



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**

**ILANA MARTINS LUZ**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE E A NOVA RACIONALIDADE  
CRIMINAL**

Salvador  
2012

**ILANA MARTINS LUZ**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE E A NOVA RACIONALIDADE  
CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientadora: Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Selma Pereira de Santana

Salvador  
2012

L979 Luz, Ilana Martins,  
Justiça restaurativa: a racionalidade criminal da ascensão do  
intérprete / Ilana Martins Luz. -- Salvador, 2012.  
204 f.

Orientadora: Selma Pereira de Santana.

Dissertação (Mestrado) -- Universidade Federal da Bahia,  
Faculdade de Direito, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2012.

1. Direito penal. 2. Justiça. 3. Pena (Direito). I. Universidade  
Federal da Bahia. Faculdade de Direito. II. Santana, Selma Pereira  
de. III. Título.

CDD : 345

**ILANA MARTINS LUZ**

**JUSTIÇA RESTAURATIVA:  
A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE E A NOVA RACIONALIDADE  
CRIMINAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 21 de setembro de 2012.

**Banca Examinadora**

Selma Pereira de Santana – Orientadora \_\_\_\_\_  
Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.  
Universidade Federal da Bahia

Saulo José Casali Bahia \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).  
Universidade Federal da Bahia

Alexandre Morais da Rosa \_\_\_\_\_  
Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).  
Universidade Federal de Santa Catarina

## AGRADECIMENTOS

Em tempos em que quase ninguém se olha nos olhos, em que a maioria das pessoas pouco se interessa pelo que não lhe diz respeito, só mesmo agradecendo àqueles que percebem nossas descrenças, indecisões, suspeitas, tudo o que nos paralisa, e gastam um pouco da sua energia conosco, insistindo.

Martha Medeiros

Eu considero a gratidão um dos sentimentos mais nobres e mais bonitos que existem, porque, sem sombra de dúvidas, é uma retribuição ao amor, ao carinho e ao cuidado que as pessoas dedicam a nós.

Pensando assim, não poderia, de forma alguma, deixar de agradecer, nesse encerramento tão importante da minha vida, a algumas pessoas tão especiais e fundamentais, que me ajudaram de muitas formas a chegar até aqui.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por nunca me fazer perder a fé em mim mesma e por me mostrar sempre as soluções para os momentos de aflição;

Agradeço aos meus pais, que, como diria o poeta, são “ouro de mina”. Agradeço pelas noites perdidas para cuidar de mim, ao apoio irrestrito às minhas decisões, aos esforços constantes para me fazer alcançar meus sonhos, às renúncias que fizeram para permitir que eu alcançasse essa conquista. Agradeço, enfim, por me amarem incondicionalmente, de uma forma que não há como explicar com poucas palavras;

Agradeço, ainda, à minha família: aos meus dindos e aos meus tios e tias, por serem verdadeiros pais substitutos, participando ativamente da minha vida e das escolhas e empenhando esforços por mim; agradeço aos meus avós (em especial à memória de Meu Avô Edulino) por me ensinarem valores que só aprendemos com as pessoas experiência de vida; aos meus primos, por crescerem comigo e, por fim, agradeço às minhas pequenas afilhadas, Iana e Leila, por sempre arrancarem de mim um sorriso, sobretudo nos momentos mais difíceis.

Agradeço aos meus muitos amigos, que, sem dúvidas, tornaram a minha caminhada mais leve: Às meninas do Marista, em especial a Verena Neiva, Juliana Villas Boas e Manuela Ramos, por serem minha lembrança mais gostosa da infância e da

adolescência e por permanecerem comigo na fase adulta, sempre prontas para os melhores e piores momentos;

Aos amigos da faculdade, que são tantos e tão queridos, verdadeiros presentes que o direito me deu, por me ensinarem que é possível a amizade no círculo profissional, a despeito das ambições e desejos de cada um. Um abraço especial para Vitor Santana, Brenno Brandão, Renata Ferrari, Augusto Souza, Carlos Cerqueira Júnior, Carolina Ventin, Gabriel Schwarzmüller, Kim Barros, Vitor Cohim, Bruno Brasil, Joyce Serra, Gabriela Macedo, Daniela Portugal e Adriano Figueiredo.

Aos amigos do mestrado, em especial Vinícius Assumpção, Thaize de Carvalho, Paulo Santiago e Bruno Nova por tornarem a rotina de fichamentos e seminários mais tolerável e divertida e menos cansativa.

Agradeço a Selma Santana, minha querida orientadora, não só pelo cuidado e pela dedicação em me orientar, mas pela amizade dedicada e por ser essa pessoa incrível, fonte de inspiração para uma geração de juristas.

Agradeço a Fernando Santana, por ser um exemplo – de direito e de vida – e por me oportunizar a primeira fala em sala de aula, na qualidade de monitora, momento em que pude ter certeza da minha vocação.

Agradeço a Gamil Föppel, por ser o primeiro a acreditar em mim, e a me incentivar quando eu sequer sabia que era capaz.

Agradeço a Marília Muricy, estimada professora, de quem eu sou fã incondicional desde a graduação.

Agradeço aos Professores Saulo Casali e Alexandre Morais da Rosa, pelos ensinamentos adquiridos e, sobretudo, pela disposição em participar da minha banca e contribuir nessa fase.

Agradeço a João Glicério Filho, grande professor e amigo, por toda confiança depositada.

Agradeço ao Professor Álvaro Pires que, gentilmente, cedeu, por *email*, parte do seu livro, ainda sem previsão de publicação no Brasil.

Agradeço, ainda, aos meus queridos professores da Egrégia Casa do Saber minha segunda casa, inesquecível, local que eu espero voltar para poder retribuir tudo que aprendi e ganhei.

Agradeço aos amigos do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), em especial a Rafael Lira, sinalizando aqui o orgulho que tenho de fazer parte desse Instituto que luta pela produção de um Direito Criminal mais humano e digno.

Por fim, agradeço aos meus alunos e ex-alunos, por me proporcionarem o aprendizado recíproco de todos os dias.

*A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça.*

Howard Zehr, 2008

LUZ, Ilana Martins. **Justiça restaurativa**: a ascensão do intérprete e a nova racionalidade criminal. 204 f. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

## RESUMO

O presente trabalho é uma abordagem sobre a nova racionalidade criminal, que culmina com a ascensão do intérprete na resolução dos conflitos de natureza penal. Na elaboração do trabalho, fizemos uma abordagem sobre o paradigma de punir desde o seu nascimento e consolidação na história atual do ocidente, que remonta ao período histórico conhecido como a baixa idade média. Tratamos, ainda, do surgimento da racionalidade criminal moderna, a partir do modelo clássico de ciência criminal e da caracterização dessa racionalidade como um paradigma científico de resolução dos problemas do direito criminal. Abordamos, outrossim, a crise que o atual paradigma se encontra. Em seguida, cuidamos da Justiça Restaurativa, como fruto do movimento que pode ser denominado como acordar criminal, no qual os pensadores do direito penal passam a conceber uma forma de responsabilização diferente da pena, atenta às necessidades de reparação das consequências lesivas do crime, por meio de um acordo obtido em um processo de diálogo conciliatório entre os protagonistas do fenômeno delitivo. Por fim, cuidamos da ascensão do intérprete no cenário da modernidade líquida, a partir da filosofia da linguagem e do abandono do pedestal autoritário de intelectual legislador e ditador das regras. Feitas essas considerações, sinalizamos que o mediador, na Justiça Restaurativa, é o intérprete moderno dos anseios da vítima e do infrator no processo crime, auxiliando os protagonistas do fenômeno delitivo na solução dos conflitos penais.

**Palavras-Chave:** Justiça restaurativa. Paradigmas. Crise. Paradigma punitivo. Modernidade. Racionalidade criminal moderna.

LUZ, Ilana Martins. **Restorative justice**: the ascension of the interpreter and the new criminal rationality. 204 pp. 2012. Master Dissertation – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.

## **ABSTRACT**

The present work is a new approach to criminal rationality, culminating in the ascension of the interpreter in resolving criminal. In preparing the work, we made an approach to the paradigm of punishment since its birth and consolidation in the current history of the West, dating back to the historical period known as the low average age. We also treat the emergence of modern criminal rationality from the classic model of criminal science and rationality characterizing this as a scientific paradigm of solving the problems of criminal law. We approach, also, the crisis that the current paradigm is. Then we take care of Restorative Justice as a result of the movement that can be termed as criminal waking, in which the criminal law thinkers begin to devise a form of accountability than the punishment, attentive to the needs of repair of the detrimental consequences of crime, through an agreement reached in a conciliatory dialogue process between the protagonists of the criminal phenomenon. Finally, we handle the rise of the performer on the stage of liquid modernity, from the philosophy of language and the abandonment of the authoritarian pedestal of intellectual legislator and rule dictator. Given these considerations, we signaled that the mediator in Restorative Justice is the modern interpreter of the wishes of the victim and the offender in criminal proceedings, helping the protagonists of the criminal phenomenon in solving criminal conflicts.

**Keywords:** Restorative justice. Paradigms. Crisis. Punitive Paradigm. Modernity. Modern criminal rationality.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>13</b>
<b>2</b>	<b>O PARADIGMA DE PUNIR, SUA RACIONALIDADE E JUSTIFICAÇÃO ..</b>	<b>19</b>
2.1	O PARADIGMA PUNITIVO: DELIMITAÇÃO .....	19
2.2	O NASCIMENTO DO PARADIGMA: DOS “BÁRBAROS” À RACIONALIDADE CRIMINAL MODERNA DOS CLÁSSICOS.....	24
2.3	A RACIONALIDADE CRIMINAL MODERNA E O MODO DE ENXERGAR O SISTEMA.....	41
2.4	O PARADIGMA DE PUNIR E SUAS JUSTIFICATIVAS: A ORDEM DA MODERNIDADE.....	45
2.5	O PARADIGMA PUNITIVO ENQUANTO MODELO DE CIÊNCIA NORMAL .....	55
<b>3</b>	<b>AS PROMESSAS E A CRISE. O PARADIGMA QUE NÃO CUMPRE O QUE PREGA.....</b>	<b>59</b>
3.1	O PARADIGMA DE PUNIR E A SUA CRISE .....	59
3.2	CRISE NA RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS INTRÍNSECOS AO PARADIGMA PUNITIVO .....	64
<b>3.2.1</b>	<b>A Crise da Razão de Punir .....</b>	<b>64</b>
<b>3.2.2</b>	<b>A Ilusão da Prevenção Especial Positiva .....</b>	<b>73</b>
3.2.2.1	<i>Prevenção Especial: Em Busca de um Conceito.....</i>	73
3.2.2.2	<i>A Prisão: “Instituição Total” do Paradigma de Punir .....</i>	80
3.3	PROBLEMAS RENEGADOS PELO PUNITIVISMO. A VÍTIMA E AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO .....	86
3.4	A DIFICULDADE EM “ACORDAR” DA CRISE .....	93
<b>4</b>	<b>A JUSTIÇA RESTAURATIVA, O NOVO PARADIGMA. MUITO ALÉM DA SANÇÃO, A VALORIZAÇÃO DO PRECEITO.....</b>	<b>102</b>
4.1	ABANDONANDO “A GARRAFA DE MOSCAS” PARA SAIR DA CRISE.	

	QUEBRANDO OS ÍDOLOS DO PARADIGMA DE PUNIR .....	102
4.2	A JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS .....	104
4.3	AS CARACTERÍSTICAS REVOLUCIONÁRIAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA .....	112
4.4	OS PROCESSOS RESTAURATIVOS.....	115
4.4.1	<b>O Conceito de Mediação .....</b>	<b>116</b>
4.4.2	<b>Espécies de Mediação.....</b>	<b>123</b>
4.4.3	<b>Valores e Princípios do Processo Restaurativo .....</b>	<b>127</b>
4.4.4	<b>A Mediação e a Justiça Restaurativa .....</b>	<b>130</b>
4.4.5	<b>Fases de Utilização do Processo Mediativo.....</b>	<b>135</b>
<b>5</b>	<b>RACIONALIDADE RESTAURADORA: A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE NO DIREITO CRIMINAL .....</b>	<b>139</b>
5.1	A MODERNIDADE LÍQUIDA E A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE.....	139
5.1.1	<b>Da Filosofia da Consciência à Filosofia da Linguagem .....</b>	<b>147</b>
5.1.2	<b>O Intérprete e a Linguagem .....</b>	<b>158</b>
5.2	A LINGUAGEM E A MODIFICAÇÃO DA RACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL: DA OBRIGAÇÃO PARA A FACULDADE DE PUNIR .....	161
5.2.1	<b>O Caráter Legislador do Paradigma de Punir: Os Réus e as Vítimas como Objeto de Estudo do Jurista .....</b>	<b>161</b>
5.2.2	<b>A Justiça Restaurativa e a Protagonização entre Vítima e Autor: O Giro Linguístico do Direito Criminal.....</b>	<b>167</b>
5.3	O PAPEL DO INTÉRPRETE NO CONTEXTO DA NOVA RACIONALIDADE CRIMINAL: “OFÍCIO DE MEDIADOR” .....	171
5.4	OS CRÍTICOS E AS OBJEÇÕES AO PARADIGMA DO INTÉRPRETE ....	174
5.5	COMBATENDO OS CRÍTICOS COM A VIVÊNCIA PRÁTICA: A INCLUSÃO DE DIREITOS POSITIVOS NO SISTEMA CRIMINAL RESTAURATIVO...	181
<b>6</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>185</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>195</b>

## 1 INTRODUÇÃO

O presente estudo foi fruto de longos questionamentos acerca da função do direito penal e na possibilidade (ou não) de mudança de suas bases fundantes. Como sabemos, o tradicional paradigma de gestão do crime, fundado na repressão, encontra-se em crise de legitimação, que pode ser observada em dois aspectos: em primeiro lugar, pela exclusão, do direito penal, de problemas que são intrinsecamente relacionados com o crime (como a preocupação com a vítima e com as consequências do delito); em segundo lugar, porque a punição, aceita pelo paradigma atual como problema científico para o direito penal, não atinge as finalidades de prevenção que lhes são conferidas, ocasionando uma crise de legitimação do sistema.

