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 178/179.

interna ao sistema penal tem um alcance limitado e seletivo, eis que a maioria das condutas criminosas não são captadas pelo Estado.⁶⁴³

O segundo demonstra a atuação do método restaurativo aos crimes selecionados (conhecidos pelas agências penais), mas que pela sua insignificância teriam sido, de outro modo, descartados pelo direito penal.

A essas duas problemáticas, acrescenta-se uma outra que é a restauração do conflito e não do crime.

É bastante comum sustentar que a restauração deve prevenir o crime, e nesse compasso, como já dito, se aplica única e exclusivamente aos crimes conhecidos. A restauração deve ser direcionada ao conflito social, mesmo que não criminalizado. Assim atuará preventivamente no fato social que poderá gerar um futuro crime e, certamente, terá alcance aos crimes que não são conhecidos pelas agências de controle, mas que circundam as relações sociais.

Como sustenta Warat:

É preciso que as comunidades dialoguem em situações limite, à beira do caos e da desintegração do humano. É grave, mas a única saída de um modelo de exclusão global do humano é o diálogo; não existe outro caminho a percorrer. Os problemas de uma comunidade não se resolvem com balas, resolvem-se

⁶⁴³ “Em geral, os tribunais tendem a ocupar um dos extremos em muitas destas dimensões. De todos os mecanismos de resolução de litígios disponíveis, tendem a ser os mais oficiais, os mais formais, os mais especializados e os mais inacessíveis. Quanto às outras dimensões, a sua posição varia muito de país para país e de área de litígio para área de litígio. Não admira, pois, que, antes de recorrer aos tribunais, as partes num litígio tendam, sempre que possível, a resolvê-lo junto de instâncias não oficiais mais acessíveis, mais informais, menos distantes culturalmente e que garantem um nível aceitável de eficácia. De um familiar ou vizinho respeitado a uma organização comunitária, associação ou clube disponível, ou ainda um profissional, seja ele um advogado, um terapeuta, um padre, um assistente social, um médico, um professor, um conselheiro de consumo, todos são potencialmente terceiras partes e podem efectivamente funcionar como tal dependendo de muitos factores. A escolha tem sobretudo a ver com as relações que existem entre as partes em litígio, com a área social da litigação, com os níveis de socialização de ambas as partes com mecanismos de resolução e com os meios de que dispõem para realizar a escolha nas melhores condições” (PEDROSO, João. **Percursos(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Direito e Democracia. Canoas vol.4, n.1 1º sem. 2003 p. 47-89).

mediando. O diálogo é a única coisa que pode dar o sentido do pertencimento a uma comunidade.⁶⁴⁴

Uma atuação restaurativa focada no conflito local é a melhor forma de prevenir um futuro crime.⁶⁴⁵ Para isso a restauração precisa estar desvinculada de qualquer ideia punitiva (afastada do sistema penal) e preocupada mais em fazer o autor do desvio compreender o porquê praticou o ato, do que com a reparação da vítima. Toda restauração é parcial e jamais fará com que o *statusquo* retorne, contudo é possível que o autor não volte a praticar novamente o ato, justamente pela compreensão que o motiva.

Desta forma, não é preciso esperar que uma agência de controle o capture. Deve-se agir antes, de forma preventiva e fora do sistema penal. Pois, como visto, muitas causas da violência originam-se no desejo mimético e a violência mimética não precisa ser judicializada para ser compreendida.

Segundo João Pedroso:

A questão central do acesso ao direito e da resolução de litígios não é, por um lado, preservar os tribunais judiciais para a resolução de toda a litigação, até porque nas sociedades existe muita procura suprimida, reprimida ou desviada, que não chega ao sistema judicial. Por outro lado, há que não esquecer que as sociedades são ricas em mecanismos de resolução de litígios.⁶⁴⁶

Para Lola Anyar de Castro,⁶⁴⁷ “já que o castigo quer impedir a reincidência, ele tem que levar bem em conta o que é o criminoso em sua natureza profunda, o grau presumível de sua maldade, a qualidade intrínseca de sua vontade”, por que, então, não fazer isso preventivamente em ações

⁶⁴⁴ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 203.

⁶⁴⁵ Para Warat, a mediação dos oprimidos – comunitária – destaca-se pela prevenção: “O importante nos conflitos que se produzem nos espaços urbanos de opressão é impedir que a crise se instale neles. O importante é ajudar antecipadamente, preventivamente” (WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 204).

⁶⁴⁶ PEDROSO, João. **Percursos da(s) reforma(s) da administração da justiça**: uma nova relação entre o judicial e o não judicial. Direito e Democracia. Canoas vol.4, n.1 1º sem. 2003 p. 47-89.

⁶⁴⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia de la liberación**. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987, p. 24 (tradução livre).

sociais e comunitárias restauradoras e aproximativas, sem vínculos com o sistema penal? Por que esperar para preocupar-se com esse indivíduo e suas dificuldades somente quando for selecionado pelas agências de controle? E por que se preocupar apenas com esse que foi selecionado, se um número enorme, não clientes do sistema penal, trilharam os mesmos conflitos?

É notório que não são todas as pessoas que aceitam ou se permitem refletir sobre os motivos da violência, até porque muitos motivos não inconscientes e necessitam de outra técnica para que possa ser alcançada pelo consciente, o que demandaria tempo e uma interdisciplinaridade que o sistema penal não está interessado e nem estruturado para fazer.

Deve-se alertar que a ideia de que o autor do desvio possa compreender a motivação do ato, distancia-se da ideia de recuperação (prevenção especial positiva) trazida pelo positivismo, cuja “modificação” da conduta é uma obrigação, ancorada pela fé na privação de liberdade, desconsiderando por completo a vontade do punido em adequar sua conduta ao padrão social. Busca-se uma “melhora” forçada, com critérios estabelecidos por uma sociedade que não sabe o que é o “melhor” para cada um dos indivíduos que a integra.

Daí a importância de compreender o lugar do método restaurativo, pois enquanto ele procura prevenir o crime (sem entrar no mérito do seu sucesso ou não), a criminalização, que é o problema maior, continua intacto.

A diminuição do sistema penal, com a diminuição das condutas criminalizadas é, antes da restauração processual, a medida mais importante a ser tomada. Com um sistema penal mínimo e considerando que é o próprio sistema que cria a violência, por meio de suas agências formais de controle,⁶⁴⁸

⁶⁴⁸ Sobre a notória seletividade do sistema penal explica Vera Regina Pereira de Andrade que a criminalização das condutas contrárias às relações de produção e políticas recebem uma pena abstrata maior do que as condutas contrárias a “bens e valores gerais como a vida, a saúde, a liberdade pessoal”, sendo preservadas, por omissão ou criminalização simbólica, as “condutas desviantes típicas das classes sociais detentoras do poder econômico e político”, criando-se, assim, o que denomina de “zonas de imunização” (ANDRADE, Vera Regina Pereira

tem-se uma diminuição dela e, conseqüentemente, uma diminuição do controle social.

3.5.2 A Restauração Processual Também Como Punição

O sistema penal tradicional se sustenta em uma estrutura hierarquizada, com supremacia do Estado sobre o indivíduo, sujeitando-o a um mal, por ter praticado outro mal (crime), que se traduz, nos casos de privação de liberdade, num banimento do grupo. Tanto é assim que a principal crítica que o pensamento restaurativo faz ao sistema penal clássico, segundo Claudia Cruz Santos, é a forma “autoritária e não participada de decidir a sorte do infrator”.⁶⁴⁹

Veja que o alvo do discurso restaurador judicializado, nesse caso, é a pena ou sua forma não participada de aplicação, não tecendo maiores críticas aos fatores que levam à criminalização de tantas condutas ou os motivos da criminalidade. O “será que esta conduta precisaria mesmo ser criminalizada” ou “quais os fatores que contribuíram para a prática da violência” cedem espaço para “a pena precisar ser dialogada, ter sentido e ser eficaz tanto para a vítima, quanto para o infrator”.

Até mesmo a Terceira Via proposta por Roxin centra a discussão demasiadamente na sanção, eis que a considera um instrumento autônomo para a realização dos fins da pena, evitando-a ou atenuando-a.

Enfim, judicializar o método restaurativo não deixa de ser uma forma de repreensão, pois, como disse Warat:⁶⁵⁰

A ciência jurídica clássica unicamente serve para descrever os mecanismos que reprimem o eu. Por tabela, ela reforça os mecanismos simbólicos da militarização do cotidiano. Em

de. **A ilusão da segurança jurídica:** do controle da violência à violência do controle penal. 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 277).

⁶⁴⁹ SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa:** um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como? 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014, p. 90-91.

⁶⁵⁰ WARAT, Luis alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** 2 ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000, p. 44.

última instância, o que apreendemos da cultura jurídica é o prestar contas.

Howard Zehr⁶⁵¹ também reconhece que a punição está presente na abordagem restaurativa, mas que ela “deveria ser aplicada sob condições em que o nível de dor é controlado e reduzido a fim de manter a restauração e a cura como objetivos”.

Sem discutir o objetivo do método apresentado pelo autor - cura - o que remete à teoria lombrosiana, vê-se que a ideia punitiva ainda é muito presente na restauração, devendo a mesma apenas ser controlada na medida que não inviabilize o objetivo proposto.

Em contrapartida, denunciam Candido da Agra e Josefina Castro que modelos de mediação oficial são “práticas autoritárias (...), já que são iniciativas lideradas pelas autoridades formais (Ministério Público, polícia ou *probation*...) que tendem a determinar as decisões mais importantes segundo a própria lógica do sistema formal”.⁶⁵²

Esses instrumentos focam exclusivamente na punição ou reabilitação do autor do fato e na reparação da vítima, que muitas vezes é forçada a aceitar o acordo, que se resume à reparação material. Com isso, a atuação visa quase que exclusivamente minimizar o efeito vingativo da pena, deixando o outro e talvez o maior problema, que é a expansão do direito penal e a criminalização do cotidiano, imune às críticas e mudanças.⁶⁵³

⁶⁵¹ ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athenas, 2008, p. 198.

⁶⁵² AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. **Mediação e justiça restaurativa**: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/25028/2/49820.pdf>, p. 107. Acessado em 26 de janeiro de 2017.

⁶⁵³ Essa percepção está alinhada à conclusão do relatório produzido pelo CNJ: “O relatório concluiu, em suma, que aquelas práticas restaurativas em curso, no Poder Judiciário, promoviam respostas institucionais mais gravosas do que as respostas tradicionalmente programadas pelo sistema jurídico, o que terminava por ampliar o espectro do sistema de justiça tradicional, ao invés de promover qualquer mudança ou alteração substancial” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pilotando a Justiça Restaurativa**: o papel do poder judiciário. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>, p. 106. Acessado em 21 de maio de 2018).

Outro fator que merece destaque é a demasiada preocupação com a vítima no processo restaurativo. Em Manuel da Costa Andrade⁶⁵⁴ tem-se que

a vítima entrou simultaneamente pela porta da culpa (reclamando uma quota maior ou menor da responsabilidade dum evento, dantes imputado por inteiro ao delinquente) e pela porta da simpatia (protestando contra o ostracismo a que a votava o direito clássico) e reivindicando que, para além ou mesmo antes, de se punir o delinquente, se cuide de fechar as suas próprias chagas.

Contudo, isso poderá ser feito dentro do sistema penal? Tem ele funcionalidade para “fechar as chagas” da vítima? Aqui, uma vez mais, se percebe a preocupação com os efeitos do crime (dano) e a pena como reparação, esquecendo-se de compreender os motivos do ato.

Howard Zehr deixa bastante evidente que o foco de sua proposta é a vítima e o dano. Sugere o autor algumas perguntas para o Guia da Justiça Restaurativa:

Quem sofreu o dano?
Quais são suas necessidades?
Quem tem obrigação de supri-las?
Quais as causas?
Quem tem interesse na situação?
Qual o processo apropriado para envolver os interessados no esforço de tratar das causas e corrigir a situação?

Perceba que o interesse nas causas da violência aparece em apenas duas perguntas, sendo que todas as demais demonstram preocupação com o dano, a vítima e a reparação.

É importante trazer a vítima para a restauração, pois sem ela o processo não se desenvolve completamente. Porém, ela não pode ser o centro da restauração, até porque “en esta nueva legislación se incrimina cada vez con mayor frecuencia delitos "sin víctimas" o con "víctimas difusas".⁶⁵⁵

⁶⁵⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Separata do Vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980, p. 20.

⁶⁵⁵ HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una Teoría de la Imputación em Derecho Penal. Tradu. De Francisco Muñoz Conde e Maria Díaz Pita, Valência: Tirant do Blanch, 1999, p. 31.

Essa mesma percepção tem Amilton Bueno de Carvalho,⁶⁵⁶ que afirma não ser o processo penal lugar para a vítima, pois, por sua duração e por seu espetáculo, o Processo Penal torna a vítima novamente vítima com o reacender da dor.

Lélio Braga Calhau⁶⁵⁷ explica que “ao contrário do aspecto racional, que seria o fim do sofrimento ou amenização da situação em face da ação do sistema repressivo estatal, a vítima sofre danos psíquicos, físicos sociais e econômicos adicionais”, o que denomina de “sobrevitimização”.

Concorda Selma Pereira de Santana⁶⁵⁸ que “a justiça restaurativa não é branda com o crime; ao contrário, mantém em expectativa os infratores e submete-os a grandes exigências, maiores que as do sistema punitivo tradicional”.

A restauração exige do autor do delito muito mais do que a privação de liberdade exige. Ela cobra algo que talvez seja muito difícil do infrator alcançar, que é a conscientização do ato praticado e a necessidade de superação das causas que levaram a ele, que estão, muitas vezes, engessadas no pensamento e agir deste indivíduo.