Partindo da premissa acima destacada, já há algum tempo, inicia-se a preocupação – por parte dos estudiosos da dogmática criminal – em encontrar alternativas à racionalidade de punir, objetivando outros meios de promover-se a responsabilização criminal do infrator. A Justiça Restaurativa surge neste contexto de insatisfação, de proposta de diversão penal, enquanto modelo de “ciência extraordinária”<sup>1</sup>, que oferece outra resposta ao conflito penal, construída pelos verdadeiros sujeitos imiscuídos nessa relação, mediante um processo de responsabilização do infrator, restauração do dano ocasionado e, por fim, reabilitação do infrator com a comunidade. É uma nova forma de gestão do crime, que propicia o aparecimento do intelectual intérprete dos desejos daqueles reais ofendidos pelo crime. Esse novo paradigma busca a superação parcial do paradigma punitivo para os casos de crimes de pequena e média gravidade, nos quais haja uma vítima certa e a voluntariedade das partes em participar e continuar no processo<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Sobre a questão dos paradigmas, da crise destes, e da revolução científica, com a afirmação de uma ciência extraordinária que rompe, total ou parcialmente, com a ciência normal, far-se-á uma abordagem com lastro na obra traduzida de Thomas Kuhn, *A Estrutura das Revoluções científicas*, que cuida da transição de paradigmas sob uma perspectiva filosófica. Cf. KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

<sup>2</sup> De acordo com Leonardo Sica: “O que se percebe é a preocupação com a (re)legitimação do sistema de justiça: a correspondência entre o funcionamento das instituições e aspirações da comunidade; a relação de aproximação entre ‘autoridades’ e ‘jurisdicionados’; a observância dos valores próprios a cada base cultural local e até subculturas (que, num país como o Brasil, são

Tamanha é a relevância deste novo modelo, que diversos países – sobretudo, os Estados Unidos e os Europeus<sup>3</sup>, onde a temática já se encontra enraizada – vem positivando o processo restaurativo em suas legislações. De igual modo, a Justiça Restaurativa é recomendada aos países pelo Conselho Econômico e Social da Organização das Nações Unidas<sup>4</sup>, enquanto modelo que ameniza as consequências do delito.

Ocorre que, malgrado o tema possua uma aceitação em diversos países – com doutrina já avançada e destinada a compatibilizar os princípios restaurativos às garantias do ofensor e da vítima presentes em cada Ordenamento Jurídico – são incipientes os estudos acerca da Justiça Restaurativa em território pátrio, fator que dificulta a aplicação e a positivação deste novo modelo de gestão do crime. Demais disto, os poucos estudos sobre a Justiça Restaurativa fomentam as injustas críticas de que o novo modelo implicaria em privatização da justiça e uma perigosa relativização dos direitos e garantias fundamentais dos ofensores no processo crime. Essa timidez na discussão do tema, aliada à relevância deste, foram os fatores que motivaram a escolha deste recorte temático para a discussão.

Justificada a escolha do tema, impende assinalarmos que a metodologia aqui empregada assumiu contornos mistos, podendo esta monografia ser caracterizada, em parte, como um *trabalho de compilação*<sup>5</sup> e, em outra parte, como *trabalho de investigação*<sup>6</sup>.

---

múltiplas); a informalização no sentido e evitar as cerimônias degradantes do processo penal e a liturgia incompreensível para a população, principalmente, o estabelecimento de uma linguagem, e um procedimento comunicativo de integração, não de distanciamento”. 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. 135.

<sup>3</sup> Segundo Raffaella Pallamolla, países como *Canadá e Estados Unidos*, assim como alguns países europeus, já se utilizam da Mediação Penal há, pelo menos, 20 anos. Cf. PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa**: da teoria à prática. São Paulo: IBCCRIM, 2009, p. 107. De acordo com DAVID MIERS, a mediação vítima-agressor se expandiu no continente Europeu, passando a ser adotada pela *República Checa, em 2000; a Noruega, em 2003; a Polónia, em 2003; Portugal, em 1999, a Eslovénia, em 2001; Espanha, em 2001 e a Suécia, em 2002*. Cf. MIERS, David. Estudo comparativo de sistemas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIKÊ, 1., 2003, Lisboa. **Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa**. Lisboa: APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003, p. 51.

<sup>4</sup> A preocupação na implementação da Justiça Restaurativa é observada com a variedade de resoluções que a ONU editou acerca do tema. Apenas a título ilustrativo, tem-se: a Resolução 12/2002, que cuida dos princípios básicos para a utilização de programas restaurativos em matéria criminal; a resolução 2000/14, de 27 de julho de 2000, intitulada *Princípios Básicos para utilização de Programas Restaurativos em Matérias Criminais*.

<sup>5</sup> Cf. ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997, p. 28-30.

<sup>6</sup> *Ibid.*, loc. cit.

O trabalho apresenta-se como uma compilação, num primeiro momento, porque representou a reunião e análise crítica de posicionamentos científicos – anteriormente expostos – sobre o nascimento do paradigma de punir e respectivas objeções doutrinárias, o conceito, as características e os fundamentos da Justiça Restaurativa e do processo mediativo, bem assim a noção de direitos e garantias fundamentais. Neste campo, o trabalho não objetivou originalidade, mas, somente, a compilação de posicionamentos da doutrina pátria e estrangeira, com vistas a fixar as bases e premissas para a apresentação da hipótese.

Em um segundo momento, após o estudo de compilação, foi realizado um trabalho de investigação, com vistas à exposição da conclusão de que, com a Justiça Restaurativa, *há uma mudança do papel intelectual dentro do direito criminal, porque os juristas abandonam o seu posto de legisladores das regras de resolução dos conflitos penais para adotar o papel de intérpretes, coadjuvantes na resolução do conflito penal, ouvindo as partes e extraindo destas a melhor resposta. A metáfora em questão, sobre legisladores e intérpretes, é trazida para as ciências criminais a partir dos estudos de sociologia de Bauman, contidos em livro homônimo. Nesta obra, o autor discorre sobre o papel do intelectual na modernidade líquida, assinalando que, a partir do contexto plural e da liquefação das instituições na sociedade contemporânea, aquele sujeito se despe, cada vez mais, do seu pedestal de ditador das regras, para assumir uma função de intérprete da realidade social subjacente, a partir de um contexto de trocas linguísticas.*

A Justiça Restaurativa, segundo defendemos neste trabalho, é o paradigma que propicia a ascensão do intérprete no direito criminal, no sentido de incentivar a protagonização da decisão de responsabilização do crime a partir das próprias partes envolvidas no fenômeno delitivo. A responsabilização, no contexto restaurador, não é ditada, mas, construída, a partir de *significantes* obtidos no processo de diálogo entre vítima, ofensor e comunidade.

Demais disto, abordamos, por lealdade acadêmica, as críticas ao novo modelo, para, em seguida, apresentar as contracríticas. Nesse sentido, afirmamos que o acordo mediativo é condizente com as garantias penais, porque o processo restaurativo não mitiga a formação de um juízo de culpa *lato sensu* – uma vez que não dispensa a colheita de elementos de informação da fase investigativa – mas, sim, a necessidade de aferição judicial desta culpabilidade, introduzindo direitos

prestacionais no modelo de resolução dos conflitos penais. Esta solução apresenta características originais, porque se distancia da conclusão comumente aceita de que o processo restaurativo, por não resultar em imposição de penalidades, não é processo penal e não necessita submeter-se a este filtro processual<sup>7</sup>.

Com relação aos objetivos, a pesquisa que realizamos neste trabalho foi do *tipo exploratória*<sup>8</sup>, com o levantamento bibliográfico de trabalhos científicos que elucidaram a hipótese básica, de “queda” do legislador e “ascensão” do intérprete, a partir de uma nova racionalidade criminal, construída em um contexto plural.

Demais disto, realizamos, também, a pesquisa de cunho *explicativo*<sup>9</sup>, com vistas a identificar os fatores que contribuirão para o sucesso da implementação do modelo restaurativo sem ofensas ao princípio da culpabilidade e com observância das demais garantias processuais e penais contidas no Ordenamento Pátrio.

Quanto ao procedimento técnico, a pesquisa desenvolvida foi do tipo *bibliográfica*<sup>10</sup>. Para o desenvolvimento desta pesquisa bibliográfica, fizemos uma análise de livros e publicações periódicas científicas<sup>11</sup> que cuidam sobre as temáticas Paradigma de Punir (surgimento, evolução e críticas), Justiça Restaurativa, bem assim aqueles que versam sobre temas complementares para o desenvolvimento do problema, a exemplo de livros e publicações sobre criminologia e garantias penais e processuais penais. Ainda na pesquisa bibliográfica, realizamos um estudo de obras filosóficas que auxiliaram no desenvolvimento da pesquisa e desta dissertação.

Adotamos, ainda, como procedimento técnico desta dissertação, uma pesquisa do tipo *documental*<sup>12</sup>, com o levantamento de resoluções de Organismos Supranacionais nas quais se adotam processos de mediação restaurativa em

---

<sup>7</sup> Por todos, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

<sup>8</sup> Cf. GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 41.

<sup>9</sup> Cf. *Ibid.*, p. 42-43.

<sup>10</sup> Cf. *Ibid.*, p. 44-45.

<sup>11</sup> Apenas a título exemplificativo, com relação aos periódicos, utilizar-se-ão publicações jurídicas contidas na revista e no boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), assim como artigos digitais contidos nos sítios eletrônicos do Instituto Brasileiro de Direito Comparado (<<http://www.idcb.org.br/>>), as publicações na Revista do Centro Brasileiro de Análise e planejamento (CEBRAP) e do Centro Universitário de Maringá.

<sup>12</sup> Cf. GIL, op. cit., p. 45-46.

oposição ao paradigma punitivo em vigor<sup>13</sup>. A pesquisa documental ainda incluiu o cotejo de informações contidas em questionamentos já realizados com vítimas e com ofensores em países que aplicam a Justiça Restaurativa<sup>14</sup>.

Realizadas as pertinentes considerações acerca da metodologia utilizada na construção da pesquisa, insta apresentar o conteúdo do trabalho. No primeiro capítulo, abordamos o paradigma punitivo, desde o seu nascimento e consolidação na história atual do ocidente, que remonta ao período histórico conhecido como a baixa idade média. Tratamos, ainda, do surgimento da racionalidade criminal moderna, a partir do modelo clássico de ciência criminal e da caracterização dessa racionalidade como um paradigma científico de resolução dos problemas do direito criminal.

Nos segundo capítulo, apresentamos a crise que o atual paradigma se encontra, que pode ser vislumbrada em duas perspectivas: na impossibilidade de resolução dos problemas intrínsecos escolhidos pelo direito criminal (como o crime e o delinquente), e no esquecimento de problemas que advém do crime – a exemplo dos interesses da vítima. Neste capítulo, objetivamos, ainda, relacionar a crise do paradigma de punir atrelada à crise da modernidade, nos termos assinalados por Bauman.

No terceiro capítulo, apresentamos a Justiça Restaurativa, como fruto do movimento que pode ser denominado como “acordar criminal”, no qual os pensadores do direito penal passam a conceber uma forma de responsabilização diferente da pena, atenta às necessidades de reparação das consequências lesivas do crime, por meio de um acordo obtido em um processo de diálogo conciliatório entre os protagonistas do fenômeno delitivo. Neste mesmo capítulo, além de apresentarmos a Justiça Restaurativa, tratamos dos processos que consubstanciam esse novo paradigma, a respeito dos círculos restaurativos, conferência de família e

---

<sup>13</sup> Por exemplo, Cf. UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão do Conselho nº. 11621/02, de 19 de setembro de 2002. Cria uma Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Reparadora. **Jornal Oficial**, Bruxelas, 19 set. 2002. Disponível em: <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/02/st11/st11621.pt02.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2009; Id. Conselho da União Europeia. Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001. Relativa ao estatuto da vítima em processo penal. **Jornal Oficial**, Bruxelas, 22 mar. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:PT:PDF>>. Acesso em: 04 mar. 2010; entre outros.

<sup>14</sup> Cf. VICTIM OFFENDER RECONCILIATION PROGRAM OF THE CENTRAL VALLEY. **Victim mediation evaluations**: 1994-2003. Fresno, 2004. Disponível em: <<http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

da mediação.

No capítulo quarto, conclusivo, cuidamos da modernidade líquida, como característica da sociedade contemporânea e da mudança filosófica propiciada pelo novo contexto social de pluralidade e valorização do outro (o giro linguístico, da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem). Feita essa digressão, passamos a tratar da dicotomia entre o paradigma de punir e o modelo restaurativo, salientando que este último modelo contribui para a efetivação do giro linguístico filosófico, por propiciar um diálogo direto entre os envolvidos no crime. Por fim, cuidamos, por lealdade acadêmica, de apresentar as críticas e as contracríticas ao paradigma restaurador, sinalizando para a necessidade de reformulação do modo de aferição das garantias sob a égide do novo modelo criminal, apresentando uma releitura das garantias negativas até então vigentes e da sua insuficiência, para acrescentar a necessidade de garantias prestacionais, que tragam carga positiva para o ofensor e a vítima do crime.

## 2 O PARADIGMA DE PUNIR, SUA RACIONALIDADE E JUSTIFICAÇÃO

### 2.1 O PARADIGMA PUNITIVO: DELIMITAÇÃO

A discussão sobre Justiça Restaurativa e mudança de paradigmas não pode prescindir de um estudo apriorístico sobre o paradigma de punir, a racionalidade que lhe sustenta e as justificativas de manutenção desse paradigma. Assim é que, neste primeiro capítulo do trabalho, entendemos ser indispensável iniciar o estudo, tecendo considerações sobre o modelo atual punitivo, suas características, nascimento e bases fundantes.

Em primeiro lugar, precisamos tratar do conceito de paradigmas científicos de maneira geral, antes de debruçarmo-nos sobre a delimitação do paradigma de punir. Nesse sentido, de acordo com as lições de Cândido da Agra, “um paradigma é uma estrutura de pensamento suficientemente ampla e profunda para no seu seio emergirem e se desenvolverem orientações teóricas e metodológicas”<sup>15</sup>. Com isso, percebemos que o conceito de paradigma não se confunde com uma única teoria, mas com uma forma de conceber determinada disciplina científica, a partir de ideias estruturadas e organizadas, dotadas de certa estabilidade para perdurarem no tempo.

Feita essa pertinente observação, podemos começar a tratar do que se entende por paradigma de punir. Nessa esteira, este paradigma é um modelo de resposta ao crime caracterizado por possuir uma única solução para o fenômeno delitivo: a pena, verticalizada, imposta e afluente. Neste modelo de solução para o fenômeno da delinquência, *qualquer finalidade que se confira ao direito penal será sempre almejada por meio da punição, da aplicação de uma pena*. A estrutura do modelo em questão é, portanto, a pena, que é responsável pelo desenvolvimento de correntes teóricas, nos termos que veremos no decorrer do trabalho.

O paradigma punitivo subdivide-se em dois sub-modelos tradicionais de resposta ao delito – o modelo retributivo e o modelo preventivo.

---

<sup>15</sup> AGRA, Cândido da. A epistemé das ciências criminais: exercício empírico teórico. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 1, p. 547.

O tema será desdobrado adiante, mas, apenas para apresentarmos em breves linhas, o modelo punitivo-retributivo de resposta ao delito é aquele que vem sedimentado na ideia precípua de retribuição, punição e castigo. Neste modelo, o intuito é retribuir a ofensa praticada pelo sujeito, por meio da imposição de um castigo. O fundamento do sistema criminal (e, portanto, o elemento que justificaria todo o aparato intrínseco a este sistema) seria a busca pela punição daquele que se desviou das normas de conduta socialmente estabelecidas<sup>16</sup>.

O modelo de resolução dos conflitos penais, ora em questão, é um decorrente direto da ideologia criminológica clássica. A criminologia clássica tem como “marco de filosofia política as ideias liberais do contratualismo e como modelo sociológico o consenso”<sup>17</sup>.

Na vertente clássica, a criminologia prescindia de investigações acerca da origem e das causas do delito. Por isso, nessa fase do conhecimento criminológico, menosprezava-se o “exame da pessoa do delinquente, assim como do seu meio de relacionamento social, como se fosse possível conceber o delito como uma abstração jurídico-formal”<sup>18</sup>, ou seja, como se o delito resumisse-se a uma infração à norma posta pelo Estado Soberano.

A limitação do objeto cognoscente da disciplina, então, era o crime concebido como “um conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do Estado e do Direito”<sup>19</sup>. Demais disto, admitia-se a normalidade do delinquente, que não era visto como um ser distinto dos demais cidadãos, mas, sim, como um indivíduo dotado de livre arbítrio, que havia violado o sistema de normas do convívio social.

Em vista desse panorama do fenômeno delitivo, o fundamento do Direito Penal – e do sistema a ele intrínseco – era buscar a punição desse indivíduo violador das regras sociais. Depreendemos, desta caracterização, que, se o modelo retributivo

---

<sup>16</sup> Cf. MIRANDA, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, p. 162.

<sup>17</sup> CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005, p. 133.

<sup>18</sup> MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos – introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 135.

<sup>19</sup> BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 31.

visa ao castigo, qualquer outra finalidade que se queira extrair do Sistema Criminal – a respeito da reparação da vítima, ou da pacificação social – é considerada meramente acessória, e não deve nortear o funcionamento deste sistema.

É importante salientar, contudo, que a sedimentação desse modelo retributivo na punição não significa, necessariamente, a aplicação de penas desumanas e desproporcionais. A Escola Clássica, inclusive, inspirava-se em ideais de humanidade, legalidade, proporcionalidade e utilidade da pena. Não se pode olvidar, contudo, que, a despeito de propugnar pela aplicação de uma pena necessária e útil, não arbitrária e, até mesmo, humana, a criminologia clássica não procurava outra resposta ao delito que transcendesse a punição do infrator<sup>20</sup>.

O sistema retributivo, em linhas conclusivas, limitava-se a castigar o infrator, como instrumento de controle do crime, sem se preocupar com a complexidade de fatores que envolvem o fenômeno delitivo.

As crescentes manifestações das críticas direcionadas ao sistema punitivista puro, típico do modelo retributivo – especialmente pela atenção voltada à punição e pelo esquecimento dos demais fatores do crime –, fizeram surgir a consciência da necessidade de uma nova finalidade para a resposta punitiva planejada para os conflitos delitivos. Essa finalidade nova viria com os modelos preventivos e utilitaristas, os quais, teoricamente, agregam outras finalidades ao punitivismo, preocupando-se não só com a justificativa de punir, mas, sobretudo, em responder para que se pune, que, no caso, vai se focar em uma função utilitarista.

O modelo preventivo pode ser dividido em dois modelos: o preventivo geral e o preventivo especial ou ressocializador. O modelo preventivo geral é aquele que parte da premissa de que o direito penal deve ser orientado para estabelecer punições que consigam atuar sobre a generalidade dos cidadãos, em duas perspectivas. No primeiro momento, fazendo com que esses cidadãos sintam-se temerosos de praticar uma conduta criminosa, porque, ao fazê-lo, sofrerão a incidência de uma pena. A intimidação pode ocorrer em duas vias: pelo exemplo da condenação ou pela ameaça contida na lei<sup>21</sup>.

O segundo objetivo das concepções preventivo-gerais está na necessidade de

---

<sup>20</sup> Cf. MOLINA; GOMES, 2006, p. 136.

<sup>21</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 257.

reforçar a confiança social na aplicação das normas e na proteção dos cidadãos contra condutas consideradas lesivas. Neste caso, temos as teorias da prevenção geral positiva, que advogam a necessidade de integração da pena, para reestabelecer a confiança da sociedade que foi lesionada quando da ocorrência do crime.

O modelo ressocializador, por seu turno, é aquele no qual a preocupação do sistema criminal estaria, em princípio, voltada para a melhora da pessoa do criminoso. No modelo ressocializador, a preocupação do sistema penal estaria voltada para uma finalidade social útil para a pena, verificada na melhora da pessoa do infrator. Consoante bem destacou Garcia-Pablos, é um paradigma que “[...] reclama uma intervenção positiva no condenado, que facilite o seu retorno digno à comunidade, isto é, sua plena reintegração social”<sup>22</sup>.

A finalidade, então, afirmam os favoráveis a essa ideia, não seria o mero castigo, mas a incorporação de ideais de prevenção especial positiva, de sorte a orientar a execução do castigo, para que este possa atingir uma utilidade para a pessoa do delinquente<sup>23</sup>.

O modelo reabilitativo seria uma oposição ao retribucionismo, porque tentaria neutralizar, na medida do possível, os “efeitos nocivos inerentes ao castigo, por meio de uma melhora substancial do seu regime de cumprimento e execução, e, sobretudo, sugere uma intervenção positiva no condenado” com vistas a habilitá-lo “para se integrar e participar da sociedade, de forma ativa e digna”<sup>24</sup>. Assim, afirma-se: o castigo não seria somente uma sanção que retribui o mal, mas, sim, uma forma de reagregar o desviante no contexto social ao qual pertence (ou deveria pertencer). Resulta, por conseguinte, que esse modelo vislumbra uma função assistencial do sistema penal.

Não se discute que esse modelo é articulado na premissa de prevenção especial, seja positiva – que busca a reintegração do condenado à sociedade – seja negativa – que almeja a neutralização desse delinquente. Devemos afirmar, contudo, que não há concordância dentro dos teóricos do paradigma reabilitativo

---

<sup>22</sup> MOLINA; GOMES, 2006, p. 369.

<sup>23</sup> Cf. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>24</sup> *Ibid.*, loc. cit.

acerca da maneira pela qual será realizada essa prevenção de caráter especial<sup>25</sup>.

O certo é que, qualquer que fosse a vertente que justificasse a reabilitação, seria possível observar a preocupação em utilizar a pena como uma forma de tratamento dos delinquentes. Nesse sentido, constata-se que o delito era considerado como “patologia, pouco importando se moral, social ou natural, e as penas enquanto terapia política, através da cura ou da amputação”<sup>26</sup>.

A consequência lógica dessa utilização do direito penal, como forma de corrigir personalidades desviantes, é a de que a pena não seria fixada a priori, e sua duração dependeria da “cura” do sujeito infrator.

Estabelecidos, de forma resumida, os dois grandes modelos do direito criminal, importa assinalar que ambos podem ser enquadrados enquanto paradigma punitivo de resposta ao delito. Isto porque, malgrado os dois sistemas mencionados busquem finalidades aparentemente distintas entre si, ambos partem da mesma premissa, que é a utilização, exclusiva, *da punição como meio de alcançar os objetivos*. De fato, ainda que o sistema ressocializador intente “melhorar” o delincente, ele não busca enfrentar a raiz problemática da justiça criminal, que é a visão da pena como a solução para todos os males, como a única forma “capaz de colocar ordem na desordem, afastar o caos e a ambivalência, para fazer prevalecer a razão”<sup>27-28</sup>.

Dessa forma, por focarem na pena enquanto resposta unívoca, é que ambos os sistemas podem ser incluídos dentro do paradigma punitivo.

A fixação na pena e na punição, enquanto meio precípua de resposta criminal ao crime, fica transparente na própria terminologia preferencialmente adotada, a partir do século XIX, para denominar a disciplina, em muitos países ocidentais, a partir do movimento de codificação. Com efeito, a denominação preferida pelos códigos ocidentais, com algumas exceções, é direito penal, em substituição à antiga denominação, direito criminal, o que demonstra que a pena é a sanção por excelência deste ramo do direito, diferenciando-o dos demais ramos do

---

<sup>25</sup> Esse tema será desenvolvido em 3.2.2.

<sup>26</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 218.

<sup>27</sup> SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009, p. 41.

<sup>28</sup> Cf. SICA, 2007, p. 37.

ordenamento.<sup>29</sup> Como o nosso objetivo, neste trabalho, é tratar de um sistema criminal em que a pena não ocupa o lugar central, cedendo espaço para outros meios de resolução, vamos inovar, utilizando a expressão Direito Criminal, que mais se coaduna com a ideia de um direito voltado à resolução dos conflitos de natureza criminal.

## 2.2 O NASCIMENTO DO PARADIGMA: DOS “BÁRBAROS” À RACIONALIDADE CRIMINAL MODERNA DOS CLÁSSICOS

O paradigma punitivo de resposta ao delito, nos termos expostos acima, não foi sempre a referência da resolução dos conflitos penais. Neste subtópico, pretendemos tecer considerações sobre o surgimento dessa atual forma de pensar e resolver os conflitos penais, mostrando como o paradigma punitivo vai se firmar em um determinado período histórico, a partir da baixa idade média<sup>30</sup>.

Para descobrir as razões e o contexto de surgimento desse paradigma, traçaremos uma cartografia da história da Europa Ocidental, a partir da idade média, apresentando seus pontos principais. Não temos, aqui, qualquer pretensão de esgotar o tema, tampouco de oferecer detalhes pormenorizados dos eventos históricos, porque isso extrapolaria os objetivos e o recorte temático deste trabalho. A intenção resume-se à abordagem nos fatos cruciais, para a consolidação do paradigma de punir enquanto ciência criminal normal. Demais disto, sinalizamos que os eventos históricos não podem ser considerados em aspecto linear e isonômico, visto que os países da Europa absorveram em épocas distintas os fenômenos listados.

Feitas as pertinentes observações, vamos esboçar nossa cartografia sobre o surgimento do paradigma de punir na história atual do ocidente. Nesse sentido, importa afirmarmos que, na alta idade média, com derrocada do Império Romano

---

<sup>29</sup> Cf. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1, p. 5.

<sup>30</sup> Cf. FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2002, p. 65.

pelas constantes invasões “bárbaras”<sup>31-32</sup>, a Europa Ocidental assume novos contornos de conformação política, geográfica e cultural, que repercutem na sua organização jurídica e criação do direito. A Europa do alto medievo possui características econômicas essencialmente rurais, abandonando todo o esforço de urbanização dos romanos<sup>33</sup>, o que contribui para o recuo da economia monetária e da moeda (exceção do sal). Demais disto, os “bárbaros” uniformizam a ordem política europeia, com a Monarquia de poder *limitado*<sup>34</sup> e, ainda, com a uniformização jurídica germânica, que nos interessa para o desenvolvimento deste trabalho.