Enquanto a prisão resume-se em um não fazer, com limitações em todos os setores, a restauração exige um fazer, não físico, mas mental, de postura, de atitude moral. Solicita do infrator uma autoanálise e espera que ele encare o desafio de mudar o pensar, direcionando não mais para o desejo violento, mas sim para algo positivo e construtivo, tanto para si quanto para a vítima e sociedade.

⁶⁵⁶ CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 49.

⁶⁵⁷ CALHAU, Lélio Braga. Vítima, justiça criminal e cidadania: o tratamento da vítima como fundamento para uma efetiva cidadania. Revista brasileira de ciências criminais. São Paulo, n. 31, p. 223-232, jul./set.2000, p. 229.

⁶⁵⁸ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 16.

A pena limita o corpo, a restauração expande, dolorosamente, o ser. Muitos suportam a privação e os martírios físicos, mas não suportam o mínimo contato com o próximo e consigo mesmo.

A pensar, portanto, quando afirmam que a restauração não é uma pena.

3.5.3 Há Voluntariedade na Restauração Processual?

Partindo da premissa de que a restauração processual só se aplica aos crimes que chegam a conhecimento do judiciário, o que é efetivamente a realidade que se vivencia nos modelos restaurativos atuais, questiona-se qual o grau de voluntariedade na participação do autor do fato nesse processo.

A pergunta que se faz é: teria o autor do fato voluntariamente procurado a vítima e restaurado/reparado o dano se não tivesse sido alcançado pelas agências de controle penal?

Quando se fala que a restauração não deve ser imposta aos envolvidos, é porque se espera que eles manifestem interesse em convergir um acordo, procurando uma solução distinta da pena, que seja bom para todos. Nesse ponto concorda-se que o encontro é, antes de voluntário, consensual, já que estão ali porque sentem que seja uma solução mais interessante que as demais.

Porém, consenso não é voluntariedade. Certamente o autor não está restaurando por que verdadeiramente sinta que errou, ou por que reconheça que pretenda mudar, mas por visualizar que pode ser um caminho mais favorável para ele. A vítima também não se sujeitaria a sentar-se com o autor se não perceber que terá alguma vantagem que não obteria no sistema tradicional, onde sequer tem voz e vez.

Veja-se, então, que o que pode estar se escondendo por traz da restauração é a busca de vantagens individuais, cujo acordo é consensual,

mas não voluntário, pois não surgiu de uma expressão de vontade do autor do fato, por exemplo, mas sim porque foi o fato descoberto e, para evitar uma pena privativa de liberdade, acaba consentindo em reparar os danos da vítima ou, até mesmo, prometendo mudanças de comportamentos.

Um padrão de comportamento pode não ser possível mudar sem que o sujeito se autoconheça, perceba seus limites e capacidades e realmente queira mudança. Esse processo de conscientização precisa ser feito sem o contraponto da sanção. O sujeito não pode sentir-se coagido a compreender os motivos que o levaram ao ato, sob pena de uma pena corporal. Não é uma questão de escolha para ele: ou restauro e mudo ou vou preso.

Para conseguir isso, ele precisa pensar sua história de vida, tentando encontrar os motivos da violência, dando sentido a eles. Dar sentido é perceber porque fez e encontrar um caminho diferente para não repetir. Para isso ele precisa estar integralmente entregue à mudança.

Um exemplo é a situação dos chamados “matadores em série”. Segundo James Hollis⁶⁵⁹ os autores que inventaram esse termo informam que “todos os inúmeros chacinadores que estudaram (dos quais apenas um era mulher) tiveram infância perturbada”.

Nessas situações e crimes, se não fizer com que os autores consigam entender que o que eles sentem é uma consequência de alguma agressão ou abuso sofridos na infância, revolta que carregam inconscientemente e buscam vingar-se no outro (no caso nas mulheres), impossível pensar em uma mudança de atitude.

Ocorre que muitos não observam desta forma. Selma Pereira de Santana chama a atenção de que um processo penal não pode estar demasiadamente marcado por uma postura retrospectiva, voltado para a reconstrução e análise de fatos passados. Segundo ela, é necessário “integrar

⁶⁵⁹ HOLLIS, James. **Sob a sombra de saturno**: a ferida e a cura dos homens. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulus, 1997, p. 57.

esse ponto de vista a outro de caráter prospectivo, voltado, desde a fase inicial processual, para a eventual tarefa futura de socialização do delinquente”.⁶⁶⁰

Não se pode confundir o objetivo (socialização) com o método. Não se modifica o futuro sem a compreensão do passado, ou seja, se o processo penal não pode ser restrospectivo, então ele não serve como trilho para o método restaurativo, que antes de pensar o futuro, precisa fornecer estrutura e incentivo para repensar o passado.

Como diz Warat, “as instituições matam a espontaneidade”⁶⁶¹ e nesse sentido é que a restauração judicializada não consegue demonstrar a voluntariedade do acordo, já que ele é feito com intenções outras que a verdadeira mudança e só ocorreu porque o instrumento de poder (Direito Penal) os colocou (autor e vítima) frente a frente.

3.6 É PREFERÍVEL A RESTAURAÇÃO JUDICIAL À PUNIÇÃO

Portanto, parece evidente que a restauração processual, tal qual introduzida no direito penal tradicional, intervindo durante a resolução do caso penal, incorre nos mesmos defeitos que o direito penal.

Contudo, não se pode ocultar que mesmo com tais limitações, ainda é preferível utilizar-se da justiça restaurativa processual, que aplicar uma pena privativa de liberdade, seja por que proporciona aos envolvidos uma alternativa à retribuição, voltando suas atenções, mesmo que de forma não tão completa e eficiente, como a restauração comunitária, para a compreensão, dos possíveis motivos do conflito.

Seja, também, por que evita o ingresso do criminoso no sistema prisional, gerador de tantas mazelas e criador de tanta violência.

⁶⁶⁰ SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa**. A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 169.

⁶⁶¹ WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca**: o ofício do mediador. Volume III, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 25.

Anabela Miranda Rodrigues afirma que o objetivo principal da prisão “deve ser o de evitar a dessocialização do recluso”, que ao entrar no cárcere adquire fatores “de *infantilização* e de *subcultura prisional* como típicos da ação dissocializadora exercida pela prisão”.⁶⁶²

Com a aplicação da restauração aos casos que ingressaram no direito penal, estaria-se evitando danos maiores ao autor do delito, e oportunizando à vítima uma possibilidade de ser reparada, sem contar no ganho social de toda a coletividade, a contar os traumas e conflitos trazidos pelo preso quando retorna do cárcere.

Veja-se, que apesar de denunciar todas as limitações da restauração processual, não sendo a ideal nem a mais eficiente, ela ainda é preferível ao aprisionamento. Certamente é o modelo que mais deva ser utilizado, uma vez que muitos conflitos não conseguirão, a curto ou médio prazo, ser restaurados pelo método comunitário, que necessita, além de políticas públicas para ser implementado, de uma cultura de não confronto e de auto-conhecimento.

Em síntese, a justiça restaurativa processual pode não ser eficiente na prevenção geral positiva, mas ao permitir sanções alternativas, exerce um papel importantíssimo na prevenção da dessocialização do condenado.

Todavia, há situações em que o aprisionamento é inevitável, seja pela gravidade e características do fato, ou pela impossibilidade de se aplicar a restauração processual. Nesses casos, é preciso outra alternativa, a ser aplicada na fase da execução da pena, assunto que será tratado no capítulo seguinte.

⁶⁶² RORIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 47.

CAPÍTULO 4

JUSTIÇA RESTAURATIVA EXECUTÓRIA

O encarceramento de um ser humano serve como indicativo de que algo negativo aconteceu no passado e de que algo negativo acontecerá no futuro. De regra, já que muitos erros judiciários acontecem, o aprisionamento informa que houve algum desajuste não aceito socialmente, mas também antecipa que outros irão surgir durante e após a execução da pena.⁶⁶³

Inevitável, levando em conta o tradicional modelo, que a prisão venha a violentar o detento e causar-lhe um dano maior, do que aquele que supostamente visa evitar.

Nesse sentir, a execução da pena é um espaço extremamente complicado de ser gerido, muito mais que o social comunitário e o processual penal. Se naqueles têm-se um misto de violência e sociabilidade, nesse só se vislumbra violência e dissociabilidade.

A aplicação da restauração na execução penal exige a conscientização dos efeitos desagregadores da pena de prisão. Suas características e finalidades diferem dos métodos restaurativos comunitário e processual. Aqui a preocupação primeira é a neutralização do processo de prisionização pelo qual passa o detento. Posteriormente pensar-se-á em prevenir a reiteração do desvio, objetivo que só terá algum êxito se o primeiro passo for alcançado.

⁶⁶³ A execução penal dever ser vista como parte do sistema integral do direito penal, conforme aludido alhures. Para reforçar essa assertiva, cita-se Jesús-María Silva Sánchez: “Em particular, si se considera seriamente la dimensión del delito como ‘comunicación’ desestabilizadora de la norma, seguramente es obligado entender que tal dimensión comunicativa persiste (sujeta a los correspondientes câmbios de percepción) a lo largo del proceso, em el que se realiza lo dispuesto em la norma secundaria, iniciándose la reestabilización de la norma. Y, por lo mismo, si sólo la pena – o alguno de sus equivalentes funcionales – pone fin a la ‘comunicación’ expressada por el delito, entonces parece asimismo conveniente considerar que el proceso penal (y hasta el propioproseso de ejecución de la pena) se hallan presididos por la ‘comunicación’ delictiva todavia presente, com lo que, de algún modo, pertenecen al sistema del delito” (SANCHEZ, Jesús-María Silva. *Introducción: dimensiones de la sistematicidade de la teoria del delito*. In WOLTER, Jüger; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal**: delito, determinación de la pena y proceso penal. Barcelon: Marcial Pons, 2004, p. 21).

4.1 OS NOCIVOS EFEITOS DA PRISONIZAÇÃO E A SOCIALIZAÇÃO

Na literatura ou nas pesquisas de campo, é quase unânime o reconhecimento de que a prisão é ineficaz, corruptora e que uma "boa prisão será sempre um objectivo irrealizável", já que ao longo do século XIX, as cadeias se tornaram lugares onde habitualmente o cumprimento da pena se multiplicou em sofrimentos suplementares, como o frio, a fome, a promiscuidade, a violência, os atos arbitrários dos guardas e carcereiros, a marca indelével da passagem pela prisão, sem que se tivesse alcançado qualquer regeneração ou reinserção social do preso. A "função repressiva, clássica da prisão, sobrepôs-se a qualquer outra função que, teoricamente, se tenha querido atribuir-lhe".⁶⁶⁴

E é bom destacar que humanizar a execução da pena não refletirá apenas aos detidos, mas igualmente aos que gerenciam essa engrenagem, haja vista ter o Estado – e essa é uma crítica feita por Maria José Moutinho Santos ao governo português, mas que serve ao Brasil – ignorado também "os seus próprios funcionários e guarda prisionais - que, em condições deploráveis de formação, segurança e manutenção, partilharam uma vida de miséria com os presos, com quem mantinham uma relação de ambiguidades".⁶⁶⁵

Daí que, "quando o contributo empírico põe em evidência os efeitos dessocializadores da prisão, o principal objectivo deve ser não tanto a socialização, quanto evitar a dessocialização do recluso", pois a pena não só "produz efeitos de dessocialização como também cria problemas e dificuldades ulteriores, quando se perspectiva o regresso do recluso à comunidade".⁶⁶⁶

A pena de prisão deve ter uma finalidade socializadora, que se "encontra no terreno normativo da sua legitimação e não no da pura descrição sociológica dos fenómenos", ou seja, analisar a finalidade da pena não é o

⁶⁶⁴ SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**: as prisões do liberalismo. Porto: Edições Afrontamento. 1999, p. 355.

⁶⁶⁵ SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz**: as prisões do liberalismo. Porto: Edições Afrontamento. 1999, p. 366.

⁶⁶⁶ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização conesualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 45.

mesmo que verificar os efeitos que ela produz. A prisão "segrega o indivíduo do seu estatuto jurídico normal, atinge a personalidade, favorece a aprendizagem de novas técnicas criminosas e propõe valores e normas contrários aos oficiais". Por isso o principal objetivo da prisão é "evitar a dessocialização do recluso".⁶⁶⁷

Já foi dito que o melhor caminho para diminuir esse problema é reduzir o aprisionamento, limitando-o para crimes graves, o que possibilitará uma melhor gestão dos apenados, a ser feito por um número menor de agentes públicos, que, por isso, poderão ser melhor capacitados e a verba pública melhor investida.

Garcia Basalo acentua, acertadamente:

Em resumo, poder-se-ia dizer que o tradicional papel do sistema penal e penitenciário está rapidamente mudando na maioria dos países avançados e começará a mudar nos outros países assim que for possível (se não quiserem ser asfixiados por movimentos maciços de protestos violentos ou de retraimento, por um lado, e uma força policial tremendamente repressora, por outro). Esta mudança vai das reações penais ante os conflitos sociais através de medidas baseadas no indivíduo delincente às reações assentadas em soluções macro-sociais e também culturais dos presentes conflitos de interesse e valores.⁶⁶⁸

Mas enquanto esse tempo não chega, é preciso olhar para a realidade, que é bastante desoladora. Passo primeiro é parar de acreditar que o preso pode ser socializado nas condições a que se encontra segregado. A socialização só ocorre num momento secundário, com a voluntariedade do recluso, já que o direito de não ser socializado é um direito de ser diferente e "que não pode ser posto em causa nas sociedades pluralistas e democráticas no nosso entorno cultural". Essa voluntariedade "não existe com a privação de

⁶⁶⁷ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização conesualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 46.

⁶⁶⁸ GARCIA BASALO, J. C. **Tercer Coloquio de la Fundación Internacional Penal y Penitenciária**. Revista de Estudios Penitenciários. Madri, ano XXVIII, nº 199.

liberdade, pois a limitação de direitos é, por natureza, dessocializadora, no exacto sentido em que exclui o recluso do seu estatuto normal".⁶⁶⁹

Anabela aponta a necessidade do recluso aceitar a “socialização” que lhe é oferecida no cárcere. Para ela a ressocialização não pode ser vista no sentido de exigir que o preso assuma o modelo social vigente e seus valores. Ao contrário, deve-se buscar torná-lo capaz de não cometer mais crimes, com a garantia de sua liberdade de ser. A socialização deve ser voluntária, com o consentimento do recluso:

Nega-se, de fato, qualquer legitimidade do Estado e da sociedade para impor, no plano dos valores morais, crenças ou convicções internas - o *forum internum* - ao *forum externum*, pretendendo, assim, obrigar o indivíduo a aceitá-las. Com efeito, sobre qualquer outro valor estará sempre o respeito inerente à dignidade humana do delinquente, difícil de assegurar, na prática, quando a meta que se pretende atingir não consegue escapar totalmente à eventualidade de uma "lavagem ao cérebro", se tanto for necessário, para alcançá-la. Uma ressocialização entendida neste plano moral poderia sempre conduzir a mais absurda e perigosa manipulação da consciência individual, para além de deixar por resolver a questão fundamental da legitimidade para impor um qualquer sistema de valores, vigente na sociedade.⁶⁷⁰

Ademais, alerta Anabela, a socialização não deve ser encarada como preparação do recluso para voltar a ser sócio. Ele já é sócio, e a pena não é um banimento da sociedade, ele ainda preserva direitos fundamentais.

A prisão não pode ser um "espaço de quase-não direito". Por isso, antes de ser socializadora, a pena deve ser não-dessocializadora, reduzindo-lhe ao mínimo "a marginalização de facto que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe estão associados".⁶⁷¹

⁶⁶⁹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização conesualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 59.

⁶⁷⁰ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social** – separata da obra Cidadão Delinquente: Reinserção social? Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 25-47.

⁶⁷¹ RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária**: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização conesualismo e prisão. Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 52.

Saindo da literatura jurídica, encontram-se muitas pesquisas que comprovam os efeitos da prisionização. Dentre elas, destaca-se o experimento realizado no ano de 1971, pelo psicólogo Philip Zimbardo, na Universidade de Stanford, junto aos alunos da graduação do curso de psicologia.⁶⁷²

O objetivo do experimento foi investigar como pessoas, com comportamentos comuns (considerando uma média social), agiam quando colocadas em situações extremas, no caso, assumindo papéis de pessoas integrantes de uma prisão.

Foram, aleatoriamente, selecionados alguns estudantes universitários, que receberiam 15 dólares por dia, para representarem policiais, prisioneiros e agentes carcerários. Iniciada a pesquisa, não demorou para os estudantes assumirem seus papéis, cuja representação indicava uma profunda alteração comportamental, sendo que “depois de três dias imersos nessa situação bizarra, alguns dos estudantes que representam os guardas da prisão avançaram muito além da mera encenação. Internalizaram a hostilidade, a influência negativa e as características mentais de guardas de prisão de verdade”.⁶⁷³

Já os que encenavam os presidiários, apresentaram comportamentos de submissão e alguns, em virtude da pressão psicológica, maus tratos e opressão que os “guardas” faziam, passaram a agir como se realmente estivessem presos, mesmo tendo sido informados que poderiam sair do experimento quando quisessem.

Um exemplo foi o “preso 819”, que em estado de choque, recebeu intervenção da equipe de apoio do experimento, recusando-se a sair para uma consulta médica mais detalhada. Explica Zimbardo o desfecho deste caso:

Escute-me com atenção, agora, você não é o 819. Você é o Stewart, e meu nome é dr. Zimbardo. Sou um psicólogo, não

⁶⁷² Esse experimento deu origem ao livro ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015.

⁶⁷³ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 134.

um superintendente de prisão, e esta não é uma prisão de verdade. Isso é apenas um experimento, e aqueles caras ali são apenas estudantes, como você. Portanto, é hora de voltar para casa Stewart. Agora venha comigo. Vamos embora.⁶⁷⁴

Isso com apenas três dias de experimento. No sexto dia a pesquisa precisou ser cancelada, devido ao comportamento dos “atores” ter saído do controle, o que poderia causar-lhes riscos à integridade física e psíquica.

O mais interessante é que nenhum dos prisioneiros, mesmo tendo a liberdade de desistir do experimento, cogitou essa possibilidade. Eles sentiram-se imobilizados em uma prisão fictícia e mesmo tendo o poder de decidir pelas suas liberdades, acreditaram que este poder era exclusivo do Conselho de Condicional.

A conclusão do estudo foi de que “o poder penetrante, ainda que sutil, de um grande número de variáveis envolvidas em quaisquer circunstâncias pode dominar a vontade de resistir de um indivíduo”.⁶⁷⁵

A experiência criou o que o autor chama de “ecologia da desumanização”, assim como faz uma prisão real, começando com a retirada da liberdade, se estendendo para a perda da privacidade e finalmente para a perda da identidade pessoal, separando o preso de sua família, seu passado e comunidade.⁶⁷⁶

A ideia foi demonstrar que o “caráter das pessoas pode se modificar por estarem imersas em situações que desencadeiam poderosas forças situacionais” e ficou ilustrado pelo experimento, o impacto tóxico que sistemas e situações cruéis exercem sobre pessoas boas, fazendo-as se comportar de

⁶⁷⁴ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 163.

⁶⁷⁵ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 17.

⁶⁷⁶ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 317.

maneira patológica e estranha à sua natureza, demonstrando que a divisa entre o bem e o mal é bastante permeável.⁶⁷⁷

Metade dos estudantes prisioneiros teve que ser libertado mais cedo, devido às severas desordens emocionais e cognitivas e a maioria dos que ficaram se tornaram obedientes aos guardas e “se tornaram zumbis com seus movimentos indiferentes, submetendo-se aos caprichos” do poder dos policiais. O processo a que foram submetidos (controle arbitrário e contínuo, privação do sono e da privacidade em geral), gerou neles uma “síndrome de passividade, dependência e depressão”.⁶⁷⁸

O experimento confirmou a tese da “banalidade do mal”, de Hannah Arendt, de que pessoas “boas” ou “normais”, são as que praticam atos terríveis, se submetidos a certas circunstâncias. Isso não desculpa o mal, mas “o democratiza”, reconhecendo-se que ele pode ser praticado por qualquer pessoa, não sendo “privilégio” de algumas.

Os mecanismos do desengajamento moral, segundo o modelo de Bandura,⁶⁷⁹ justificam pessoas “boas” terem condutas patológicas em detrimento de outra pessoa, sem que apresentem um sentimento de culpa. Esse processo pode ser evitado “tornando explícitos os mecanismos mentais que as pessoas usam para desligar seus padrões morais de suas condutas”.⁶⁸⁰

No ano de 1972, estudo realizado por Robert Figlio, Thorsten Sellin e Marvin Wolfgang⁶⁸¹, sobre delinquência juvenil, apresentou dados que

⁶⁷⁷ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 28 e 279.

⁶⁷⁸ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 280.

⁶⁷⁹ BANDURA, A., AZZI, R. G., & POLYDORO, S. A. J. **Teoria social cognitiva**: conceitos básicos. Porto Alegre: Artes Médicas. 2008.

⁶⁸⁰ ZIMBARDO, Philip. **O efeito Lúcifer**: como pessoa boas se tornam más. Tradução de Tiago Novaes Lima, 3 ed., Rio de Janeiro: Record, 2015, p. 436.

⁶⁸¹ FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, citado por Dieter, Maurício Stengemann. *Política Criminal actuarial: A Criminologia do fim da história*. 2002 p. 94-96 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20->

evidenciam como o processo de prisionização pode influenciar a vida de uma pessoa. A pesquisa acompanhou a vida de um grupo de rapazes nascidos no mesmo ano e lugar, cujos dados foram colhidos em diferentes idades e em determinados eventos sociais.

Foram acompanhados quase dez mil (10.000) indivíduos, entre 10 e 18 anos, nascidos em 1945 e que residiram na Filadélfia. O estudo constatou que aproximadamente 35% dos adolescentes se envolveu alguma vez com a polícia, antes dos 18 anos, dos quais 54% voltaram a registrar passagem pelo sistema de justiça criminal.

A pesquisa indicou, ainda, que a probabilidade de um jovem praticar um delito dependia de três variáveis: a) a idade em que teve contato com a polícia; b) a natureza da infração praticada e c) a cor da pele (ou raça), sendo que o mais decisivo entre os fatores era a letra “a”, ou seja, quanto antes o jovem tem contato com o sistema de justiça criminal, mais chances ele tem de voltar a delinquir.

Isso só comprova que a proximidade com o sistema criminal e, no caso em questão, do sistema prisional, aumenta a probabilidade dele reincidir, pois o “cárcere devolve à sociedade indivíduos ainda mais propensos a cometer crimes (efeito regurgitante)”.⁶⁸²

Mas como fazer isso em pessoas que se encontram com limitações de direitos e liberdade?

Talvez o método restaurativo possa ser útil, mesmo que sua aplicação não privilegie, de início, a participação da vítima. A restauração executória aplicá-se com a observância de outras particularidades, não mais voltada à prevenção da violência, mas à prevenção da dessocialização do recluso, num primeiro momento, com possíveis efeitos secundários na não reincidência.

[%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1](#). Acessado em 19 de fev. 2019.

⁶⁸² JUNIOR. Airto Chaves. **Além das grades**: A paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018. p. 180.

Fazer com que o ambiente carcerário não dessocialize o apenado é um desafio intrínseco ao modelo tradicional de prisão. Para isso, a utilização de técnicas que possibilitem ao preso uma melhor compreensão dos motivos do desvio é um convite à mudança. Da mesma forma, empregar meios que evitem a desindividualização e afirmem sua condição de sujeito de direitos é, também, importante para minorar os efeitos do cárcere.⁶⁸³

As Apacs – Associação de Proteção e Assistência ao Condenado – são modelos de priões sem guardas, numa experiência inversa à de Zimbardo e que tem, no Brasil, demonstrado números promissores, cuja unidade referência é em Itaúna/MG.

A Apac tem por missão “humanizar o cumprimento das penas privativas de liberdade, oferecendo ao condenado condições de recuperar-se e, ainda, proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a Justiça Restaurativa” e é mantida pela Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC, uma Associação Civil sem fins lucrativos.⁶⁸⁴

Com toda a certeza, esse modelo se apresenta como alternativa aos tradicionais métodos de encarcerar, em que a prisão “desaparece da paisagem urbanística para ganhar contornos ritualísticos, num espaço-tempo regido por uma força cintrífuga atemporal e que nega a problemática escamoteando o percebido como um espaço abstrato”.⁶⁸⁵

⁶⁸³ “(...) a mediação pós-sentencial, não tem objetivos estritamente jurídicos, pois a sua principal substância está na aproximação entre o condenado e a vítima e/ou aos seus familiares ou amigos, no reconhecimento do ofensor relativamente às consequências do seu ato e no perdão, reconciliação e compreensão do outro” (GOUVEIA, João Tiago de Freitas. **A Justiça Restaurativa como mediador entre o Sistema e o Mundo da Vida habermasiano**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho. Apresentada em julho de 2016. Disponível em

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/42806/1/Jo%C3%A3o%20Tiago%20de%20Freitas%20Gouveia.pdf>. Acessado em 21 de maio e 2018).

⁶⁸⁴ Informações retiradas do sítio da entidade: <http://www.fbac.org.br/index.php/pt>.

⁶⁸⁵ OLDONI, Fabiano; SILVEIRA, Ana Flávia da. *O elã segregador: a arte de encontrar alguém para odiar*. In OLDONI, Fabiano; SILVA, Pollyanna Maria da (organizadores). **Estudos sobre o sistema prisional: da seletividade à ilegalidade**. Joinville: Manuscritos Editora, 2017, p. 36.

4.2 CAMINHOS PARA A RESTAURAÇÃO NA EXECUÇÃO PENAL

No Brasil não há previsão para a aplicação da Justiça Restaurativa na execução penal, mas a Lei de Execução Penal garantiu ao apenado a assistência ao egresso:

Art. 25. A assistência ao egresso consiste:
I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;

Veja-se que a partir dessa garantia, por ser uma assertiva aberta, é possível estruturar mecanismos restaurativos, que visem preparar o retorno do detento ao convívio social, “trabalhando com outra ótica de responsabilização que contribua para o crescimento e fortalecimento do sujeito em uma dimensão ética”.⁶⁸⁶

Os círculos de construção da paz, a constelação familiar,⁶⁸⁷ sendo mais limitado o modelo de mediação vítima-ofensor⁶⁸⁸, são os métodos que podem ser aplicados na execução penal.