A uniformização das leis, partindo da premissa do direito germânico culmina com a resolução dos problemas criminais<sup>35</sup> de forma bem distinta do paradigma punitivo atual. No direito germânico, o principal era um “reconhecimento legal das faculdades e prerrogativas do indivíduo”<sup>36</sup>, destacando a autonomia destes, ao contrário do direito romano, cuja preponderância era sobre a coisa pública, com a centralização do poder nas mãos do Imperador<sup>37</sup>.

No período da Alta Idade Média, então, com a predominância do direito

---

<sup>31</sup> A palavra bárbaros é escrita, por nós, entre aspas porque se trata de uma designação altamente pejorativa utilizada pelos próprios Romanos para caracterizar e identificar os não romanos. Dentre os bárbaros, que invadiram o antigo império Romano e lá se firmaram, destacamos três: os longobardos (Península Itálica) os visigodos (Península Ibérica) e os Francos (Gália). Cf. PAULO, Alexandre Ribas de. O direito germânico na alta idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 233.

<sup>32</sup> De acordo com Jacques Le Goff, “Uma primeira grande onda (de invasões) ocorreu no final do século III, mas é sobretudo a invasão geral dos germanos na Itália, na Gália e depois na Espanha, em 406-407, com a tomada de Roma por Alarico em 410 que marcou o começo da grande instalação dos Germanos no Império Romano. [...] O impulso germano se prolonga durante os séculos V e VI, depois da entrada dos germanos do leste, visigodos e ostrogodos e a grande onda dos suevos, vândalos e alanos que transpuseram o Reno no começo do século V”. LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Tradução de Jaime A. Clasen. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 37.

<sup>33</sup> Cf. *Ibid.*, p. 47.

<sup>34</sup> “VII Os reis são eleitos conforme a sua nobreza, mas os capitães, escolhidos segundo a sua capacidade. O poder dos reis, entretanto, não é ilimitado ou absoluto e os chefes comandam mais pelo exemplo dos seus atos e pelo atrevimento das suas ações do que pela força da sua autoridade. Se se mostram ousados e destemidos e conseguem arrebatam a vitória, governam sob admiração dos povos. Entretanto a ninguém, a não ser aos sacerdotes, se consente o direito de açoitar, prender ou matar: a pena não é considerada como castigo ou execução das ordens de um comandante, mas imposta pelos deuses que, como crêem, presidem aos combates”. TÁCITO. **Germânia**. Tradução e notas de Sadi Garibaldi. Rio de Janeiro: Livraria Para Todos, 1943, p. 1011-1044.

<sup>35</sup> Cf. FOUCAULT, 2002, p. 58-59.

<sup>36</sup> THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Líber Júrís, 1982, p. 26.

<sup>37</sup> “Essencialmente militar e espontânea, a solidariedade germânica era incompatível com a ideia de Estado ou de bem público. Ela servia de base para uma concepção de reino que se confundia com a propriedade particular do soberano e dele o monarca dispunha como bem lhe aprouvesse”. MENDONÇA, Sonia Regina. **O mundo carolíngio**. São Paulo: Brasiliense, 1985, p. 31.

germânico, os conflitos eram dirimidos e resolvidos por um procedimento de disputa entre o ofensor e a vítima<sup>38</sup>, regulado por meio de um jogo de prova público<sup>39</sup>. Em alguns casos, excepcionais, eram dirimidos pela coletividade, que também se sentia afetada pelo delito, com fatos de interesse comum<sup>40</sup>. De todo modo, o que importa é que não havia, nesse momento, ação pública, representantes do estado<sup>41</sup> (soberano), tampouco, o conceito de infração criminal, compreendido como uma ofensa de um sujeito ao estabelecido em uma norma criminal, editada pelo Estado; ou seja, não havia todas as características do paradigma punitivo que conhecemos hoje. *O objetivo dos germânicos era restaurar os laços sociais e o equilíbrio da sociedade causado pelo ato criminoso de um determinado indivíduo.*

O inquerito, enquanto meio de colheita de provas para a elucidação da verdade, só vai (re)nascer anos mais tarde, já na transição para a Baixa Idade Média. Durante o período da Alta Idade Média, *o que se considerava crime era um problema dos sujeitos diretamente afetados com a situação*<sup>42</sup>: *a autoridade existente intervinha apenas para garantir a regularidade do procedimento e a utilização de provas já aceitas por ambas as partes*<sup>43</sup>.

Os germânicos consideravam que a função do direito *era a regulamentação das formas de resolução dos litígios pelas próprias partes diretamente envolvidas na situação problemática*, ou seja, o direito é a “forma ritual da guerra”<sup>44</sup>. Por vezes, essa “guerra” travada entre os indivíduos redundava em lutas corporais, podendo

---

<sup>38</sup> “Ao contrário da ordália e do juramento, o duelo judiciário é uma criação do direito germânico, ligada diretamente à concepção de que o litígio entre dois homens livres, que deixou a forma de desforço físico interindividual para apresentar-se à assembléia, converte-se num confronto de prestígio e honra (predicados que se erigem, como visto, sobre a resistência e a força), sujeito a certas regras e gerando certas consequências jurídicas”. BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002. v. 1, p. 49-50.

<sup>39</sup> Cf. FOUCAULT, 2002, p. 55.

<sup>40</sup> Foucault destaca os casos de adultério e homossexualismo que eram julgados perante a comunidade. Cf. Ibid., p. 58.

<sup>41</sup> Cf. Ibid., p. 56.

<sup>42</sup> Na alta idade média, o processo criminal tinha como objetivo não descobrir a verdade, por meio de um procedimento regulado, mas sim diminuir os atritos sociais resultantes do delito. Nesse sentido, cf. BATISTA, op. cit., p. 41.

<sup>43</sup> Nilo Batista ilustra essa situação: “No período que nos interessa, a execução coletiva da pena de morte, tão comum na antiguidade e certamente praticada no direito germânico primitivo, já não é frequente. Encontraremos escassas referências à lapidação, e nenhuma ao massacre por bastões. Mas a execução privada é frequente, seja por delegação da assembléia ou do juiz (por exemplo, ao marido da adúltera), seja pelas inúmeras situações em que o culpado é submetido aos parentes da vítima ou à própria vítima, para que façam com ele o que bem entenderem (situações referentes principalmente a servos), seja nos casos de *Friedlosigkeit*, dos quais surge o dever para todos de aniquilar o *Friedlos*, tão logo que com ele se deparem”. Ibid., p. 51-52.

<sup>44</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 57.

culminar na morte ou lesão corporal dos opositores.

O processo germânico funcionava da seguinte forma: um indivíduo, que sofria o dano pelo “crime”, acusava o outro e, a partir de então, iniciava-se uma espécie de ação criminal entre *dois* sujeitos, na forma de conflito e oposição, regulamentada por um procedimento prefixado de regras. Não havia um terceiro ou autoridade para representar qualquer das partes. As provas existentes não serviam para elucidar a verdade, mas para demonstrar a supremacia do poder de um sobre o outro<sup>45</sup>. O objetivo era conseguir a reparação do ofensor, que poderia redundar em uma violência de uma parte contra a outra.

Nem só de guerra e sangue, contudo, sobrevivia o direito germânico da Alta Idade Média. Em muitas ocasiões, as partes envolvidas no litígio aceitavam a *transação*, o acordo entre os envolvidos, como forma de sanar o litígio, recorrendo a um árbitro, um terceiro que podia estabelecer uma quantia para acabar com as desavenças<sup>46</sup>.

Na *Germânia*, de Tácito<sup>47</sup>, observamos algumas passagens que demonstram a presença das resoluções dos conflitos por meio da transação e da reparação pecuniária. A mais marcante delas é a de número XXI, transcrita abaixo na sua tradução para o português:

**XXI** Tem-se como dever aceitar, em herança, os ódios e as malquerenças quer do pai, quer dos parentes. Os ódios, porém, não são implacáveis. *Porque os agravos e até mesmo o homicídio se resgatam com certo número de cabeças de gado e toda a família aceita esta satisfação* (grifo nosso), pois tal ato é considerado como serviço prestado à República: os ódios são perigosíssimos para homens que vivem em liberdade.<sup>48</sup>

Nessa passagem, ficam evidenciadas algumas características dignas de nota: primeiro, a sucessão hereditária da luta ocasionada pelo delito (ausência de personalidade da pena e responsabilização subjetiva) e a segunda, que nos interessa mais, é a possibilidade de aceitação social da transação, com reparação pecuniária, para sanar as inimizades decorrentes do delito<sup>49</sup>.

<sup>45</sup> Cf. FOUCAULT, 2002, p. 59.

<sup>46</sup> Cf. PAULO, 2011, p. 249.

<sup>47</sup> Tácito é considerado uma das principais fontes escritas sobre as Tribos Germânicas, que auxilia a compreensão sobre a cultura e a história daquele povo.

<sup>48</sup> TÁCITO, 1943, p. 1050.

<sup>49</sup> “Mas a pena axial do direito germânico, aquela que mais traduz a sua índole, foi a pena pecuniária; não o confisco de bens, que, como vimos, cumulava-se à pena de morte ou, associado à escravidão ou ao exílio, a ela se oferecia como alternativa, mas sim a multa que empreendia a composição de

O importante nesse direito germânico é a ausência de um terceiro imparcial, que se coloca entre o autor e a vítima do delito para descobrir a verdade e estabelecer a forma de resolução do conflito: neste período, os conflitos eram resolvidos pelos próprios envolvidos, em um sistema regulado, como disse Foucault, pela “luta e pela transação”<sup>50</sup>.

A justificativa para essa organização jurídica vem da conformação política dos germanos na Alta Idade Média. Consoante é cediço, vigorava, na época, a tradição da Vassalagem, no bojo da qual o vassalo se colocava à disposição do suserano para a luta e este se comprometia a fornecer armas àquele. Consoante nos ensina Alexandre Ribas:

O poder político temporal alto medieval entre os germânicos se caracterizava por ser, essencialmente, uma relação privada entre indivíduos de classe dos guerreiros, formando uma espécie de família artificial vinculada a um contrato pessoal de submissão e fidelidade. A antiga ideia clássica de cidadania, como sendo uma instituição pública, voltada para a coesão social, praticamente desapareceu na administração temporal, especialmente com a difusão das relações de vassalagem entre os francos extensível, após as batalhas do século VIII, aos visigodos e longobardos remanescentes nos territórios do Reino Franco.<sup>51</sup>

A prevalência do privado, nessa época, justifica o porquê da privatização da administração da justiça no direito germânico, que resolvia os litígios criminosos por meio de um procedimento de luta e transação, sem a imposição de uma sentença criminal verticalizada sobre o causador do dano, por um processo de descoberta da verdade.

Estes procedimentos, típicos do direito germânico, prevalecem durante muito tempo, mormente nos séculos V a X<sup>52</sup>. A partir dos séculos XII e XIII, a Europa assiste a uma modificação progressiva no sistema de resolução dos litígios que vai repercutir na história do mundo ocidental. A resolução de conflitos penais abandona as características da luta e da transação e vai absorvendo procedimentos de busca da verdade, formação de terceiro imparcial, surgimento da sentença, etc., ou seja,

---

qualquer delito ou especificamente do homicídio e lograva transcender a ruptura da paz e encerrar a inimidade”. BATISTA, 2002, p. 53.

<sup>50</sup> FOUCAULT, 2002, p. 57.

<sup>51</sup> PAULO, 2011, p. 241.

<sup>52</sup> Assim em Foucault: “Assim, o direito feudal é essencialmente de tipo germânico. Ele não apresenta nenhum dos elementos dos procedimentos de inquérito, de estabelecimento da verdade das sociedades gregas ou do império romano”. FOUCAULT, op. cit., p. 58.

os procedimentos embrionários do paradigma punitivo<sup>53</sup>.

A modificação da forma de resolução dos conflitos é fruto, sobretudo, de alterações nos meios de produção e de acumulação de riquezas observadas na mudança da Alta para a Baixa Idade Média, e, ainda, nas alterações sociais e políticas do período<sup>54</sup>. A formação da primeira *monarquia feudal*, ainda na Baixa Idade Média, a partir de meados do século XII, também propiciou o ressurgimento do *Direito Romano*, de modo que o Sistema Jurídico passou a ter regramento distinto dos preceitos que vigoravam no direito germânico. Por evidente, a substituição não é imediata entre o direito da luta e da transação típico dos germânicos e o novo paradigma de apropriação do conflito pelo soberano<sup>55</sup>, apresentando-se como um processo paulatino de mudança, influenciado por diversos fatores.

Para entendermos essa transição na forma de resolução dos conflitos penais precisamos, mais uma vez, analisar o contexto histórico e cultural da Europa dos séculos XI e XII. Trata-se do período em que o Cristianismo, definitivamente, afirmou-se na Europa<sup>56</sup>, determinando toda a sorte de mudanças que estão por vir. A primeira delas – já referimos – diz respeito à criação das monarquias feudais. Trata-se de um processo curioso, de centralização e, ao mesmo tempo, compartilhamento do poder, o que, aprioristicamente, dá uma ideia de contradição.

O paradoxo é, contudo, apenas aparente. Na Baixa Idade Média, as monarquias feudais<sup>57</sup>, que surgem após o Império Carolíngio, são caracterizadas pela tentativa de “conciliar o que lhes resta de poder com a fragmentação feudal”<sup>58</sup>, de maneira que os Reis do segundo período medieval tinham poderes limitados, atuando no campo que sobrava do poderio dos feudos.