O Núcleo de Aplicação Sistêmica do Direito – NDS⁶⁸⁹, em parceria com a Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina, Juízo da Vara da Execução Penal e Conselho da Comunidade, está implementando um projeto na Casa de Albergado Irmã Uliano, em Florianópolis/SC, para a aplicação das constelações

⁶⁸⁶ ROBAINA, Daniele Ramires da Silva; ALMEIDA, Bruno Rotta. **Justiça Restaurativa: A Possibilidade de Aplicação do novo Paradigma de Justiça ao Cárcere**. Disponível em https://wp.ufpel.edu.br/libertas/files/2014/09/SA_01428.pdf. Acessado em 21 de maio de 2018.

⁶⁸⁷ “As constelações familiares podem, então, ser definidas como sendo um método baseado na terapia sistêmica que indaga sobre as relações não aparentes que vinculam umas pessoas à própria família” (OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das leis sistêmicas de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. Joinville: Manuscritos Editora, 2017, p. 20). Esse método trabalha com as três leis sistêmicas que, segundo Bert Hellinger, embasam todas as relações: pertencimento, hierarquia e equilíbrio.

⁶⁸⁸ “A mediação vítima-infractor é definida como um processo no qual é conferida a possibilidade à vítima e ao infractor de, voluntariamente, participarem activamente na resolução de questões relacionadas com o crime, com a ajuda imparcial de um terceiro, ou mediador. (...)A mediação vítima - infractor interage e desempenha um papel noutros conceitos jurídicos, como o direito criminal e civil. O seu resultado pode desencadear o início de um procedimento criminal ou civil, ou poderá influenciar o resultado desses procedimentos” (SCHIJNDEL, Renske van. **Confidencialidade na mediação vítima-infractor**. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 118. Acessado em 21 de maio de 2018).

⁶⁸⁹ O doutorando é membro do NDS e um dos pesquisadores a frente do experimento.

sistêmicas naquela unidade prisional, que recebe presos acusados de violência doméstica, em sua maioria.

O projeto consiste na intervenção, junto aos funcionários da unidade prisional, em um primeiro momento, explicando as bases da Comunicação Não-Violenta – CNV. Na sequência, os detentos que manifestem interesse participam, individualmente, das oficinas restaurativas.

A pesquisa iniciou-se em setembro de 2017 e já obteve retorno positivo de alguns internos. A técnica busca fazer com que padrões de comportamentos, que se encontram no sistema familiar do sujeito, e que estão sendo repetidos, inconscientemente, pelo mesmo, sejam conhecidos e rompidos.

Este projeto originou o livro *Constelação Sistêmica na Execução Penal: Metodologia para sua implementação*,⁶⁹⁰ cujos dados divulgados confirma que as práticas restaurativas são um caminho viável para restaurar as relações familiares e perfeitamente aplicável na execução da pena.

Experimento semelhante já foi desenvolvido na Bay State Correctional, em São Francisco, Califórnia, EUA, durante os anos de 2005 e 2006, quando Dan Cohen acompanhou 9 presos condenados por homicídio e estupro, os quais foram submetidos à constelação familiar durante o cumprimento da pena.

Esse trabalho originou a pesquisa intitulada *Systemic family constellations and their use with prisoners serving longterm sentences for murder or rape*.⁶⁹¹ Os resultados apresentados no estudo confirmam as primeiras impressões do experimento junto à Casa de Albergado Irmão Uliano, em Florianópolis/SC e podem ser um importante caminho para restaurar as relações dos infratores com seus familiares e vítimas.

⁶⁹⁰ OLDONI, Fabiano. LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Constelação sistêmica na Execução Penal: Metodologia para sua implementação**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

⁶⁹¹ COHEN, Dan Booth. **Systemic family constellations and their use with prisoners serving long-term sentences for murder or rape**. Disponível em <http://www.konsteliacijos-d.lt/multisites/konsteliacijos/images/stories/Simonos/cohen--2008-dissertation-family-constellations.pdf>. Acessado em 18 de julho de 2017, p. 96-145.

Outro projeto iniciado em parceria com a Universidade do Vale do Itajaí e o Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico de Florianópolis/SC/Brasil, é a Justiça Restaurativa aos internos desta instituição.

A proposta busca trabalhar coletivamente com aproximadamente 25 reclusos que estão em medida de segurança. Os encontros são mensais e duram cerca de 1 hora. As intervenções são acompanhadas pelos professores pesquisadores Fabiano Oldoni e Márcia Sarubbi Lippmann e pelo corpo de assistente social e psicológica da entidade.⁶⁹²

As abordagens são lentas e diferenciadas, uma vez que os internos estão sob efeito de medicamentos. São trabalhadas oficinas coletivas e individuais e o retorno até o momento é bastante animador. Internos que não aceitavam qualquer comunicação com familiares, após as práticas restaurativas demonstraram interesse em manter contato com pais, mães e irmãos.

Não se pretende, com esse movimento específico, possibilitar o retorno deste interno ao convívio social, até porque muitos deles são portadores de doenças mentais permanentes, mas colaborar para que eles consigam estreitar laços sociais e familiares já rompidos por anos de violência, exclusão e sofrimento.

São movimentos pequenos, mas que certamente irão propiciar uma melhoria no cumprimento da medida de segurança destes internos, que trazem como maior reclamação a exclusão que sofrem da família e da sociedade.

Outro projeto que merece destaque o implementado no Estado do Tocantins, no Brasil, pelo juiz titular da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais de Araguaína, Antônio Dantas, é o responsável por implantar a prática na comarca, onde a metodologia está sendo implementada em cinco frentes: com presos em flagrante; com agentes de socialização, policiais e agentes

⁶⁹² Esse trabalho deu origem ao livro *Justiça Restaurativa Sistêmica*, de autoria dos professores Fabiano Oldoni, Everaldo Luiz Oldoni e Márcia Sarrubi Lippman, publicado pela Editora Manuscritos, em 2018.

penitenciários; na solução de conflitos ocorridos dentro dos presídios; na progressão de regime e entre vítimas e reeducandos.

Em abril, em decisão inédita, o juiz Antônio Dantas concedeu a progressão antecipada de regime – do fechado para o “aberto domiciliar” – a um presidiário. Outros 63 foram beneficiados com diversas medidas que integram os projetos de implantação gradativa da Justiça Restaurativa na comarca.

De fevereiro a maio, o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (Cejusc) da comarca realizou 18 sessões referentes a processos da 2ª Vara Criminal e Execuções Penais da Comarca e do Juizado da Infância e Juventude.⁶⁹³

O Projeto Execução Restaurativa – Pra Valer a Pena, realizado na cidade de Guarapuava, no Estado do Paraná/Brasil, e em desenvolvimento desde o ano de 2016, é mais um exemplo de esforços isolados que tem sido feito no país e “revela espaço apropriado para vivências e práticas que ultrapassam a singela comunicação por meio da sentença de que o direito foi aplicado, possibilitando a todos oportunidade para que a justiça seja experimentada, percebida enquanto valor que dignifica a vida”.⁶⁹⁴

No Rio Grande do Sul, Estado pioneiro na implantação da Justiça Restaurativa no Brasil, também há movimentos no sentido de implantar a restauração no sistema prisional, mesmo que, no exemplo citado, seja com menores infratores, conforme explica o juiz Leoberto Narciso Brancher:

Outra linha de atuação foi dentro das unidades de privação de liberdade. A partir do conceito de vitimização secundária, passamos a utilizar a mesma abordagem dos círculos com vítimas, trazendo familiares para reunir-se com os jovens

⁶⁹³ As informações constam do site <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios>. Acesso em 14 de maio de 2018.

⁶⁹⁴ LACERDA, Sttela Maris Nerone. **Execução Restaurativa: Pra Valer a Pena**. Disponível em http://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/_pdf/ANAIS2016/EXECUC3%87%C3%83O%20RESTAURATIVA%20-%20PRA%20VALER%20A%20%20PENA.pdf. Acessado em 21 de maio de 2018.

internados, refletindo com eles sobre as conseqüências do seu ato para as próprias pessoas do seu relacionamento. Essa aliás é uma estratégia interessante para exercitar empatia, pois é mais fácil ao infrator perceber o lugar do outro quando o outro é alguém que ele ama e valoriza. Esses círculos sem vítimas principais, feitos pelo pessoal técnico da privação da liberdade, além de produzirem resultados significativos por si sós em termos de abertura de canais de diálogo familiar onde antes não havia, de compreensão recíproca e co-responsabilização, podem ser considerados também como excelentes etapas preparatórias para um posterior encontro do jovem com sua vítima direta.⁶⁹⁵

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina implementou no ano de 2019 a Justiça Restaurativa na Penitenciária de Florianópolis, com a finalidade de implementar a cultura da paz e a comunicação não-violenta. Segundo informação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o projeto contará com a participação voluntária de 20 condenados do regime fechado e a “intenção é que cada apenado tenha dois encontros mensais durante um período mínimo de seis meses. Enquanto os presos realizam os círculos dentro da penitenciária com representantes de vários órgãos e entidades do Estado, além da própria comunidade, os familiares farão o mesmo movimento em encontros fora das unidades prisionais”.⁶⁹⁶

Diferentemente do Brasil, em que não há previsão expressa da aplicação da Justiça Restaurativa na execução penal, Portugal tem no Código da Execução das Penas e Medidas Privativas da Liberdade, em seu artigo 47, itens 4 e 6, permissão, inclusive, para que o preso submetido ao programa restaurativo, tenha sua pena flexibilizada:

Artigo 47:
(...);

⁶⁹⁵ BRANCHER, Leoberto Narciso. **A escuta das vítimas como inspiração para uma releitura da justiça juvenil.** In Vítimas e Mediação. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 88. Acessado em 21 de maio de 2018.

⁶⁹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. **Justiça Restaurativa para a Penitenciária de Florianópolis será Realidade já em 2019.** Sala de Imprensa. Disponível em <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/justica-restaurativa-para-a-penitenciaria-de-florianopolis-sera-realidade-ja-em-2019>. Acessado em 19 de fev. 2019.

4 - O recluso pode participar, com o seu consentimento, em programas de justiça restaurativa, nomeadamente através de sessões de mediação com o ofendido.

(...);

6 - A participação do recluso em programas é tida em conta para efeitos de flexibilização da execução da pena.

Essa possibilidade “parece significar que a participação, sempre voluntária, em um destes projetos de mediação, modalidade de *restorative justice*, pode ter como consequência a maior facilidade na concessão de autorizações de saída do estabelecimento prisional”.⁶⁹⁷

Contudo, inexistente regulamentação de como será realizado esse programa restaurativo, havendo quem indique a possibilidade de se aplicar as regras do regime geral de mediação penal de adultos em Portugal, previsto na Lei n.º 21/2007, de 12 de junho, mas que encontra barreiras no fato dela ser voltada à primeira fase do processo penal português.

O primeiro passo, em Portugal, já foi dado, que é a previsão legal da restauração na execução penal, faltando uma regulamentação deste método e boa vontade na sua aplicação, movimento que se percebe vivo na I Conferência Ibérica de Justiça Restaurativa, que ocorreu nos dias 25 e 26 de julho, em Cascais.

Na Bélgica, uma experiência realizada na prisão de Hasselt, demonstra a importância de medidas restaurativas na execução penal:

Fizemos uma visita guiada pela prisão e permitimos que as vítimas falassem com dois prisioneiros condenados por homicídio. Deste modo, criámos uma ponte entre vítimas e infractores. Queríamos dar às vítimas, bem como ao infractor, a oportunidade de trocar as suas experiências e sentimentos. O que aconteceu neste encontro foi curativo, tanto para as vítimas como para os infractores. Embora não estivessem perante o seu próprio infractor ou vítima, parecia que ambas as partes consideraram este encontro restaurativo. Para as

⁶⁹⁷ LEITE, André Lamas. **Execução da Pena Privativa de Liberdade e Ressocialização em Portugal**: Linhas de um Esboço. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. Conselho Penitenciário do Estado – COPEN. Ano 1 – nº 01 Agosto/2011. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/56629/2/49790.pdf>. Acessado em 23 de outubro de 2017.

vítimas foi surpreendente aperceberem-se que estes infractores sentiam emoções muito semelhantes às suas: vergonha, raiva, sofrimento... A conversa com estes dois prisioneiros alterou a sua perspectiva da vida na prisão e dos infractores para uma perspectiva mais realista e ajudou-as a lidar com as suas próprias experiências de vítimas. Para os infractores também foi um momento muito especial. Foram respeitados, puderam contar as suas histórias, mostrar arrependimento e fazer perguntas sobre como as vítimas lidam com tudo isto. Para ambas as partes foi uma experiência difícil, tocante, mas também muito curativa.⁶⁹⁸

Já no Brasil, o caminho a trilhar ainda é bastante longo, tendo em vista que nem mesmo preceitos básicos da Lei de Execução Penal são respeitados pelos governos, tanto que precisou o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, no ano de 2015, reconhecer o *Estado de Coisas Inconstitucional* na execução penal.⁶⁹⁹

⁶⁹⁸ MUYLKENS, Leen; SMEETS, katrien. **Para além do infractor**: um grupo de aconselhamento para vítimas de crimes. *In* Vítimas e Mediação. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 150. Acessado em 21 de maio de 2018.

⁶⁹⁹ SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema penitenciário nacional ser caracterizado como “estado de coisas inconstitucional”.

CONCLUSÕES

A *Aplicação Diferenciada e Integral da Justiça Restaurativa* é uma proposta que a tese procurou apresentar e que está estruturada na aplicação dos métodos restaurativos em três momentos diferentes: Restauração Comunitária; Justiça Restaurativa Processual e Justiça Restaurativa Executória.

O objetivo geral traduziu-se na necessidade de investigar se a aplicação da *Justiça Restaurativa Diferenciada e Integral*, pode apresentar melhores resultados na prevenção do desvio (criminalizado ou não), que os alcançados pelo direito penal tradicional e pela justiça restaurativa tão somente judicializada.