---

<sup>53</sup> “Foram necessários praticamente três séculos de contato entre os institutos jurídicos germânicos e os romanos remanescentes na Europa ocidental para, finalmente, descambar no arbítrio das resoluções de conflito nas mãos das potestades cristãs da era feudal, tornando o Direito medieval, que teve sementes jurídicas comunitárias (germânica) e sistemáticas (romana) em uma era de justiça eminentemente privada, oriunda das arbitrariedades oriundas das autoridades feudais”. PAULO, 2011, p. 257.

<sup>54</sup> Cf. FOUCAULT, 2002, p. 76-88.

<sup>55</sup> O próprio Direito germânico já vai sofrendo interferências do direito Romano, de modo que ao “caráter privado do *ius puniendi* foi se ligando um suposto interesse público”. PAULO, op. cit., p. 253.

<sup>56</sup> Cf. LE GOFF, 2010, p. 76.

<sup>57</sup> Apenas para lembrarmos, importa afirmar que nem toda a Europa se organizou e unificou no mesmo tempo. Inglaterra e França foram as pioneiras nesse sentido, mas, no restante da Europa, essa realidade demorou a se afirmar. Cf. *Ibid.*, p. 106-107.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 101.

A majestade das monarquias feudais era a imagem de Deus na terra, *exercendo a função essencial de promover a Justiça e a paz* – consoante ensina Le Goff: “nos julgamentos de sagração e de coroação, ele (o rei) se compromete em relação a Deus, à Igreja e ao povo”<sup>59</sup>. Assim, observamos que o Cristianismo resplandece no próprio ordenamento político e jurídico, nos objetivos de justiça, premissa que será imprescindível para a compreensão da mudança do procedimento de resolução dos conflitos penais.

A cristianização do sistema jurídico traz consigo duas consequências fundamentais: a dogmática e o inquérito<sup>60</sup>. A Igreja passa a exercer o monopólio sobre a produção cultural e jurídica europeia e, nesse período, ocorre o que Tércio Sampaio Ferraz Júnior chama de nascimento da ciência jurídica europeia<sup>61</sup>, por volta do século XI. A Igreja Católica, que, com a derrocada do Império Romano, herdou as características espirituais e políticas de Roma<sup>62</sup>, retoma, no seu firmamento na Baixa Idade Média, o Direito Romano, mormente com o *Corpus Juris Civilis*, de Justiniano, e acrescenta outras normas jurídicas, como o *Decretam*<sup>63</sup> de Graciano, e os concílios ecumênicos e regionais<sup>64</sup>.

O Direito Canônico, a partir de então, “encontra-se inafastavelmente associado à questão de quem proferirá a palavra legítima, ou seja, de quem terá a premência de dizer o que é a verdade e, com isso, controlar a instituição da própria realidade”<sup>65</sup>. A dogmática da Igreja e o nascimento da ciência jurídica em Bolonha são responsáveis pela criação de um saber especializado para resolver conflitos. Assim, nasce “uma classe nova: aqueles que na Igreja viriam dominar pelo seu particular saber de cânones”<sup>66</sup>, os quais se transformam em funcionários aptos a resolver os conflitos da sociedade, aplicando a justiça.

A mudança é clara: enquanto no Direito Germânico da Alta Idade Média, o jogo

<sup>59</sup> LE GOFF, 2010, p. 104.

<sup>60</sup> Cf. SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 261.

<sup>61</sup> Cf. FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 62.

<sup>62</sup> Cf. *Ibid.*, p. 57.

<sup>63</sup> Cf. *Ibid.*, loc. cit.

<sup>64</sup> Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história: lições introdutórias**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 78.

<sup>65</sup> SANTOS, op. cit., p. 278.

<sup>66</sup> LOPES, op. cit., p. 83.

da prova não servia para indicar a verdade, mas para demonstrar a superioridade de um sujeito sobre o outro, para que pudesse ser exercida a própria justiça pelas partes (com a luta ou a transação), no Direito Canônico nascente, que retoma o Direito Romano e introduz neste alguns dogmas, haveria um sujeito responsável por encontrar a verdade e aplicar a solução justa.

O inquérito, como sinalizamos, também vai (re)surgir<sup>67</sup> na Baixa Idade Média como influência da Igreja e do Direito Canônico. O (re)surgimento do inquérito, na Baixa Idade Média, é fruto de um movimento cultural que começa a preparar o Renascimento, na transição da história da época medieval para a época moderna. O inquérito, mais do que um novo regramento, passa a transformar-se em uma forma de adquirir o conhecimento. “O inquérito”, alerta Foucault, “é precisamente uma forma política, uma forma de gestão, de exercício de poder que, no meio da instituição judiciária, veio a ser uma maneira, na cultura ocidental, de autenticar a verdade [...]”<sup>68</sup>.

Esse novo conjunto de regras de resolução dos conflitos, com as infrações penais, assume novos contornos de descoberta da verdade, a partir da nova formação do inquérito, e da sentença criminal, em um procedimento mais vertical do que horizontal, em substituição ao jogo de provas típico do Direito Germânico. Assim é que, paulatinamente, a partir da práxis da Baixa Idade Média, o Direito Criminal assume características distintas do Direito Germânico, começando a estruturar as bases para a formação de um conjunto de regras, que, futuramente, será o paradigma normal de resolução dos conflitos penais.

No período da Baixa Idade Média, a reparação que o ofensor deve ao Estado, após a proclamação de uma sentença criminal que respeita os moldes do inquérito, assume contornos punitivos. O ofensor seria punido pelo soberano; essa era a resposta a ser dada pela violação da lei.

Foucault elucida bem a mudança das regras, apresentando quatro

---

<sup>67</sup> Destacamos o ressurgimento do inquérito e não o seu simples surgimento na baixa idade média porque, como bem sinalizou Foucault, na Grécia, já havia uma forma de descoberta da verdade pelo inquérito, que se desenrola no Edipo-rei, que consistia em “opor uma verdade sem poder a um poder sem verdade”, ou seja, consistia em um procedimento todo regulado para a descoberta de uma verdade e solução do caso. Esse inquérito é esquecido na alta idade média, como visto, mas retoma na baixa idade média com características novas, consoante demonstraremos. Cf. FOUCAULT, 2002, p. 53-55.

<sup>68</sup> Ibid., p. 78.

características que são essenciais para a compreensão desse novo modelo que surge. Em primeiro lugar, a *justiça deixa de ser feita entre as partes para ser-lhes imposta*, por um terceiro que tem o poder de decidir os litígios, o Poder Judiciário. Em segundo lugar, aparece um “personagem novo”, o Procurador, bem explicitado por Foucault como “representante do soberano ou do rei”<sup>69</sup>, que vai assumir o papel de “dublar a vítima”, substituí-la, afirmando que o soberano tem o dever de resolver o litígio, porque a infração criminal deixa de ser concebida como um dano de um indivíduo a outro, para ser entendida como infração criminal, a ofensa a um soberano<sup>70</sup>. O conceito novo de infração criminal, aponta Foucault, é uma característica desse conjunto de regras nascentes, uma vez que o rei ou soberano, a partir do momento que se diz afetado pelo delito, *transforma a noção de dano na noção de infração criminal*, pautando-se num ataque à lei do soberano<sup>71</sup>. O nascimento da ideia de infração criminal é fundamental para justificar o confisco do conflito pelo soberano, tirando-o das mãos dos sujeitos diretamente responsáveis. Por fim, Foucault assinala que esse conjunto de mudanças repercute na própria resposta e reparação cabível ao ofensor: se o soberano é lesado pela infração criminal, se o representante do soberano é responsável pela resolução do litígio, então resta evidente que também a reparação deve ser voltada para o rei; é ele que exige reparação.

Observamos, de forma frequente, a referência ao Direito Canônico e ao inquérito como o progresso do Direito Criminal e racionalização do sistema de resolução dos litígios criminais.<sup>72</sup> É bom deixar claro, já neste momento, contudo, que essa premissa é vista, por nós, com reservas. Não se duvide que o inquérito afastou a prevalência da vontade de um sujeito em relação ao outro, que ocorria com o jogo de prova dos germânicos, afastando a vingança privada da vítima e minorando algumas injustiças desta atuação, a exemplo da violência característica do momento.

---

<sup>69</sup> FOUCAULT, 2002, p. 65.

<sup>70</sup> “Com a proibição da possibilidade de resolução dos conflitos na esfera comunitária, a única esperança que restou para os súditos cristãos, diante das mudanças culturais promovidas nos mecanismos tradicionais de jurisdição era de que Deus mandasse um representante (rei ou nobre) piedoso e capaz de estabelecer a paz em consonância com os valores cristãos”. PAULO, 2011, p. 257.

<sup>71</sup> Nesta fase, ainda não se pode referir a Estado, porque os Estados nacionais ainda não se encontravam consolidados.

<sup>72</sup> Cf. NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 289-291.

Não podemos olvidar, contudo, que essa neutralização da vítima, a partir do inquérito, com a noção de ofensa criminal que repercute como ofensa ao soberano e à Igreja, identificando crime e pecado, contribui para a abstração da noção de crime que vemos ainda hoje e para o desenvolvimento de um sistema criminal mais comprometido com questões legais do que com pessoas.

Em outros termos, a formação de um terceiro imparcial, que se coloca entre a vítima e o infrator e é responsável por colher a verdade e aplicar a justa reparação desumaniza a ideia de crime, porque, segundo nos parece, *esquece a noção de dano concreto causado a pessoas de carne e osso, que sofrem na pele as consequências de um fato criminoso praticado*. Assim, não nos parece que tenha havido esse avanço todo quando a vítima do delito perde completamente o poder e a voz, ficando, muitas vezes, desamparada pelo próprio Estado, quando as atenções são voltadas, exclusivamente, para a ofensa e o ofensor.

O fato é que, seja considerado um avanço racional ou um retrocesso, o sistema de inquérito e de descoberta da verdade por um procedimento guiado por regras, com a participação de um terceiro imparcial que iria resolver os conflitos desenvolve-se ao longo da Baixa Idade Média e é absorvido também pelo Antigo Regime, na construção dos Estados nacionais e das monarquias absolutistas<sup>73</sup>. As monarquias absolutistas, que começam a se desenvolver no chamado “outono” da Idade Média, são fruto da unificação dos estados não mais sob o prisma geográfico, mas a partir de um sentimento psicológico coletivo a que se deu o nome de nacionalismo ou sentimento nacional<sup>74</sup>.

Nas monarquias absolutistas, da mesma forma que nas monarquias feudais, o rei era o representante de Deus na terra, responsável por fazer a justiça neste mundo. Só que, ao contrário do que ocorria na Baixa Idade Média, o sentimento de nacionalismo crescente nas monarquias absolutistas facilitou o surgimento de um Estado em que o poder passasse a ser ilimitado e centralizado na mão do monarca, fato este que pode ser traduzido perfeitamente na frase atribuída ao Rei da França, Luiz XIV, “L'État c'est moi”, ou, em vernáculo, “o Estado sou eu”.

A manutenção do inquérito e da punição, segundo pensamos, não é surpresa

---

<sup>73</sup> Regime Aristocrático por volta dos séculos XIV a XVIII, quando foi derrotado pela Revolução Francesa.

<sup>74</sup> Cf. LE GOFF, 2010, p. 248.

alguma já que a centralização do poder na mão do Rei, com dispersão dos pequenos poderes típicos do feudalismo, e a criação de um Estado Nacional centralizado são compatíveis com a centralização da forma de resolução de litígios que renasce, adquire novas características e desenvolve-se na Baixa Idade Média<sup>75</sup>.

O sistema absolutista de punição era composto de algumas espécies preferidas de punições: os trabalhos forçados, as penas de deportação, as de multa e as penas físicas. Estas últimas, também conhecidas como suplícios, ocupavam a menor parte das punições<sup>76</sup>, quando comparadas com as demais. Nada obstante, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento.

As casas de correção, embrião da nossa atual concepção de prisão, eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral; não gozavam, no princípio, de primazia enquanto modelo de punição, ganhando notoriedade tempos depois.

No período absolutista – exceção feita para a Inquisição, de que não trataremos aqui por extrapolar os limites deste trabalho, já que não se refere à criminalidade cotidiana, mas a expediente do cristianismo para impedir determinadas condutas – curiosamente, não havia uma necessidade ou obrigação de punir. Ao contrário do que se possa pensar, a centralização do poder na mão do monarca não obrigava a uma punição enquanto necessidade imperiosa. Segundo Alvaro Pires<sup>77</sup>, no Antigo Regime, “o príncipe deve dar exemplos impressionantes, mas raros”. Havia o que pode ser considerado como “faculdade de punir ilimitadamente”: a pena não era uma obrigação, mas, uma faculdade, e havia rigor na sua aplicação. O rei detinha o que poderíamos chamar de um “poder discricionário” de aplicação da punição.

O monarca, que continua sendo o representante de Deus na Terra , da mesma

---

<sup>75</sup> Foucault, ainda tratando do nascimento da sentença, mas em raciocínio que pode ser transposto para comprovar a necessidade de mudança do sistema de litígios para o novo momento político das monarquias, afirma: “O rei ou seu representante, o procurador, não podem arriscar suas próprias vidas ou seus próprios bens cada vez que um crime é cometido. Não é em pé de igualdade, como uma luta entre dois indivíduos, que acusado e promotor se defrontam. é preciso encontrar um mecanismo que não seja da prova, da luta entre adversários, para saber se alguém é culpado ou não”. FOUCAULT, 2002, p. 68.