A pesquisa considerou, como ponto de partida, o problema seguinte:

- 1) Partindo do princípio de que o sistema penal tradicional, assumidamente punitivo e/ou preventivo, se propõe a alcançar finalidades e cumprir uma função, cujo resultado, em grande parte fica aquém das expectativas, até que ponto a justiça restaurativa pode representar uma solução, alternativa ou complementar, a essa questão?

Desse problema, derivaram outros dois complementares que, da mesma forma, foram essenciais para o desenvolvimento da pesquisa:

- a) A justiça restaurativa deve afirmar-se como uma solução integral do conflito penal, ou seja, antes, durante e após a intervenção do sistema penal?
- b) A consideração das diversas fases da resolução do conflito penal – antes do seu conhecimento pelas instâncias formais, durante a resolução pelo sistema penal e no momento da execução da pena – bem como nos casos mais relevantes dos comportamentos desviantes,

salientando-se o desejo mimético, teriam implicações no modelo concreto de justiça restaurativa a adaptar?

Partindo-se das indagações acima, necessário foi estabelecer algumas premissas iniciais, sustentadas nas hipóteses seguintes:

- 1) O direito penal não consegue, eficazmente, alcançar as finalidades a que se propõe, falhando, portanto, na sua própria função.
- 2) A justiça restaurativa judicializada acaba por, em grande parte, padecer dos mesmos problemas e limitações do direito penal tradicional.
- 1) Impõe-se a condição de uma resposta restaurativa diferenciada e integral, consoante o momento da sua intervenção, podendo ser ela comunitária, processual e executória.

A tese foi desenvolvida em quatro capítulos, tendo o Capítulo 1 buscado apresentar uma rápida evolução histórica da justiça restaurativa, seus modelos e principais diferenças da justiça retributiva, bem como os movimentos restaurativos no mundo e no Brasil.

Seguiu-se com a demonstração de que os métodos restaurativos são encontrados em litígios bíblicos, nas comunidades judaicas, nas culturas islâmica, hindu, chinesa e japonesa, ou seja, sempre existiram em legislações antigas, que privilegiavam a composição à punição.

Já a justiça restaurativa, assim denominada, surge pela primeira vez em 1977, no artigo *Beyond Restitution: Creative Restitution*, de Albert Eglash, sendo que a ONU, a partir de 1985, cria a Recomendação 85, do Conselho da Europa sobre o estatuto da vítima no âmbito do direito penal e do processo penal, sendo a primeira de muitas.

No Brasil, a ideia restaurativa teve início em 1998, com o “Projeto Jundiáí: viver e crescer em segurança”, desenvolvido em escolas de 2º grau de

Jundiaí/SP, com a finalidade de “resolver casos mais difíceis” ocorridos naquelas unidades escolares e que eram enfrentadas pela via da mediação, tendo sido interrompido no ano 2000.

De lá para cá tem sido crescente o número de varas judiciais que implementaram e vem implementando, a título de experiência, as técnicas restaurativas.

Atualmente o Conselho Nacional de Justiça aprovou a Resolução 225/2016 que contém diretrizes para a implementação da prática restaurativa no poder judiciário nacional. O documento apresenta um modelo restaurativo exclusivamente judicial, cuja proposta pode ser apresentada em qualquer fase do procedimento criminal pelo Juiz, Ministério Público, Defensoria Pública, pelas partes, pelos setores técnicos de Psicologia e Assistência Social e até mesmo pelo Delegado de Polícia.

O Capítulo 2 apresentou a restauração comunitária e os conflitos sociais fora do sistema penal, o que motivou a necessidade de se compreender a ideia de retorno a tribo de Maffesoli, movimento que evidencia a necessidade pós-moderna de re-união dos indivíduos em um coletivo. Na sequência foi demonstrado o desvio, a partir de uma visão em paralaxe (Zizek), possibilitando perceber que ele nasce, em sua maioria, do desejo mimético (Girard), numa relação triangular.

Olhar a violência em paralaxe foi imperioso para compreender que suas causas “aparentes”, nem sempre são reais. Muitas vezes os maiores atos de violência não são percebidos por uma questão de interesse do observador ou, na maioria das vezes, de impossibilidade de se deslocar o ponto de observação, o que permitiria nova linha de visão.

A visão paralática da violência ajudou a justificar o acerto da teoria de Girard, o qual desvelou a mimese existente nas relações humanas e, a partir de uma leitura dos romances ocidentais, comprovou que o desejo mimético é a causa de muitas violências.

Na sequência foi demonstrado a importância da utilização do método restaurativo comunitário e apresentado ideias e contrapontos que podem legitimar e estruturar este modelo restaurativo, o qual se distancia das restaurações judicializadas.

O Capítulo 3 serviu para analisar a Justiça Restaurativa Processual. Para isso foi preciso demonstrar que o direito penal tradicional se estrutura em uma concepção equivocada de prevenção ao crime, pois se é eficaz, em alguma medida, na prevenção geral positiva, não é em absoluto na prevenção especial positiva.

O direito penal não consegue, eficazmente, alcançar as finalidades a que se propõe, falhando, portanto, na sua própria função.

A aplicação da justiça restaurativa, tal qual adotada no Brasil e em Portugal, aos casos penais judicializados – Justiça Restaurativa Processual – possui as limitações do direito penal tradicional: seletividade, ausência de voluntariedade e punitiva.

Apesar dessas limitações, a Justiça Restaurativa Processual ainda se mostra bastante importante, por evitar o processo de prisão, ao viabilizar uma sanção diversa da privação de liberdade.

Por fim, o Capítulo 4 tratou da Justiça Restaurativa Executória, ocasião em que a justiça restaurativa se molda e se reestrutura para alcançar um objetivo diferente das restaurações comunitária e processual. Na execução penal, a restauração deve buscar, primordialmente, minimizar a dessocialização do recluso e os efeitos da prisão. Num segundo momento, se possível, efetivar a prevenção especial positiva, por meio da socialização.

Com as bases teóricas já delineadas, e retomando as hipóteses levantadas, verificou-se:

Hipótese 1: *O direito penal não consegue, eficazmente, alcançar as finalidades a que se propõe, falhando, portanto, na sua própria função.*

Essa hipótese foi CONFIRMADA, pois a visão funcionalista tratou de estruturar seu discurso numa uma falsa ideia de segurança, que só seria alcançada por meio do direito penal.

Essa ideia de defesa social é centrada no indivíduo, em um contexto rígido, institucionalizado, formatado, e que não tem eficiência se aplicado à pessoa, formada por suas várias personas sociais e grupais, flexível e que ziguezagueia no teatro da vida criando seu mundo a partir das várias conexões sociais a que está inserido.

Compreendendo que o desvio é um natural ato humano, cujas bases estão, em muitos casos, no desejo mediado e que não se evita este desvio pela segregação, pois o desejo não pode ser extirpado do humano, mas orientado, fortalece-se a ideia de que a conscientização desse fenômeno possa ser um caminho mais eficiente para adequá-lo há um padrão aceitável.

A necessidade de questionar o sistema penal posto e compreender os motivos da violência, exige uma superação de um modelo estanque, por mecanismos que permitam, aos envolvidos no conflito, ouvir e serem ouvidos, respeitando a história de cada um.

Dentro dessa busca, pensa-se que o método restaurativo, associado ao recuo do sistema de punição, seja o mais apropriado, tendo em vista que a prevenção geral positiva, buscada pelo direito penal, é alcançada, em certa medida, por meio do efeito dissuasor da penal (prevenção especial positiva), o que, por sua paradoxalidade, já denuncia a ineficácia de suas finalidades preventivas.

Hipótese 2: *A justiça restaurativa judicializada acaba por, em grande parte, padecer dos mesmos problemas e limitações do direito penal tradicional.*

A segunda hipótese também foi CONFIRMADA, uma vez que a restauração judicializada legitima o positivismo, apresentando-se também como punição, sem potencialidade preventiva e não possuindo voluntariedade real dos envolvidos, especialmente do autor do fato, contendo as mesmas deficiências que critica no Direito Penal tradicional.

A legitimação do positivismo ocorre pelo fato da restauração judicializada, enquanto modelo estatizado e pertencente ao sistema penal, aplicar-se apenas aos selecionados, o que a torna também seletiva, atuando nos mesmos clientes do sistema penal tradicional. A restauração judicializada não age preventivamente nas demandas sociais, por não enfrentar as verdadeiras causas dos desvios.

O método restaurativo dentro do direito penal vivifica o positivismo, pois ao justificar-se pela restauração do fato-crime, assim o faz internamente ao sistema penal, precisando da criminalização para ser aplicada. Legítima porque necessita que o Estado capture (processualmente) o “criminoso”, para que ela possa ser chamada a mediar.

A punição também está presente na restauração judicial e a preocupação com a reparação e a vítima recebem mais destaque que as causas do conflito. As propostas restaurativas sugerem uma substituição da pena de prisão por outra mais leve, ou seja, a ideia de retribuição ainda é bastante presente, mesmo que consensual, como se da com a reparação patrimonial, por exemplo.

O método restaurativo judicializado se distancia da voluntariedade, posto não haver uma livre aceitação da restauração, já que as partes optam por compor uma “solução”, primeiro porque foram “descobertos”, depois para evitar uma pena maior (autor) e garantir a reparação de um dano (vítima). Ou seja, cada um está a pensar em seus próprios interesses e vantagens, não havendo uma vontade genuína em restaurar a relação.

O ato aproxima-se do imperativo hipotético de Kant, pois a restauração é feita com finalidades diversas da simples vontade de restaurar.

Por isso é necessário utilizar métodos restaurativos que permitam às partes compreenderem os motivos reais da violência e do desvio sem intenções paralelas e ocultas. O autor do fato deve mudar sua postura e entender a importância sem uma contrapartida externa. Ele deve entender que, enquanto humano, tem o dever de agir com respeito com o outro, por ser essa a essência virtuosa (Kant).

Logo, para que esse ato seja o imperativo categórico de Kant, é preciso uma atuação comunitária e sem a intervenção estatal, que não passe a ideia de controle e punição.

A restauração comunitária, atuando numa fase antecedente à captura do fato crime pelo Estado, alcança muitos dos fatos que, pelo sistema tradicional, apenas constariam nas estatísticas da cifra negra da criminalidade.

A restauração não pode ser do crime, mas da violência em si. Os métodos restaurativos não devem ser aplicados apenas aos desvios conhecidos pelo sistema penal e, por isso, criminalizados, pois estaria, nesse caso, agindo pós crime, não se diferenciando do direito penal tradicional.

Sua ingerência preventiva no seio da comunidade, por meio de organismos sem qualquer pretensão punitiva ou moralista, faculta aos opositores a busca por uma mediação verdadeira em atos iniciais de conflito, que se não compreendidos podem gerar uma violência mais séria.

Assim pensa-se que a restauração possa ser um método preventivo eficaz. Sua atuação, repita-se, é sobre o desvio social e não apenas sobre o crime selecionado pelas agências penais.

Por isso, afirma-se que a verdadeira restauração deve estar alinhada à uma ideia de justiça virtuosa, ou seja, deve-se restaurar porque compreendeu a

importância e a necessidade de todos agirem a partir do exercício da “pura razão prática” (Kant) para se buscar um coletivo harmônico, sem se esquecer de que essa harmonia não é sinônimo de ausência de violência, já que essa é inerente ao ser humano.

4) Hipótese 3: *Impõe-se a condição de uma resposta restaurativa diferenciada e integral, consoante o momento da sua intervenção, podendo ser ela comunitária, processual e executória.*

Também foi CONFIRMADA, na medida em que se percebeu a necessidade de se aplicar a restauração de forma integral e diferenciada: comunitariamente e judicialmente (processual e executória).

A restauração comunitária deve estar afastada dos meios estatais, onde os envolvidos voluntariamente busquem a restauração para satisfazer um desejo interno e verdadeiro de mudança e não porque foram capturados pelas agências e estão a mercê de uma punição.

Essa restauração, regrada, mas não estatizada, é um canal aberto ao diálogo para resolver desvios sociais locais e, a princípio, leves, mas que se não solucionados podem levar a atos de violência que venham a ser percebidos pelo Estado, por meio do mecanismo da criminalização.

De forma alguma essa restauração seria um aumento de controle sobre as condutas sociais. Primeiro porque ela não é uma imposição, mas voluntária. O movimento restaurativo é convidado a conhecer a situação conflituosa que envolve os sujeitos e esses são convidados pelo movimento comunitário à mediação. Abrem-se os canais de comunicação a todos que queiram verdadeiramente reconstruir as relações.

Segundo, porque ela não é punitiva, e mesmo que conheça e atue em uma gama de atos maiores que a restauração judicial, não estigmatiza os envolvidos e não os controla. Em resumo, não é uma instância de poder.

A restauração comunitária, aplicada por entidades civis, objetiva a prevenção do desvio maior. Nessa fase, estão presentes as reais características da restauração – voluntariedade, ausência de seletividade e de sanção. As técnicas são direcionadas para que o autor do desvio consiga, verdadeiramente, compreender os motivos que o levaram ao ato e, a partir de então, motivar-se a não o repetir, ou, numa perspectiva até mais preventiva, não o fazer.

Mas é evidente que muitos desvios chegarão até o sistema penal e nesse momento, superada a intervenção comunitária, é preciso que se organize uma restauração judicializada, com características e funções próprias.

A Justiça Restaurativa Processual, diferentemente e até pelas suas limitações, busca evitar o ingresso do sujeito no sistema carcerário, residindo, aí, sua importância.

Mesmo que a restauração processual traga consigo os miasmas do sistema de controle penal, ela é importante por traçar novas rotas à justiça criminal, demonstrando a necessidade de, em alguns casos, substituir a pena privativa por outra medida restauradora, evitando o encarceramento e todos os problemas provenientes dele.

Numa terceira etapa surge a Justiça Restaurativa Executória, que tem sua importância na prevenção da dessocialização do recluso e na redução dos efeitos da prisionização.

A conclusão sugerida por Simon Green, alinha-se ao pensamento adotado por esse trabalho:

Em alternativa, a justiça restaurativa pode ser separada ou paralela à justiça criminal. Se libertada das preocupações da justiça criminal, a justiça restaurativa pode operar independentemente e sem recurso à linguagem e significado inerentes à estrutura da justiça criminal. As duas podem, então, trabalhar em conjunto: a justiça criminal prestando justiça processual e a justiça restaurativa, substancial. Deste modo,

também é possível proteger os ideais restaurativos com uma variedade de serviços mais ampla que podem gerar entendimento e cura sem as preocupações sobre punição e responsabilidade. Nesta estrutura também é possível antever um conjunto de outras formas através das quais tanto as vítimas como os infratores podem ser ajudados a ultrapassar as consequências do crime e conflito. Considerar a justiça restaurativa como uma justiça separada e paralela à justiça criminal cria o espaço conceptual para facilitar tanto um contexto separado para a justiça restaurativa trabalhar e que permite às vítimas e aos infratores acederem e iniciar serviços independentemente um do outro. Nesta estrutura, torna-se possível imaginar como certos 55 tipos de grupos de terapia ou auto-ajuda podem ser disponibilizados em conjunto com as iniciativas da justiça restaurativa e com base no mesmo conjunto de valores (por exemplo, o estudo piloto de Smeets e Muylkens (2008) sobre aconselhamento de grupo para vítimas). Assim, a justiça restaurativa torna-se uma opção, e não a opção, para lidar com as necessidades das vítimas, infratores e comunidade.⁷⁰⁰

Em resumo, se hoje tem-se uma aceitação da restauração judicial, ainda que com algumas dificuldades para sua implementação, tanto em Portugal, como no Brasil, se faz urgente um movimento mais radical, que desloque essa “restauração” também para a comunidade.

Sabe-se que retirar o poder de decidir do judiciário contraria toda a estrutura moderna de solução de conflitos e, por isso, é preciso avançar lentamente, papel que a restauração judicial está fazendo, mesmo que com algumas simbologias e vícios iguais ao modelo retributivo.

Fica, assim, o incentivo para pesquisas futuras, no sentido de avaliar a forma como se daria a implementação do método restaurativo comunitário, sua regulamentação e limites de atuação, bem como a efetivação e regulamentação da restauração processual e executória, ideias que precisam ser discutidas com seriedade e urgência.

⁷⁰⁰ GREEN, Simon. **Em nome da vítima**: Manipulação e significado no âmbito do paradigma restaurativo. *In* Vítimas e Mediação. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf. p. 54-55. Acessado em 21 de maio de 2018.

Só com esse avanço é que se pode visualizar uma aplicação integral e diferenciada da Justiça Restaurativa.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

AGRA, Cândido da; CASTRO, Josefina. **Mediação e justiça restaurativa: esquema para uma lógica do conhecimento e da experimentação.** Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/25028/2/49820.pdf>.

ALBRECHT, Peter-Alexis. *El derecho penal em la intervención de la política populista.* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal.** Granada: Editorial Comares, 2000.

ALESSI, Gil. **Massacre em presídio de Manaus deixa 56 detentos mortos.** El País. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/02/politica/1483358892_477027.html.

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal.** Coimbra: Separata do Vol. XXI do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980.

ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena.** Coimbra: Coimbra, 1984.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão da segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização,** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia de la liberación.** Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987.

ARENDDT, Hannah. **Da violência.** Tradução de Maria Cláudia Drummond. Rio de Janeiro: Vozes, 1994.

ARISTÓTELES. **A Política: texto integral.** São Paulo: Ed. Martin Claret, 2005.

ARNOLD, Jörg. *La superación del pasado de la RDA ante las barreras del derecho penal del estado de derecho.* In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal.** Granada: Editorial Comares, 2000.

AZEVEDO, André Gomma de. *O Componente de Mediação Vítima-Ofensor na Justiça Restaurativa: Uma Breve Apresentação de uma Inovação*

Epistemológica na Autocomposição Penal. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

BANDURA, A., AZZI, R. G., & POLYDORO, S. A. J. **Teoria social cognitiva: conceitos básicos**. Porto Alegre: Artes Médicas. 2008.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BASSO, Murilo. **Coréia do Sul deu salto ao priorizar ensino básico – ao contrário do Brasil**. Gazeta do Povo. Disponível em <https://www.gazetadopovo.com.br/educacao/coreia-do-sul-deu-salto-ao-priorizar-ensino-basico--ao-contrario-do-brasil-0t7zs2apxhtbspap3kdhdbvii/>.

BATISTA JÚNIOR, Paulo Nogueira. **O Consenso de Washington: a Visão Neoliberal dos Problemas Latino-Americanos** in Paulo Nogueira Batista: *Pensando o Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

BAUDRILLARD, Jean. **À sombra das maiorias silenciosas: O fim do social e o surgimento das massas** Brasília: Editora Brasiliense, 1985.

BAUMAN, Zygmunt. **Comunidade: a busca por segurança no mundo atual**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lúcia Guidicini e Alessandro Berti Contessa, São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BECK, Ulrich. *La reinvencción de la política: hacia una teoría de la modernización reflexiva* in BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva: política, tradición y estética em el orden social moderno**. Madri: Alianza Editorial 1997.

BECKER, Howard S. **Outsiders: Estudos de sociologia do desvio**. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BENJAMIM, Walter. **Para uma crítica da violência**. In: BENJAMIN, W. Escritos sobre mito e linguagem. Tradução de Ernani Chaves. Organização de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Editora 34; Duas Cidades, 2011.

BENTHAM, Jeremy. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Tradução: Luiz João Baraúna. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BERISTAIN, Antonio. **Nova criminologia à luz do direito penal e da vitimologia**. Tradução de Cândido Furtado Maia Neto, Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: Causas e alternativas**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

BOBBIO, Norberto: **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 11. ed. Rio Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOFF, Leonardo. **A violência: uma contribuição a suas várias interpretações**. disponível em <https://leonardoboff.wordpress.com/2016/07/11/a-violencia-uma-contribuicao-a-suas-varias-interpretacoes/>.

BRANCHER, Leoberto Narciso. **A escuta das vítimas como inspiração para uma releitura da justiça juvenil**. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf.

BRANCHER, Leoberto Narciso; SILVA, Susiâni. **Justiça para o Século 21**. Porto Alegre: Nova Prova, 2008.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal: parte geral**. 2 ed., São Paulo: Atlas, 2015

BUSATO, Paulo César. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 5 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

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

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei 7006/2006**. Disponível em http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=67112BCAE4CDBE3B374ED62BD01C2667.proposicoesWeb1?codteor=393836&filenome=PL+7006/2006.

CAMUS, Albert. **O homem revoltado**. Rio de Janeiro: Record, 1996.

CAPPELA, Juan Ramon. **Fruto Proibido**: uma aproximação histórico-teórica ao estudo do direito e do Estado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

CAPRA, Fritjof. **O Tao da Física**: um paralelo entre a física moderna e o misticismo oriental. Tradução de José Fernandes Dias. São Paulo: Cultrix, 1983.

CARLEN, Pat. **Contra o evangelismo na criminologia acadêmica**: pela criminologia como uma arte científica. Tradução de Leandro Ayres França. Revista Justiça e Sistema Criminal. V. 5, n. 9, jul./dez. 2013, Curitiba: FAE Centro Universitário.

CARTA DE BRASÍLIA. Disponível em www.mj.gov.br/reforma/eventos/conf_internacional/carta%20brasil%2001072005.pdf.

CARVALHO, Américo Taipa de. **Condicionalidade sócio-cultural do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito, vol. LVIII, Coimbra, 1982.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Direito Penal a marteladas**: algo sobre Nietzsche e o Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CARVALHO, Fred. **Rebelião mais violenta da história do RN tem 26 mortos, diz governo**. G1. Disponível em <http://g1.globo.com/rn/rio-grande-do-norte/noticia/2017/01/rebeliao-mais-violenta-da-historia-do-rn-tem-27-mortos-diz-governo.html>.

CARVALHO, Bruna. **Investimento e disciplina fizeram da Coreia do Sul uma campeã em educação**. Último Segundo - iG. Disponível em <https://ultimosegundo.ig.com.br/educacao/2013-06-05/investimento-e-disciplina-fizeram-da-coreia-do-sul-uma-campea-em-educacao.html>.

CHOMSKY, Noan. **O lucro ou as pessoas?** 3. Ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Uma razoável quantidade de crime**. Tradução de André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

CLAASSEN, Ron. **Restorative Justice Principles** (full version), 1996. Disponível em: <http://peace.fresno.edu/docs/rjprinc2.html>. Acessado em 14 de setembro de 2018.

COELHO, Rute. **Há cadeias no país com o dobro da população prisional que deviam ter**. Diário de Notícias. Disponível em <https://www.dn.pt/portugal/interior/ha-cadeias-no-pais-com-o-dobro-da-populacao-prisional-que-deviam-ter-5507376.html>.

COETZEE, J. M. **À espera dos bárbaros**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

COHEN, Dan Booth. **Systemic family constellations and their use with prisoners serving long-term sentences for murder or rape**. Disponível em <http://www.konsteliacijosd.lt/multisites/konsteliacijos/images/stories/Simonos/cohen--2008-dissertation-family-constellations.pdf>. Acessado em 18 de julho de 2017, p. 96-145.

COHEN, Stanley. **Visiones de control social**. Tradução de Elena Larrauri. Barcelona: PPU, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pesquisa revela frustração de mulheres vítimas de violência com a justiça**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85601-pesquisa-revela-frustracao-de-mulheres-vitimas-de-violencia-que-buscam-solucao-na-justica>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Pilotando a Justiça Restaurativa: o papel do poder judiciário**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/10/552d371330ac678e682e18267e4dd440.pdf>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Estudo identifica justiça restaurativa emergente e carregada de mitos**. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85599-pesquisa-identifica-justica-restaurativa-emergente-e-carregada-de-mitos>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Novo diagnóstico de pessoas presas no Brasil**. Brasília, junho/2014. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correc ao.pdf.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça Restaurativa é aplicada em Presídios**. Notícias. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/85196-justica-restaurativa-e-aplicada-em-presidios>.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Resolução n. 125 do CNJ**. Disponível em http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/Resolucao_n_125-GP.pdf.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em <http://www.cncmp.gov.br/portal/images/stories/Noticias/2012/Apresentao2.pdf>.

CONDE, Francisco Muñoz. **Direito penal e controle social**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

COSTA, José de Faria. **Ler Beccaria hoje**: ensaio introdutório a Dos Delitos e das Penas, de Cesare Beccaria. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

COSTA, José de Faria. **Noções fundamentais de direito penal**. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o Conteúdo do Processo Penal**. Curitiba: Juruá. 1998.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Punitivismo desmedido e ideológico (a posição de Jörg Stippel). *In Questões atuais do Sistema Penal*: estudos em homenagem ao Professor Roncaglio. Paulo César Busato (Coord.). Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2013.

COVER, Robert M. **Violence and the Word**. Faculty Scholarship Series. Paper 2708, 1986.

DAWKINS, Richard. **O gene egoísta**. São Paulo: Companhia das letras, 2007.

DECLARAÇÃO IBERO-AMERICANA DE JUSTIÇA JUVENIL RESTAURATIVA. Disponível em <http://justiciajuvenilrestaurativa.org/publicaciones/brasil/7.pdf>.

DIAS, Daniel Baliza; MARTINS, Fábio Antônio. **Justiça restaurativa**: os modelos e as práticas. Disponível em: www.idespbrasil.org/arquivos/Artigo_81.pdf >.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: O homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito Penal** – Parte Geral, Tomo I, 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. V 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DICKENS, Charles. **Um Conto de Duas Cidades**. Tradução de Sandra Luzia Couto. São Paulo: Nova Cultural, 2011.

DITTRICH, Maria Glória; ULRICH, Maria Carolina. **Razão técnica e razão ontológica: estruturas para compreender espiritualidade**. IV Encontro Mãos de Vida - Anais - 15 e 16 de maio de 2014. Disponível em <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/aemv/article/view/9127/5062>.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Paulo Neves, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DURKHEIM, Émile. **Da divisão do trabalho social**. Tradução de Eduardo Brandão, 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

DURKHEIM, Emile. **Dos leyes de la evolución penal**. Traducción. Mónica Escayola Lara Delito y Sociedad. Revista de Ciencias Sociales. N° 13, 1999.

EINSTEIN, Albert. **Como vejo o mundo**. Tradução de H. P. de Andrade, 11 ed., Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1981.

FAGÚNDEZ, Paulo Ronay Ávila (org.). **Retratos dos cursos jurídicos em Santa Catarina**: elementos para uma educação jurídica. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2002.

FAZZALARI, Elio. **Instituzioni di Diritto Processuale**. 5 ed., Padova: CEDAM, 1989.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 9 ed., Madri: Trotta, 2009.