<sup>76</sup> Cf. Id. **Vigiar e punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1997, p. 35.

<sup>77</sup> Citação extraída do material gentilmente enviado a nós pelo Professor Alvaro Pires, por correio eletrônico, sobre trabalho ainda em revisão a ser lançado no Brasil. Cf. PIRES, Álvaro. **A formação da racionalidade penal moderna nos séculos XVIII e XIX**. [201-]. Não publicado, p. 12.

forma que nas monarquias feudais, deveria ser amado e temido: o Rei era o “pastor e pai dos súditos, que mais se devia amar do que temer”, cabendo a este “a decisão política de dosar o perdão, difundindo-se no imaginário social a ideia de que o rei, mais que punir, devia ignorar e perdoar, não seguindo a risca o rigor do direito”<sup>78</sup>. Essa realidade é explicável pelo que já salientamos nas linhas anteriores: o crime ofende o Soberano, o Rei, de modo que este tem em seu poder a escolha entre a punição e o perdão, como forma de resposta a ofensa que lhe foi feita.

Nas monarquias absolutistas, portanto, a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade<sup>79</sup>, para garantir a presença do rei enquanto o dispensador de justiça divina na terra, do que um efetivo instrumento de *controle e coerção social*<sup>80</sup>, como se vai observar a partir da revolução francesa, de que trataremos abaixo.

O direito criminal do antigo regime dispensava-se, portanto, uma intervenção criminal “quotidiana e efetiva”<sup>81</sup>, mas não prescindia de uma pena dolorosa e pública, um espetáculo sangrento de suplício<sup>82</sup>. Foucault narra com detalhes um desses episódios:

Uma criada de Cambral, que matara sua senhora, é condenada a ser levada ao lugar do suplício numa carroça ‘usada para retirar as imundices em todas as encruzilhadas’; lá haverá uma forca a cujo pé será colocada a mesma poltrona onde estava sentada a senhora Laleu, sua patroa, quando foi assassinada; e sendo colocada lá, o executor da alta justiça lhe cortará a mão direita e em sua presença a jogará ao fogo e lhe dará imediatamente depois quatro facadas com a faca utilizada por ela para assassinar a senhora Laleu, a primeira e a segunda na cabeça, a terceira no antebraço

<sup>78</sup> NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 191-206, 1996, p. 200.

<sup>79</sup> FOUCAULT vai esclarecer, de forma bem elucidativa, esse símbolo do poder do rei, quando afirma: “A atrocidade que paira sobre o suplício desempenha portanto um duplo papel: sendo o princípio da comunicação do crime com a pena, ela é por outro lado a exasperação do castigo em relação ao crime. Realiza, ao mesmo tempo, a ostentação da verdade e do poder; é o ritual do inquérito que termina e da cerimônia onde triunfa o soberano (grifo nosso)”. FOUCAULT, 1997, p. 55.

<sup>80</sup> O princípio do maior número está ligado a uma sociedade que vê a “população” como um problema e que acredita que, para moralizar, é preciso haver cada vez mais o recurso a uma punição massiva, como se se tratasse de um sistema de vacinação no qual se sabe antecipadamente que não será possível atingir diretamente o conjunto da população alvo, mas se espera produzir sobre ela um efeito de ricochete. Cf. PIRES, [201-], p. 12.

<sup>81</sup> HESPANHA, António Manuel B. Da iustitia à disciplina: textos, poder e política criminal no antigo regime. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 2, p. 139-232, 1984, p. 148 .

<sup>82</sup> Uma pena, para ser um suplício, deve obedecer a três critérios principais: em primeiro lugar, produzir uma certa quantidade de sofrimento que possa, se não medir exatamente, ao menos apreciar, comparar e hierarquizar[...]. O suplício repousa na arte quantitativa do sofrimento. [...] O suplício criminal não corresponde a qualquer punição corporal: é uma produção diferenciada de sofrimentos, um ritual organizado para a marcação das vítimas e a manifestação do poder que pune[...]. FOUCAULT, op. cit., p. 35-36.

esquerdo, e a quarta no peito; feito o que, será pendurada e estrangulada na dita forca até a morte; e depois de duas horas seu cadáver será retirado e a cabeça separada ao pé da dita forca sobre o dito cadafalso, com a mesma faca que ela utilizou para assassinar a sua senhora e a cabeça exposta sobre uma figura de vinte pés fora da porta da dita cambral, junto ao caminho que leva a Douai, e o resto do corpo posto num saco, e enterrado perto do dito poste, a dez pés de profundidade.<sup>83</sup>

Importa assinalarmos, ainda, que, enquanto os suplícios dos condenados eram, de preferência, públicos, os processos penais eram secretos para o público em geral e para o acusado do crime. O réu não tinha direito de saber o motivo da acusação, quem era o seu acusador, tampouco os rumos do processo movido em seu desfavor. Apesar de ser público, o processo do antigo regime possuía regras sobre a teoria da prova<sup>84</sup> completa e complexa, que admitia um sistema hierarquizado e esquematizado de provas. Demais disto, tratava-se de um processo que, absorvendo o formalismo da Baixa Idade Média, era predominantemente escrito, com poucas intervenções orais. Só com a condenação e a sentença que os suplícios se tornavam públicos, muitas vezes com a obrigação de colaboração do próprio condenado.<sup>85</sup>

Esse sistema criminal absolutista pode ser denominado de sistema pré-clássico do direito criminal, no sentido de que é anterior à “escola” clássica do direito criminal, que vai absorver as ideias de Beccaria, Bentham, Montesquieu, entre outros, com seus princípios de humanização no século XVIII. Esse sistema pré-clássico criminal não detinha um saber desenvolvido e racionalmente firmado, ou seja, uma formulação teórica elaborada sobre a punição. O delito era identificado como pecado e a pena como castigo divino.

No século XVIII, conhecido como *A era das revoluções*<sup>86</sup>, os movimentos iluminista e humanista e as revoluções francesa e industrial<sup>87</sup> alteram a realidade

---

<sup>83</sup> FOUCAULT, 1997, p. 46.

<sup>84</sup> Cf. Ibid., p. 38.

<sup>85</sup> “Descalço, de camisola, levando uma tocha, de joelhos, dizer e declarar que com maldade, horrivelmente, traidoramente e com intenção premeditada, ele havia cometido um crime detestável, etc.”. Ibid., p. 44.

<sup>86</sup> Título da primeira trilogia do historiador Eric Hobsbawm, um dos maiores especialistas da atualidade no tema.

<sup>87</sup> A transição do antigo regime é marcada por algumas revoluções políticas, mas, sem dúvidas, a revolução francesa é a mais marcante delas, não só pela densidade das suas ideias mas, sobretudo, pela intensidade de suas consequências. De acordo com Hobsbawm: “O final do século XVIII, como vimos, foi uma época de crise para os velhos regimes da Europa e seus sistemas econômicos, e suas últimas décadas foram cheias de agitações políticas, às vezes chegando a ponto da revolta, e de movimentos coloniais em busca de autonomia, às vezes atingindo o ponto da secessão: não só nos EUA (1776-83) mas também na Irlanda (1782-4), na Bélgica e em Liège (1787-90), na Holanda (1783-7), em Genebra e até mesmo - conforme já se discutiu - na Inglaterra (1779). A quantidade de

histórica, cultural e socioeconômica do antigo regime, fato este que iria repercutir no sistema criminal. As revoluções objetivaram modificar o sistema de produção do antigo regime<sup>88</sup>, e, principalmente, afastar toda uma sorte de privilégios abusivos que detinham os membros da nobreza e do clero durante o *ancien regime*, pugnando por uma sociedade em que as desigualdades de nascimento não fossem mantidas (em que pese fossem admitidas outras formas de desigualdade, como veremos a seguir).

A Era das revoluções mantém a punição e a expropriação do conflito das partes, mas constrói uma racionalidade teórica que modifica algumas concepções e práticas dos absolutistas, sobretudo no que tange aos suplícios públicos. A partir da segunda metade do século XVIII, nasce um movimento que defende uma nova e mais “humana” forma de punir.

O Iluminismo, como vai nos apresentar Alexis de Tocqueville, não pode sequer ser denominado de movimento, uma vez que os escritores e pensadores que o conceberam possuíam uma diversidade de ideias que jamais poderia ser agrupada em uma teoria única<sup>89</sup>. O que os pensadores tinham em comum, de acordo com as próprias palavras do autor, era a premissa de que era conveniente “substituir as regras simples e elementares, buscadas na razão e na lei natural, aos costumes complicados e tradicionais que regem a sociedade de seu tempo (absolutismo)”<sup>90</sup>.

Os iluministas, que resgataram ideias da Idade Antiga sobre o humanismo e a razão, desenvolveram suas teorias na brecha que foi fornecida pela própria aristocracia da época. A nobreza do antigo regime perdeu, sem se dar conta, a

---

agitações políticas é tão grande que alguns historiadores mais recentes falaram de uma "era da revolução democrática", em que a Revolução Francesa foi apenas um exemplo, embora o mais dramático e de maior alcance e repercussão". HOBBSAWN, Eric. **A era das revoluções: 1789-1848**. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 39.

<sup>88</sup> Em 1789, ano da revolução francesa, segundo nos narra Hobsbawn, a Europa era predominantemente rural. Em países como a Rússia, a Escandinávia ou os Bálcãs, onde a cidade jamais se desenvolvera de forma acentuada, cerca de 90 a 97% da população era rural. Mesmo em áreas com uma forte tradição urbana, ainda que decadente, a porcentagem rural ou agrícola era extraordinariamente alta: 85% na Lombardia, 72-80% na Venécia, mais de 90% na Calábria e na Lucânia, segundo dados disponíveis. De fato, fora algumas áreas comerciais e industriais bastante desenvolvidas, seria muito difícil encontrar um grande Estado europeu no qual ao menos quatro de cada cinco habitantes não fossem camponeses. E até mesmo na própria Inglaterra, a população urbana só veio a ultrapassar a população rural pela primeira vez em 1851. (p. 07) Demais disto, a servidão permanecia o regime típico do camponês da época. Cf. *Ibid.*, p. 10.

<sup>89</sup> Cf. TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 154.

<sup>90</sup> *Ibid.*, loc. cit.

influência sobre as opiniões do povo, deixando um vazio no “governo dos espíritos”<sup>91</sup> populares, o que propiciou o avanço das ideias da razão na mente dos então súditos. A aristocracia acreditava que a manutenção do poder, de *per se*, bastava para a manutenção do regime, esquecendo-se da força de novos ideais. As sementes da revolução começam a ser plantadas, portanto, de forma discreta, despercebida pela própria elite aristocrática da época.

Os iluministas planejavam a libertação dos homens e a prevalência da razão, do conhecimento. O ideal de liberdade, acolhido pela Revolução Francesa anos mais tarde, propugnava uma liberdade de pensamento, liberdade política e, sobretudo, uma liberdade econômica. Demais disto, os iluministas vão difundir e firmar a opinião arraigada de que a razão é a senhora do progresso e que o domínio e o *controle da natureza e da sociedade podem ser conseguidos com a racionalidade*<sup>92</sup>.

Os teóricos iluministas também se voltam para o poderio da Igreja Católica, o que a faz perder espaço no mundo Europeu Ocidental. Direito natural, Deus homem pelo Deus razão. O Iluminismo lança as bases teóricas e filosóficas para as revoluções que estão por vir.

O Iluminismo e as Revoluções Industrial e Francesa da Era das revoluções do século XVIII modificaram a Europa (e, como a Europa irradiou a sua filosofia, modificou o mundo ocidental), de maneira que, ao final do século, nasce um mundo novo. E, esse “novo mundo” não aceitava mais a punição da forma que era realizada no Antigo Regime<sup>93</sup>. Assim, paulatinamente, como são todas as mudanças históricas, o sistema criminal vai abandonando traços marcantes do antigo regime.

Na época clássica (nomenclatura conferida ao pensamento que dominava o mundo novo), já não se aceitam os suplícios e o processo secreto. Tampouco, era aceita a execução pública e a participação popular nos suplícios, que, além da atrocidade que promovem, passam a ser vistas como uma usurpação do poder de punir. No antigo regime, o povo queria ver e participar dos suplícios, fazia questão de que estes fossem impostos e, por vezes, queria aplicar até a violência contra os

---

<sup>91</sup> TOCQUEVILLE, 2009, p. 157.

<sup>92</sup> Cf. HOBBSBAWN, 2009, p. 15.

<sup>93</sup> “É preciso punir de outro modo: eliminar essa confrontação física entre o soberano e o condenado; esse conflito frontal entre a vingança do príncipe e a cólera contida do povo, por intermédio do supliciado e do carrasco”. FOUCAULT, 1997, p. 71.

supliciados. Isso ocorria porque, como ensina Foucault, “o soberano [...] tolerava um instante as violências que ele permitia como sinal de fidelidade, mas às quais opunha imediatamente os limites de seus próprios privilégios”<sup>94</sup>. A Era liberal não poderia aceitar essas usurpações do poder de punir, que deveria ser racionalmente organizado.

No Direito Criminal dessa época (o Direito Criminal clássico), começam a ser erigidos os postulados básicos que vão nortear a ciência e tentar<sup>95</sup> influenciar o funcionamento do sistema criminal que adotamos hoje. Em Beccaria<sup>96</sup>, no célebre dos delitos e das penas, é possível ver algumas premissas do novo plano de funcionamento do sistema.