FERRY, Luc. **Famílias, amo vocês**: política e vida privada na era da globalização. Tradução de Jorge Bastos, Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

FIGLIO, Robert M., SELLIN, Thorsten e WOLFGANG, Marvin E. **Delinquency in a Birth Cohort**, citado por Dieter, Maurício Stengemann. *Política Criminal actuarial: A Criminologia do fim da história*. 2002 p. 94-96 f. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/28416/R%20-%20T%20-%20MAURICIO%20STEGEMANN%20DIETER.pdf?sequence=1>.

FILETI, Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Florianópolis: Conceito Editora, 2009.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais, Rio de Janeiro: Nau Editora, 2002.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal: parte geral*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 559.

FREINET, Célestin. **Pedagogia do bom senso**. Tradução de J. Batista, São Paulo: Martins, 2004.

FREUD, Sigmund. **Obras completas volume 12: Introdução ao narcisismo, ensaios de mentapsicologia e outros textos (1914-1916)**. Tradução de Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras.

FREUD, Sigmund. **Psicologia das massas e análise do eu**. Tradução de Renato Zwick. Porto Alegre: L&PM, 2014.

FREUND, Georg. *Sobre la función legitimadora de la idea de fin em el sistema integral del derecho penal*. In WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Barcelona: Marcial Pons, 2004.

FROESTAD Jan; SHEARING, Clifford. *Prática da justiça: O Modelo Zwelethemba de Resolução de Conflitos*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

FUSCO, Nicole. **Motorista do uber é espancado por dez taxistas em Porto Alegre**. Veja. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/motorista-do-uber-e-espancado-por-dez-taxistas-em-porto-alegre/>.

GALEANO, Eduardo. **Espelhos**: uma história quase universal. Tradução de Eric Nepomuceno. 2. ed. Porto Alegre: L&PM, 2009.

GARCIA BASALO, J. C. **Tercer Coloquio de la Fundación Internacional Penal y Penitenciária**. Revista de Estudios Penitenciários. Madri, ano XXVIII, nº 199.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker, 5 reimpressão, São Paulo: Editora Unesp, 1991.

GIDDENS, Anthony; LASH, Scott. **Modernización reflexiva**: política, tradición y estética em el orden social moderno. Madri: Alianza Editorial 1997.

GIDDENS, Anthony. **Política, Sociologia e Teoria Social**: Encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo. Tradução de Cibele Saliba Rizek, 1ª Reimpressão, São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 1998.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 4 ed., Tradução de Alexandra Figueiredo, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

GIRARD, René. **Aquele por quem o escândalo vem**. São Paulo: Realizações, 2011.

GIRARD, René. **Mentira romântica e verdade romanesca**. Tradução de Lilia Ledon da Silva, São Paulo: Realizações, 2009.

GIRARD, René. **O bode expiatório**. Tradução de Ivo Storniolo. São Paulo: Paulus, 2004.

GOFFMAN, Erwing. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. 4 ed., Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1963.

GOMES, Adelino. **Número de ex-presos que reincidem no crime é desconhecido em Portugal** Público PT. Disponível em <https://www.publico.pt/2006/11/19/sociedade/noticia/numero-de-expresos-que-reincidem-no-crime-e-desconhecido-em-portugal-1277071>.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. **Técnica processual e Teoria do Processo**. 2 ed., Belo Horizonte: Del Rei Editora, 2012.

GOUVEIA, João Tiago de Freitas. **A Justiça Restaurativa como mediador entre o Sistema e o Mundo da Vida habermasiano**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Minho. Apresentada em julho de 2016. Disponível

em

<http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/42806/1/Jo%C3%A3o%20Tiago%20de%20Freitas%20Gouveia.pdf>.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 6 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO, Luís. **Hacia la superación de viejas certezas**: la ciencia latinoamericana del derecho penal entre revelación y deconstrucción. Revista En Letra, ano 1, nº 2, mayo de 2016, Argentina, p. 5. Disponível em http://media.wix.com/ugd/e7bffd_7964fcacc28947bab5c8aa7651a2219a.pdf.

GREEN, Simon. **Em nome da vítima**: Manipulação e significado no âmbito do paradigma restaurativo. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf.

GUIMARÃES, Claudio Alberto Gabriel. **Funções da pena privativa de liberdade no sistema penal capitalista**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

HALL, Stuart. **Da Diáspora**: identidades e mediações culturais. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003.

HASSEMER, Winfried; CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirantlo Blanch, 1989.

HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidade**: bases para uma Teoria de la Imputación em Derecho Penal. Trad. De Francisco Muñoz Conde e Maria Díaz Pita, Valência: Tirant do Blanch, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. *La reparación del daño em el marco del Derecho penal materialin* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992.

HOLLIS, James. **Sob a sombra de saturno**: a ferida e a cura dos homens. Tradução de Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Paulus, 1997.

HOYLE, Carolyn. *The case For restorative justice*. In: HOYLE, Carolyn; CUNNEEN, Chris. **Debating restorative justice**. Oxford e Portland: Hart Publishing, 2010.

HUDSON, Joe. **Introduction to Family Group Conferences**: perspectives on policy and practice, 1, 4, 1996, apud Erik Luna. op. cit., n. 118.

IMMARIGEON, Russ. *Restorative Justice, Juvenile Offenders and Crime Victims*. In: **Restorative Juvenile Justice**: Repairing the Harm of Youth Crime, 1999.

IPEA. **A aplicação de penas e medidas alternativas**. Disponível em http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatoriopesquisa/150325_relatorio_aplicacao_penas.pdf.

JACCOUD, Mylène. *Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa*. In In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. *The meaning of restorative justice*. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. (Orgs.). **Handbook of restorative justice**. Cullompton e Portland: Willan Publishing, 2007.

JONAS, Hans. **O princípio vida**: Fundamentos para uma biologia filosófica. Petrópolis: Vozes, 2004.

JUNIOR, Airto Chaves. **A construção de sentidos em torno das violências nas prisões**: a violência sistêmica do universo intramuros e o seu (violento) reflexo no mundo externo. Tese de Doutorado defendida em fevereiro de 2017, pela Universidade do Vale do Itajaí e Universidade de Alicante/Espanha.

JUNIOR. Airto Chaves. **Além das grades**: A paralaxe da violência nas prisões brasileiras. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018.

JUNG, Carl Gustav. **Os arquétipos e o inconsciente coletivo**. 7 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

KANT, Immanuel. **Metafísica dos costumes**. 1 ed. Bauru: Edipro, 2003.

KRAMER, Heinrich; SPRENGER, James. **O martelo das feiticeiras**. Rio de Janeiro: Rosa os Tempos, 1997.

LACAN, Jacques. **Escritos**. Tradução de Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

LACAN, Jacques. **O simbólico, o imaginário e o real**: Conferência de 08 de julho de 1953 na Sociedade Francesa de Psicanálise. Tradução de Paulo Roberto Medeiros e Jacques Bourgeois, Texto Publicado na Revista Veredas nº 4.

LACERDA, Sttela Maris Nerone. **Execução Restaurativa**: Pra Valer a Pena. Disponível em http://pitangui.uepg.br/eventos/justicarestaurativa/_pdf/ANAIS2016/EXECUC3%87%C3%83O%20RESTAURATIVA%20-%20PRA%20VALER%20A%20%20PENNA.pdf.

LAÍN ENTRALGO, P. **La espera u la esperanza**: historia y teoria del esperar humano. Revista de Occidente, Madrid, 1962.

LAINETTI, Manoela de Oliveira. **Justiça restaurativa e transformação do laço social**: adolescência e autoria do ato infracional. 2009, p. 30. Dissertação (Mestre em Psicologia Social) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_arquivos/25/TDE-2010-03-03T10:37:01Z>.

LARRAURI, Elena. **Criminologia Crítica**: Abolicionismo y Garantismo. Revistas de Estudos Criminais, 25, Porto Alegre: Nota Dez.

LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las victimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Coleção Pesnadores, Delraux, 1980.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2012.

LEITE, André Lamas. **Execução da Pena Privativa de Liberdade e Ressocialização em Portugal**: Linhas de um Esboço. Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias. Conselho Penitenciário do Estado – COPEN. Ano 1 – nº 01 Agosto/2011. Disponível em <https://repositorio-aberto.up.pt/bitstream/10216/56629/2/49790.pdf>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. **Entre nós**: ensaios sobre a alteridade. Tradução de Pergentino Stefano Pivatto. Petrópolis: Editora Vozes, 2004.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 10 ed., 2013.

LUCAS, Doglas Cesar. **Conflitos identitários e mediação**: o vir à fala das diferenças. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação*: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

LUCAS, Doglas Cesar (org.). **Justiça Restaurativa e mediação**: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

MAFFESOLI, Michel. **A parte do diabo**. Tradução de Clóvis Marques, Rio de Janeiro: Record, 2004.

MAFFESOLI, Michel. **A transfiguração do político**: a tribalização do mundo. Tradução de Juremir Machado da Silva, 3 ed., Porto Alegre: Sulina, 2005.

MAFFESOLI, Michel. **A violência totalitária**: ensaio de antropologia política. Porto Alegre: Sulina, 2001.

MAFFESOLI, Michel. **O imaginário é uma realidade**. Revista FAMECOS, Porto Alegre, nº 15, agosto de 2001.

MAFFESOLI, Michel. **O tempo das tribos**: o declínio do individualismo nas sociedades de massa. Tradução de Maria de Lourdes Menezes. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

MARSHALL, Tony. **The evolution of restorative justice in Britain**. *EuropJCL &Crim*, 4, 1996.

MATÍNEZ, Gregório Peces-Barba, **Curso de derechos fundamentales**: teoria general. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 1995.

MEDIAÇÃO VÍTIMA-INFRACTOR EM PORTUGAL. Disponível em https://apav.pt/apav_v3/index.php/pt/justica-restaurativa/mediacao-vitima-infractor-em-portugal.

MEDNICOFF, Elizabeth. **Dossiê Jung**. São Paulo: Universo dos Livros, 2008.

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

MELO, Osvaldo Ferreira de. **Fundamentos da política jurídica**. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1993.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Tradução de Tadeu Antonio Dix Silva e Maria Clara Veronesi de Toledo, São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

MIERS, David. **Justiça Restaurativa: assimetrias de desenvolvimento na Europa**. In *Seminário Internacional Dikê - Proteção e Promoção dos Direitos das Vítimas de Crime na Europa*. 2003, Lisboa: Apav, 2003.

MILAZZO, Cristhyan Martins Castro. **Justiça restaurativa: caminhos de fraternidade, direitos humanos e dignidade social**. 2008. Dissertação (Mestre em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2008, p. 98. Disponível em: <http://tede.biblioteca.ucg.br/tde_arquivos/22/TDE-2013-12-17T144113Z>.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1991.

MINISTÉRIO DA MULHER, DA FAMÍLIA E DOS DIREITOS HUMANOS. Brasil. Disponível em <https://www.mdh.gov.br/sdh/noticias/2018/janeiro/divulgado-levantamento-anual-do-sistema-nacional-de-atendimento-socioeducativo>.

MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba: Juruá, 1998.

MONTE, Mário Ferreira. **Da realização integral do direito penal**. Boletim da Faculdade de Direito. *Stvdia Ivridica* 92, Ad Honorem – 3, Universidade de Coimbra: Coimbra Editora.

MONTE, Mário Ferreira. *Tutela jurídica dos direitos humanos: uma visão transconstitucional*. In MONTE, Mário Ferreira; BRANDÃO, Paulo de Tarso (coordenadores). **Direitos Humanos e sua efetivação na era da transnacionalidade**. Curitiba: Juruá, 2012.

MOORE, Christofer W. **O processo de mediação**: estratégias práticas para a resolução de conflitos. Tradução de Magda França Lopes. Porto Alegre: Artmed, 1998.

MORIN, Edgar. **A noção de sujeito**. In D. F. Schnitman (Org.), *Novos paradigmas, cultura e subjetividade*. Porto Alegre: Artes Médicas. 1996.

MORIN, Edgar. **A via para o futuro da humanidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2013.

MORRIS, Alisson. **Critiquing the critics**: a brief response to critics of restorative justice. *The British Journal of Criminology*, v. 42, n. 3, p. 596-615, 2002.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Função motivadora da norma penal e “marginalização”**. *Revista Justitia*. São Paulo. 48 (135): 32-38, jul./set. 1986.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **La relación entre sistema del derecho penal y política criminal**: historia de una relación atormentada. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 27, ano VII, out.-dez. 2007.

MUYLKENS, Leen; SMEETS, katrien. Para além do infractor: um grupo de aconselhamento para vítimas de crimes. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf.

NAÍM, Mosiés. **Ilícito**: O ataque da pirataria, da lavagem do dinheiro e do tráfico à economia global. Tradução de Sérgio Lopes, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2006.

NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL. **Relator da ONU condena prática de tortura e ‘racismo institucional’ nos presídios brasileiros**. Disponível em <https://nacoesunidas.org/relator-da-onu-condena-pratica-de-tortura-e-racismo-institucional-nos-presidios-brasileiros/>.

NEGRÃO, João José. **Para conhecer o Neoliberalismo**. São Paulo: Publisher Brasil, 1998.

NESS, Daniel W. Van. **The Shape of Things to Come**: A Framework for Thinking about A Restorative Justice System. 2000, p. 15. Disponível em <http://restorativejustice.org/10fulltext/vanness9.pdf>.

NEVES, A. Castanhera. **Apontamentos de metodologia jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1988-1989.

NIETZSCHE, Friedrich. **A gaia ciência**. São Paulo: Companhia das Letras, 5ª reimpressão, 2009.

NIETZSCH, Friedrich. **Além do bem e do mal: prelúdio a uma filosofia do futuro**. Tradução de Renato Zwick, Porto Alegre: L&PM, 2015.

NIETZSCHE, Friedrich. **A vontade de poder**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2008.