Primeiramente, Beccaria vai tratar da origem do direito de punir, apresentando os comportamentos que podem ser passíveis de punição, assinalando que as condutas que vão ser punidas devem ser necessárias ao “depósito de salvação pública”<sup>97</sup>, ou seja, devem ser estabelecidas para resguardar a proteção de bens indispensáveis para a convivência harmônica. Beccaria, cuja influência clara foi Montesquieu, vai afirmar que as penas devem ser estabelecidas mediante lei, a ser editada pelo parlamento, o legítimo representante do povo<sup>98</sup>. As leis, segundo Beccaria, não devem ser obscuras, descrevendo fielmente a conduta (taxatividade da lei criminal).

Na criação das infrações penais, os clássicos utilizam o discurso que prega uma distinção entre pecado e crime<sup>99</sup>, decorrente do Estado laico. Esta característica não é tão claramente apresentada em Beccaria, mas vai ser elucidada por Foucault, quando assevera que o crime não se confunde com a falta, porque esta é uma infração à lei natural, moral e religiosa, ao passo que aquele é uma infração à lei civil, editada pelo parlamento<sup>100</sup>.

Um ponto importante nos clássicos, visto em Beccaria, é a necessidade de

---

<sup>94</sup> FOUCAULT, 1997, p. 58.

<sup>95</sup> Gostamos de frisar que os princípios apenas tentaram influenciar o funcionamento do sistema criminal, porque, como é visível, o sistema não funciona como diz, fugindo das suas próprias determinações.

<sup>96</sup> Importa ressaltar que Beccaria escreveu dos delitos e das penas antes das revoluções, mas suas ideias foram adotadas e seguidas na construção do sistema criminal clássico.

<sup>97</sup> BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru: Edipro, 2011, p. 28.

<sup>98</sup> Ibid., p. 29.

<sup>99</sup> Cf. FOUCAULT, 2002, p. 80.

<sup>100</sup> Ibid., loc. cit.

punição de todos os delitos conhecidos<sup>101</sup>. A certeza da pena e da punição é um ponto bem explorado, como oposição à faculdade de punir do *ancién regime*. No sistema clássico, abandona-se a faculdade de punir ilimitadamente em nome da obrigação de punir limitadamente<sup>102</sup>. A necessidade do castigo vai atingir a finalidades utilitaristas, porque o castigo deve ser o exemplo apto a afastar os cidadãos da criminalidade. O fundamental, portanto, não é um castigo violento, mas um castigo certo<sup>103</sup>. A suavidade dos castigos é ser obtida com o aumento da incidência desses<sup>104</sup>.

Encaixam-se aqui, portanto, os princípios de humanização das sanções e demais princípios racionais do sistema criminal, que pregam a abolição dos suplícios e a adoção de castigos que devem atingir não o corpo do condenado, mas a sua alma. O Iluminismo considera atrozes os sofrimentos causados pelos suplícios, abominando os espetáculos sangrentos típicos do *Ancién Regime*.

A certeza do castigo precisa ser afirmada em um processo público<sup>105</sup>, distinto do processo do Antigo Regime, no qual não se conhecia o acusador, o julgador, os argumentos.

O castigo, como resposta certa aos crimes, proferido por processo público e aplicado de forma humana, guarda relação intrínseca com a sociedade que se constrói na era das revoluções e em momento posterior, a sociedade governada pelas leis da razão, planejada e ordenada, a sociedade disciplinar que vai ser construída nos séculos XVIII e XIX.

Eis aqui o esboço breve da afirmação do paradigma de punir que temos como regra no direito criminal de hoje.

---

<sup>101</sup> Cf. BECCARIA, 2011, p. 20.

<sup>102</sup> Cf. PIRES, [201-], p. 42.

<sup>103</sup> Não é o rigor do suplício que previne os crimes com mais segurança, mas a certeza do castigo, o zelo vigilante do magistrado e essa severidade inflexível que só é uma virtude do juiz quando as leis são brandas. A perspectiva de um castigo moderado, mas inevitável causará sempre uma forte impressão mais forte do que o vago temor de um suplício terrível, em relação ao qual se apresenta alguma esperança de impunidade. Cf. BECCARIA, op. cit., p. 75.

<sup>104</sup> Foucault explica bem esse trade-off entre as duas variáveis em questão, quais seja, suavidade dos castigos e aumento da incidência: “[...] o afrouxamento da criminalidade no decorrer do século XVIII, ou, de maneira mais precisa, o duplo movimento pelo qual, durante esse período, os crimes parecem perder violência, enquanto as punições, reciprocamente, reduzem em parte sua intensidade, mas à custa de múltiplas intervenções”. FOUCAULT, 1997, p. 73.

<sup>105</sup> Cf. p. 18.

### 2.3 A RACIONALIDADE CRIMINAL MODERNA E O MODO DE ENXERGAR O SISTEMA

O esforço histórico do surgimento do paradigma, apresentado acima, auxilia-nos à compreensão do seu surgimento e do seu funcionamento prático. As racionalidades estruturais e as justificativas que o mantêm, contudo, bem assim as características que fazem desse paradigma um modelo de ciência criminal a ser seguido ainda não foram apresentadas por nós. Dedicar-nos-emos a esses temas neste subtópico e nos que seguem.

O primeiro ponto a ser tratado aqui será a razão estrutural bem delimitada do paradigma, identificada naquilo que se convencionou chamar de racionalidade criminal moderna.

Para a correta compreensão sobre o tema, precisamos, num primeiro momento, fazer uma breve digressão sobre os termos razão e racionalidade, compreendendo os seus significados nos limites da metodologia jurídica. Consoante explanado por Castanheira Neves, a *ratio* ou razão é entendida como “uma relação discursiva, no plano cultural, pensada sobre um enunciado e uma coisa”<sup>106</sup>, ou seja, é um conjunto de pressupostos e conclusões que permitem a explicação e a justificação de um determinado objeto, sujeito ou fenômeno, conferindo-lhe sentido distinto daquele do senso comum<sup>107</sup>. A racionalidade, por seu turno, vem a ser o conjunto de proposições obtidas por meio da razão que formam regras do pensamento e conferem “validade objectiva”<sup>108</sup> a um determinado tipo conhecimento, aferida pela “capacidade de fundamentação e criticidade da mediação racional-discursiva das afirmações do pensamento”<sup>109</sup>.

No caso criminal, de acordo com Álvaro Pires<sup>110</sup>, a racionalidade estrutural consiste em uma maneira particular de conceber a Justiça Criminal, responsável por

<sup>106</sup> NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 34.

<sup>107</sup> “Por isso, a antiítese da razão temo-la na intuição e na emoção, enquanto atitudes vivenciais sem mediação pelo pensamento e seu discurso e, portanto, também sem pressupostos de fundamentação e de justificação – que o mesmo é dizer sem validade (ou pretensão de validade) transubjectiva ou objectiva (sic)”. Ibid., p. 35.

<sup>108</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>109</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>110</sup> Cf. PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004, p. 39.

manter a estrutura e a forma de funcionamento deste e que começou a ser construída a partir do século XVIII – o que justifica a utilização do adjetivo moderna. *A racionalidade moderna consubstancia um sistema único de regras jurídicas, constituídas com finalidades e valores próprios, que fazem do Direito Criminal um subsistema peculiar dentro do direito*<sup>111</sup>.

Desta forma, verificamos que a referida racionalidade criminal moderna assume a função de construir todo um arcabouço dogmático, que faz do Direito Criminal um subsistema apartado, com características unívocas e particulares no interior do Direito.

Estabelecido o conceito inicial de racionalidade criminal moderna, convém tratar dos fundamentos desta racionalidade. Sob esta perspectiva, convém salientarmos que o subsistema criado pela racionalidade criminal construiu uma “estrutura normativa telescópica”<sup>112</sup>, na qual se vislumbra a existência de normas de comportamento (preceito primário) conectadas, inexoravelmente, às normas de sanção (preceito secundário), de maneira que ambas formam um todo inseparável.

Em outros termos, o que observamos é que, para a racionalidade criminal moderna, a violação a uma norma de comportamento deve, sempre, ser seguida da aplicação de uma norma de sanção, consubstanciada em uma pena aflictiva. Disto resulta a conclusão de que *as normas de comportamento e de sanção representarão um todo unitário, sem que uma possa prescindir da outra: havendo crime, haverá pena – e não outra resposta.*

A unificação das normas de comportamento e das normas de sanção, em uma estrutura única e indispensável, traz consigo algumas consequências. Em um primeiro momento, traz a ideia de que *a natureza do crime será vislumbrada somente quando for possível identificar a presença de uma pena; se esta não existir, o ilícito perpetrado possuirá natureza diversa da criminal*<sup>113</sup>.

Por via de consequência, tanto as normas de conduta, como as normas sanção deverão, sempre, ser aplicadas ao caso. Por certo, se ambas representam um todo indivisível, é possível concluir que ambas devem incidir no caso concreto, de maneira que, quando houver uma violação da norma de comportamento, o Estado

---

<sup>111</sup> Cf. PIRES, 2004, p. 40.

<sup>112</sup> Ibid., p. 41.

<sup>113</sup> Cf. Ibid., p. 42.

estará obrigado a aplicar uma sanção criminal. Há, portanto, a necessidade de sanção punitiva. Nas palavras de Pires:

A racionalidade penal moderna fundamenta a punição como uma *obrigação* ou *necessidade*. [...]. No período pré-clássico, os saberes sobre a pena fundamentavam o direito de punir no sentido pleno da expressão: as penas aflitivas eram concebidas simplesmente como autorizadas, constituindo uma espécie de prerrogativa do Príncipe ou do Poder Judiciário, de modo que a Justiça dispunha de autorização para punir mas também para não punir, buscando alternativas à criminalidade. No quadro da racionalidade criminal moderna passa-se de uma cultura da autorização para punir ilimitadamente a uma cultura da obrigação de punir limitadamente.<sup>114</sup>

Demais disto, além da assertiva anteriormente disposta, observamos que a obrigação de o Estado aplicar uma sanção criminal consubstancia a exigência de que “entre o crime e a sanção deve haver uma identidade de natureza”<sup>115</sup>, de maneira que se o crime é um mal, a pena deve ser, igualmente, um outro mal, tendente a anular o primeiro. A estrutura de punição é, portanto, sempre negativa.

A união entre as normas de conduta e as normas de sanção demonstra que o direito criminal começa a ser estruturado, unicamente, com a presença de penas aflitivas – de preferência, privativas de liberdade –, fator este que impede, obstaculiza, a construção de novas respostas, distintas da pena.

A racionalidade criminal moderna contribui, outrossim, para a criação do mito de que a pena é a melhor forma de assegurar a observância das normas de comportamento, o que faz do saber criminal uma ciência voltada para o punitivismo, “em que o procedimento criminal hostil, autoritário e acompanhado de sanções aflitivas é considerado o melhor meio de defesa contra o crime”<sup>116</sup>. É, por isto, que, consoante assinalado, tanto o modelo retributivo, quanto o modelo preventivo podem ser enquadrados dentro do paradigma punitivo, uma vez que, nestas duas situações, é perceptível a utilização da pena como resposta – seja a pena como um fim em si mesma, ou seja, com o fim de castigar, seja a pena com o fim de inocuizar ou “curar” o infrator.

Em vista do exposto, partindo-se da concepção construída pela racionalidade criminal moderna – unicidade das normas de comportamento e de sanção, com obrigatoriedade de aplicação de ambas, aflitivamente – é imprescindível a existência de um sistema de freios à necessidade punitiva.

---

<sup>114</sup> PIRES, 2004, p. 44.

<sup>115</sup> Ibid., p. 42.

<sup>116</sup> Ibid., p. 43.

Neste contexto, surge o garantismo (com seu maior expoente, Ferrajoli), afirmando que ao sujeito submetido ao procedimento criminal devem ser asseguradas todas as garantias possíveis face ao arbítrio estatal. De fato, se a punição é vista, enquanto necessidade, faz-se imprescindível a criação de um sistema fechado de garantias, com dez axiomas, de modo que não haverá pena sem crime, nem crime sem lei anterior e necessária, tampouco, necessidade de lei sem que exista ofensa a bens, ofensa esta que pressupõe atuação humana, a qual só pode ser levada em consideração se houver culpabilidade definida judicialmente, mediante a observância do sistema acusatório, constituído por produção probatória lícita e ampla defesa<sup>117</sup>. Como bem destacou Ferrajoli:

A pena, de qualquer modo que se justifique ou circunscreva, é de fato uma segunda violência que se acrescenta ao delito e que é programada e executada por uma coletividade organizada contra um solitário indivíduo. Se a propriedade privada por Beccaria ‘um terrível e talvez desnecessário direito’, o poder de punir e de julgar resta seguramente, como escreveram Montesquieu e Condorcet, o mais ‘terrível’ e ‘odioso’ dos poderes: aquele que se exercita de maneira mais violenta e direta sobre as pessoas e na qual se manifesta de forma mais conflitante o relacionamento entre o Estado e o cidadão, entre autoridade e liberdade, entre segurança social e direitos individuais<sup>118</sup>.

Assim, por se estar diante desta forma de pensar o direito criminal, voltada para o punitivismo, todas as garantias inibitórias que puderem ser conferidas ao cidadão deverão ser asseguradas, com vistas a limitar a necessidade punitiva hostil e arbitrária.

A racionalidade criminal moderna constitui uma cláusula de barreira, porquanto contribui para “naturalizar a estrutura normativa inicialmente eleita pelo sistema criminal”<sup>119</sup>, de sorte que qualquer modificação na responsabilização que se almeje realizar será, de pronto, afastada pela lógica racional criminal atual.