NIETZSCHE, Friedrich. **Crepúsculos dos ídolos**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

NIETZSCHE, Friedrich. **Escritos sobre Direito**. Rio de Janeiro: Loyola, 2009.

OLDONI, Fabiano; 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.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; GIRARDI, Maria Fernanda Gugelmin. **Direito Sistêmico: Aplicação das Leis de Bert Hellinger ao Direito de Família e ao Direito Penal**. Joinville: Editora Manuscritos, 2017.

OLDONI, Fabiano; LIPPMANN, Márcia Sarubbi; OLDONI, Everaldo Luiz. **Justiça Restaurativa Sistêmica**. Joinville: Editora Manuscritos, 2018.

OLDONI, Fabiano. LIPPMANN, Márcia Sarubbi. **Constelação sistêmica na Execução Penal: Metodologia para sua implementação**. Joinville: Manuscritos Editora, 2018.

OLDONI, Fabiano; OLIVEIRA, Álvaro Borges. **Aquisição da propriedade ilícita pela usucapião**. Jundiaí: Paco Editora, 2013.

OLDONI, Fabiano; SILVEIRA, Ana Flávia da. *O elã segregador: a arte de encontrar alguém para odiar*. In OLDONI, Fabiano; SILVA, Pollyanna Maria da (organizadores). **Estudos sobre o sistema prisional: da seletividade à ilegalidade**. Joinville: Manuscritos Editora, 2017.

OLMO, Rosa del. **A América Latina e sua criminologia**. Tradução de Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn. 2 ed., Rio de Janeiro: Revan, 2017.

OXHORN, Philip; SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

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

PARKER, L. Lynette. *Justiça Restaurativa: Um Veículo para a Reforma?* In SLAKMON, Catherine; VITTO, Renato Campos Pinto de; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

PASOLD, Cesar Luiz. **Prática da Pesquisa jurídica e Metodologia da pesquisa jurídica**. 10.ed. Florianópolis: OAB-SC Editora, 2007.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: Teorías burguesas y proyecto hegemónico**. Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. 1 ed., Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PEDROSO, João. **Percursos(s) da(s) reforma(s) da administração da justiça - uma nova relação entre o judicial e o não judicial**. Direito e Democracia. Canoas vol. 4, n.1 1º sem. 2003 p. 47-89.

PLATÃO. **Protágoras**. São Paulo: Editora Perspectiva. 2017.

PONTES, Felipe. **Após massacres, OAB vai acionar Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Correio. Disponível em <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/apos-massacres-oab-vai-acionar-corte-interamericana-de-direitos-humanos/>.

PRANIS, Kay; BOYES-WATSON, Carolyn. **No coração da esperança**: guia de práticas circulares. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas. 2011.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. Tradução de Tônia Van Acker, São Paulo: Palas Athenas, 2010.

PRITTWITZ, Cornelius. *El derecho penal alemán: fragmentário? subsidiario? ultima ratio?* In Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000.

PRUDENTE. Neemias Moretti. **Justiça Restaurativa e experiências brasileiras**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação*: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

PRUDENTE, Neemias Moretti. **CNJ e AMB lançam campanha nacional para ampliar Justiça Restaurativa**. Blog Justiça Restaurativa em Debate. Disponível em <http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2015/05/cnj-e-amb-lancam-campanha-nacional-para.html?m=1>.

PINTO, Renato Sócrates Gomes. *Justiça Restaurativa: é possível no Brasil?* In SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Pinto Campos; PINTO, Renato Sócrates Gomes (org.). **Justiça Restaurativa**: Coletânea de Artigos. Brasília - DF: Ministério da Justiça e pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento - PNUD, 2005.

POE, Edgar Allan. **Os melhores contos de Edgar Allan Poe**. São Paulo: Círculo do Livro, 1989.

PUIG, Santiago Mir. **Introducción a las bases del Derecho Penal**: concepto y método. 2 ed., Buenos Aires: B de F Editorial. 2003.

REDAÇÃO. **Adolescentes de 16 a 18 anos cometem 70% dos atos infracionais em São Paulo**. Estadão. Disponível em <https://veja.abril.com.br/brasil/adolescentes-de-16-a-18-anos-cometem-70-dos-atos-infracionais-em-sao-paulo/>.

REVISTA CULT. Edição 134, disponível em <http://revistacult.uol.com.br/home/2010/03/entrevista-rene-girard/>.

REVISTA FÓRUM. Disponível em <http://www.revistaforum.com.br/2014/06/03/uruguai-apos-regulacao-da-maconha-mortes-por-trafico-chegam-zero/>

ROBAINA, Daniele Ramires da Silva; ALMEIDA, Bruno Rotta. **Justiça Restaurativa: A Possibilidade de Aplicação do novo Paradigma de Justiça ao Cárcere.** Disponível em https://wp.ufpel.edu.br/libertas/files/2014/09/SA_01428.pdf.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito.** Curitiba: Juruá, 2012.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Novo olhar sobre a questão penitenciária: Estatuto jurídico do recluso e socialização, jurisdicionalização, consensualismo e prisão.** Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Consensualismo e prisão.** Documentação e Direito Comparado, n. 79/80, 1999, disponível em <http://www.gddc.pt/actividade-editorial/pdfs-publicacoes/7980-c.pdf>.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **Polémica actual sobre o pensamento da reinserção social** – separata da obra Cidadão Delinquente: Reinserção social? Lisboa: Instituto de Reinserção Social, 1983.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no Século XXI.** Rio de Janeiro: Zahar, 2006.

ROSA, Alexandre Moraes da; CARVALHO, Thiago Fabres de. **Processo Penal eficiente e ética da vingança: em busca de uma criminologia da não violência.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Mediação e ECA.** In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Douglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.* Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 3 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos.** 4 ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Mediación contextual: el enigma de la violencia y de la mediación com adolescentes.** Disponível em <http://emporiiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/09/livreto-bx.pdf>.

ROSSI, Mariane. **Mulher espancada após boatos em redes social, morre em Guarujá – SP.** G1. Disponível em <http://g1.globo.com/sp/santos-regiao/noticia/2014/05/mulher-espancada-apos-boatos-em-rede-social-morre-em-guaruja-sp.html>.

ROUSSEAU, Jean-Jaques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens.** Tradução de Paulo Neves, Porto Alegre: L&PM, 2014.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal: Fundamentos.** La estructura de la Teoria del Delito. Parte General. Tomo I. Traducion de Diego-Manuel Luzón Peña. 2 ed., Madrid: Civitas Ediciones, 1997.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal.** Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROXIN, Claus. **Tem futuro o direito penal?** Tradução de Luis Greco, autorizado pelo autor. RT-790 – Agosto de 2001 – 90º ano.

ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparacion del daño in* ROXIN, Claus; ESER, Albin; HIRSCH, Hans Joachim; CHRISTIE, Nils; MAIER, Julio B. J.; BERTONI, Eduardo Andrés; BOVINO, Alberto; LARRAURI, Elena. **De los delitos y de las victimas.** Buenos Aires: Ad-Hoc S. R. L, 1992.

RUGGIERO, Vincenzo. **Anabolitionist view of restorative justice.** International Journal of Law, Crime and Justice, v. 39, n. 2, 2011.

RUIC, Gabriela. **Estupro e canibalismo: os horrores da guerra no Sudão do Sul.** Exame. Disponível em <https://exame.abril.com.br/mundo/estupro-e-canibalismo-os-horrores-da-guerra-no-sudao-do-sul/>.

RZEPKA, Dorothea. *Frente a la violència ultraderechista o xenófoba, más derecho penal? In* Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal.** Granada: Editorial Comares, 2000.

SALASIN. Susan Salasin. **Introduction: a blow of redirection.** Invisible Wounds: Crime Victims Speak, Binghampton. Nova Iorque: Harrington Park Press, 1986.

SANCHEZ, Jesús-María Silva. *Introducción: dimensiones de la sistematicidad de la teoría del delito*. In WOLTER, Jüger; FREUND, Georg (eds.). **El sistema integral del derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal**. Barcelon: Marcial Pons, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo, 21 ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

SANT'ANNA, Marina de Cerqueira. **Culpabilidade e Neurociência**. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/culpabilidade-e-neurociencia-por-marina-de-cerqueira-santanna/>.

SANTANA, Ana Lucia. **Mensagem subliminar**. Infoescola. Disponível em <http://www.infoescola.com/psicologia/mensagem-subliminar/>.

SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça Restaurativa: A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SANTOS, Cláudia Cruz. **A justiça restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da justiça penal: porquê, para quê e como?** 1 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria da Pena: fundamentos políticos e aplicação judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

SANTOS, Maria José Moutinho. **A sombra e a luz: as prisões do liberalismo**. Porto: Edições Afrontamento. 1999.

SARTRE, Jean-Paul. **O ser e o nada**. 10 ed., Petrópolis: Vozes, 2001.

SCHAUER, Frederik. **Las Reglas en Juego: Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas, en el Derecho y en la vida cotidiana**. Madri: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2004.

SCHIJNDEL, Renske van. **Confidencialidade na mediação vítima-infractor**. In *Vítimas e Mediação*. Associação Portuguesa de Apoio à Vítima. 2008. Disponível em http://www.apav.pt/pdf/Victims_Mediation_PT.pdf.

SICA, Leonardo. **Justiça Restaurativa e Mediação Penal: O novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SICA, Leonardo. **Mediação e reconstrução do sistema de regulação social “crime-pena”**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

SILAS FILHO, Paulo. **O direito pela literatura: algumas abordagens**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SILVA, Joana Aguiar e. **A prática judiciária entre direito e literatura**. Coimbra: Almedina, 2004.

SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). **Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e alteridade**. In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais*. Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

SPOTNIKS. Disponível em <http://spotniks.com/confira-o-que-esta-acontecendo-colorado-9-meses-apos-legalizacao-da-maconha/>.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: Uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 5 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

STRECK, Maria Luiza Schäfer. **Direito Penal e Constituição: a face oculta da proteção dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SÜB, Frank. *El trato actual del mandato de determinación*. In CASABONA, Carlos María Romeo. **La insostenible situación del derecho penal**. Granada: Editorial Comares, 2000.

TAYLOR, S. E., & FISKE, S. T. (1978). Salience, attention, and attribution: Top-of-the-head phenomena. In L. Berkowitz (Ed.), *Advances in Experimental Social Psychology* (Vol. 11, pp. 249-288). New York: Academic Press. Second most-cited in 1982 SSCI, of articles from 1977 to 1981; D. Perlman (1984) *Personality and Social Psychology Bulletin*, 10, 493-501.

TIBURI, Márcia. **Como conversar com um fascista: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro**. Rio de Janeiro: Record, 2015.

TIBURI, Márcia. **Filosofia prática: ética, vida cotidiana, vida virtual.** Rio de Janeiro: Record, 2014.

TOLSTOI, Liev. **A morte de Ivan Ilitch.** Rio de Janeiro: Ediouro, 1998.

TOLSTOI, Leon. **Ressureição.** Tradução de Ilza das Neves e Heloisa Penteado. Rio de Janeiro: Martins, 1957.

Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Justiça restaurativa para a penitenciária de florianópolis será realidade já em 2019.** SALA DE IMPRENSA. DISPONÍVEL EM <https://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/-/justica-restaurativa-para-a-penitenciaria-de-florianopolis-sera-realidade-ja-em-2019>.

TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos.** 3. ed. São Paulo: Peirópolis, 2011.

VAN CAMP, Tinneke; DE SOUTER, Vicky. *Restorative justice in Belgium.* In: MIERS, David; AERTSEN, Ivo (Eds.). **Regulating restorative justice: a comparative study of legislative provision in European Countries.** Frankfurt: Verlag Für Polizeiwissenschaft, 2012.

VELASCO, Clara. **Um em cada três presos no país responde por tráfico de drogas.** G1. Disponível em <https://g1.globo.com/politica/noticia/um-em-cada-tres-presos-do-pais-responde-por-trafico-de-drogas.ghtml>.

VOLTAIRE. **Cândido.** Tradução de Maria Ermantina Galvão. 3 ed., São Paulo: Martins Fontes, 2003.

WARAT, Luis alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos.** 2 ed., Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

WARAT. Luiz Alberto. **Educação, Direitos Humanos, Cidadania e Exclusão Social: Fundamentos preliminares para uma tentativa de refundação.** Livro de domínio público. Versão Kindle.

WARAT, Luis Alberto. **Pensemos algo diferente em matéria de mediação.** In SPENGLER, Fabiana Marion; LUCAS, Doglas Cesar (org.). *Justiça Restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais.* Ijuí: Editora Unijuí, 2011.

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

WEBER, Max. **Economia e sociedade**. v. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa, São Paulo: Editora UNB, 2004.

WEISSMAN, Stephen. **Chaplin**: uma vida. Tradução de Alexandre Martins. São Paulo: Larousse, 2010.

WINFRIED, Hassemer. **Persona, mundo y responsabilidad**: Bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Traducción de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Santa Fé de Bogotá: Editorial Temis, 1999.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas**. Tradução de José Carlos Bruni. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos**: conferências de criminologia cautelar. São Paulo: Saraiva, 2013.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal Brasileiro – I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte Geral. 2 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

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

ZIZEK, Slavoj. **A visão em paralaxe**. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2008.

ZIZEK, Slavoj. **Bem-vindo ao deserto do real**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo Editorial, 2003.

ZIZEK, Slavoj. **Violência**: seis reflexões. Tradução de Miguel Serras Pereira, São Paulo: Boitempo, 2014.

ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de derecho penal**. 3 ed., Valencia: tirant lo blanch, 1993.