A racionalidade que aqui expusemos impede, portanto, a força criativa do direito criminal e contribui para a manutenção das características do sistema, por mais críticos que os criminalistas venham a ser. Cuidaremos desse ponto no capítulo seguinte.

Em linhas gerais, esta é a racionalidade que fundamenta a aplicação do paradigma de punir, sempre ocasionando uma união indissolúvel entre o preceito

<sup>117</sup> Cf. FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 91.

<sup>118</sup> Ibid., p. 15.

<sup>119</sup> PIRES, 2004, p. 40.

primário legal e o secundário.

## 2.4 O PARADIGMA DE PUNIR E SUAS JUSTIFICATIVAS: A ORDEM DA MODERNIDADE

Já destacamos, acima, que o paradigma punitivo que vai se firmar, definitivamente, no período clássico, vai substituir a premissa da severidade dos suplícios pela certeza dos castigos. A punição necessária e certa vai se encaixar como um plano da modernidade, na construção de uma sociedade ideal.

Para elucidarmos de forma adequada a questão, não podemos prescindir do estudo sociológico da modernidade, da visão de mundo que foi cunhada com o movimento racionalista e humanista.

A era moderna, ou modernidade, conquanto não tenha marcos temporais consensualmente delimitados, segundo nos informa Bauman <sup>120</sup>, pode ser caracterizada como a era da busca da ordem e do afastamento do caos. Possui como traço marcante a “obsessão por planejar e realizar projetos, a tendência a subordinar o presente – cada presente sucessivo – ao projeto que se está por realizar”<sup>121</sup>. É uma época, portanto, viciada na meta ordenadora.

Trata-se do período histórico no qual o ápice da crença na razão faz surgir a certeza de que é possível traçar *um plano de ordenação social, um projeto com regras fixas e claras, que, caso cumprido, conduziria a sociedade perfeita e estável, sem ambivalência* <sup>122</sup>, *sem desordem e sem caos*. O intuito era exorcizar a multiplicidade, a vagueza das opções, a dubiedade de escolhas, a *imprevisibilidade de consequências* <sup>123</sup>. Para a sociedade perfeita e estável, só poderia haver uma escolha, um padrão de conduta, fixado por um plano que, uma vez cumprido, afastaria a ambivalência e o caos, e conduziria à sociedade estável e perfeita, momento de contemplação do mundo que seria criado à luz das regras da razão.

<sup>120</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999, p. 11.

<sup>121</sup> Id. **Bauman sobre Bauman**: diálogos com Keith Tester. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a, p. 84.

<sup>122</sup> A ambivalência, consoante ensina Bauman, é a possibilidade de conferir a um objeto ou evento mais de uma categoria, é uma desordem específica da linguagem, uma falha da função nomeadora (segregadora que a linguagem deve desempenhar”. Id., 1999, p. 9.

<sup>123</sup> Cf. Ibid., p. 10.

A modernidade costuma “descrever” a si própria como o período de ápice da história, em que o conhecimento humano adquirira o seu ponto superior, apto a regular todas as formas de comportamento e fenômenos naturais, regulação esta que não se poderia prescindir. “Depois de nós, o dilúvio’: as coisas não podem ser deixadas por sua própria conta, senão ocorrerá um desastre”<sup>124</sup>.

A modernidade sobressai, portanto, com a obsessiva necessidade da observância do seu plano. O objetivo era planejar, traçar metas, impor a ordem<sup>125</sup>. Podia-se questionar o projeto, mas nunca a necessidade de projetos.

O projeto de ordem deveria ser estabelecido por uma pequena classe pensante<sup>126</sup>, que, dotada de conhecimentos racionais superiores, criaria e imporá leis aptas a afastar o caos e fazer prevalecer a ordenação. Não por outro motivo, Kant vai afirmar que a tarefa dos filósofos não é contemplativa, tampouco meramente criativa, mas, sobretudo, legislativa, de criação de leis pela razão humana, as quais devem ser impostas, categoricamente, para que a felicidade eterna seja alcançada<sup>127 128</sup>.

Os legisladores modernos criavam o código de conduta que substituíam o Deus religião pelo Deus razão<sup>129</sup>. A origem da ordem e do caos advém justamente dessa substituição. O mundo divino pensava-se ordenado, “não conhecia a necessidade nem o acaso”<sup>130</sup> e, por isso, não necessitava de planejamento. Um mundo que simplesmente era, sem pensar em ser. A partir do Iluminismo, quando nasce a ideia

<sup>124</sup> BAUMAN, 2011a, p. 85.

<sup>125</sup> “A sociedade moderna tinha uma sede insaciável de normas legislativas, definidoras, que estabelecessem padrões de beleza, bondade, verdade, propriedade, utilidade e felicidade. Provavelmente ajudou a manter constante essa atividade o fato de que todos esses padrões foram fixados no futuro, essa condição inexistente (a alteridade absoluta, como assinalou Levinas) que não pode ser empiricamente examinada e, portanto, jamais fornecerá as bases para que se prove ou refute qualquer afirmação”. Ibid., loc. cit.

<sup>126</sup> Essa pequena classe pensante é formada dos intelectuais, aqueles que possuem uma profunda relação com o intelecto que os separa dos demais da sociedade, cujo pronunciamento possui “veracidade e a autoridade moral exclusivas que só uma posição de porta-voz pode conferir”. Id. **Legisladores e intérpretes:** sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010, p. 40. “Legislar e impor leis da razão é o fardo daqueles poucos conhecedores da verdade, os filósofos. Eles são chamados a realizar a tarefa sem a qual a felicidade de muitos jamais será alcançada. A tarefa exigirá, por vezes, um professor benigno e clemente, outras vezes a mão firme de um guardião severo e decidido”. Id., 1999, p. 31.

<sup>127</sup> Cf. Ibid., loc. cit.

<sup>128</sup> Cf. KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1959, p. 122.

<sup>129</sup> Cf. BAUMAN, Zygmunt. **Vida em fragmentos:** sobre a ética pós-moderna. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011b, p. 35.

<sup>130</sup> Id., 1999, p. 12.

de que a razão pode conhecer o mundo que habitamos e dominá-lo, nasce um novo tipo de poder racional que repercute no poder do Estado, “com recursos e a vontade necessários para modelar e administrar o sistema social segundo um estilo preconcebido de ordem”<sup>131</sup>. A busca da ordem traz consigo o seu conceito antagônico, o caos que deveria, a todo custo, ser afastado. Ordem e caos são, pois, os “gêmeos”<sup>132</sup> da modernidade.

Para alcançar sobredita ordem, afastando a “erva daninha” do caos, os legisladores modernos<sup>133</sup> fincaram as premissas da universalidade – “traço das prescrições éticas que compelia toda criatura humana, só pelo fato de ser criatura humana, a reconhecê-lo como direito e aceitá-lo em consequência como obrigatório”<sup>134</sup> – e fundamentação – “poderes coercitivos do estado que tornavam a obediência às regras expectativa sensata”<sup>135</sup>. Em outros termos, *a classe pensante havia criado um conjunto de regras que abarcavam a vida humana e que eram fundadas em um poder de coerção, de monopolização do uso racional da força, que garantia o seu cumprimento.*

O sonho da modernidade era, assim, acabar com os conflitos, todos eles, os quais sempre dispunham de uma regra perfeitamente colocada no mundo. Vislumbramos, na era moderna, o excessivo planejamento classificatório e segregatório inerente à modernidade, com o intuito de “afirmar com confiança que tipo de vida vale a pena e que tipo não vale”<sup>136</sup>.

Para afastar o caos, a razão moderna vai fazer um esforço hercúleo de nomeação, classificação e segregação das coisas do mundo. Funciona do seguinte modo: consiste em separar as entidades do mundo em categorias distintas para, depois, aproximar as entidades que guardam semelhança entre si e afastar aquelas que se diferenciam<sup>137</sup>, ou seja, um trabalho de encaixe e desencaixe. Nesse esforço classificatório e segregatório, apontam-se as preferências existenciais que deverão ser cultivadas e as entidades opostas, que devem ser afastadas, porque não

<sup>131</sup> BAUMAN, 2010, p. 17.

<sup>132</sup> Id., 1999, p. 12.

<sup>133</sup> Expressão cunhada por Bauman para indicar os sujeitos com proximidade com o intelecto, que tem condições de ditar regra. São aqueles que “sentiam ser responsabilidade moral sua, e seu direito coletivo, interferir de modo direto no processo político por meio da influencia que exerceriam sobre as mentalidades da nação e moldas as ações de seus líderes políticos”. Id., 2010, p. 15.

<sup>134</sup> Id. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997, p. 13.

<sup>135</sup> Ibid., p. 14.

<sup>136</sup> Id., 2011a, p. 100.

<sup>137</sup> Cf. Id., 1999, p. 9.

possuem as qualidades que são esperadas e não contribuem para a ordenação do mundo<sup>138</sup>.

A criação de uma sociedade ordenada implica, então, em um trabalho de “jardineiro”, de analisar a sociedade, de acordo com as regras da razão, para separar as “plantas úteis” (entidades prósperas), que merecem ser cultivadas, das “ervas daninhas”<sup>139</sup>, que devem ser afastadas, e, a depender do caso, exterminadas. Sobressai, na modernidade, *o medo das ervas daninhas e a intolerância ao caos e à ambivalência que estas podem originar*.

O mundo moderno, racional, prega, com a classificação e segregação de acordo com as regras da razão, “a possibilidade de um mundo humano livre não apenas dos pecadores, mas do próprio pecado; não apenas das pessoas que fazem uma escolha errada, mas da própria possibilidade de erro de escolha”<sup>140</sup>.

A esperança de um mundo melhor era patente na visão dos legisladores. Era preciso, contudo, convencer os legislados da existência de um mundo que, além de ser melhor do que o atual, era possível de ser construído a partir das regras da razão que competiam à classe de pensadores especiais estabelecer<sup>141</sup>. Nesse particular, há todo um esforço de legitimação e convencimento, no sentido de que “a sociedade realmente existente poderia, gradual mas resolutamente, se adequar aos padrões rigorosos da ‘boa sociedade’: uma sociedade justa, guiada para razão, um ambiente para a humanidade segura e feliz, uma sociedade perfeita [...]”<sup>142</sup>

Outro ponto importante sobressai na era moderna. Na modernidade, *o outro* é sempre o objeto de conhecimento, o objeto sobre o qual se debruça o “legislador” na sua tarefa hercúlea de classificação e segregação. O outro não é sujeito do conhecimento e o diálogo hermenêutico não se dá por meio de uma relação sujeito-sujeito, mas por uma relação sujeito-objeto, em que o sujeito que conhece está em

---

<sup>138</sup> “Um mundo ordeiro é um mundo no qual ‘a gente sabe como ir adiante’ (ou, o que vem dar no mesmo, um mundo no qual sabemos como descobrir – com toda certeza – de que modo prosseguir), um mundo no qual sabemos como calcular a probabilidade de um evento e como aumentar ou diminuir tal probabilidade; um mundo no qual as ligações entre certas situações e a eficiência de certas ações permanecem no geral constantes, de forma que podemos nos basear em sucessos passados como guias para futuros”. BAUMAN, 1999, p. 10.

<sup>139</sup> Ibid., p. 29.

<sup>140</sup> Id., 2011b, p. 13.

<sup>141</sup> Cf. ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de significantes**. 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004, p. 39.

<sup>142</sup> BAUMAN, 2011a, p. 85.

posição de superioridade ao objeto cognoscente, o outro, e que cabe ao sujeito cognoscente a descoberta da verdade universalmente válida<sup>143</sup>.

A classificação e segregação das coisas do mundo e, conseqüentemente, das pessoas, em categorias e classes estanques, objetifica o outro ser, retira seu aspecto semelhante e, enfim, desumaniza-o. Os intelectuais, sujeitos conhecedores, impõem a sua razão para o outro, estabelecendo regras do que vai ser melhor para alcançar a sociedade ordenada e *excluindo o outro do processo de diálogo construtivo das decisões*.

A modernidade, então, de acordo com Alexandre Morais da Rosa:

[...] possuí, semanticamente e de forma ambígua, dois conteúdos: um *primário* e outro *secundário*. O *primário* e positivo, *conceitual*, entende a *Modernidade* como um movimento de emancipação racional, como processo crítico, capaz de indicar a saída da humanidade de sua eventual *imaturidade*. De outro lado, o conteúdo *secundário* e negativo, *mítico*, faz com que as práticas irracionais de violência estejam justificadas a partir dela própria. Os passos deste raciocínio tirano são os seguintes: a) Eu sou superior e mais desenvolvido; b) Em sendo superior, cumpre-me, moralmente, desenvolver os mais rudes e primitivos, independentemente de suas vontades; c) O modelo que devo aplicar é o meu (falácia desenvolvimentista); d) Se o bárbaro se opuser ao processo civilizador, estou legitimado a utilizar a violência para retirar os obstáculos à modernização, tornando, assim, a guerra justa; e) As eventuais vítimas são necessárias para salvação dos demais, no sentido de quase um ritual de sacrifício; f) E o bárbaro tem culpa ao resistir à dominação, sendo *eu* o grande inocente capaz, ainda, de emancipá-lo desta culpa; g) Por fim, nesse processo de difusão da civilização, seus custos – sofrimentos e sacrifícios – são inevitáveis e até mesmo necessários à modernização dos povos atrasados.<sup>144</sup>

Sem dúvidas, essa mentalidade de planejamento e ordem vai repercutir na racionalidade que *justifica* o Sistema Criminal, ou seja, na racionalidade que responde aos questionamentos do porquê e para quê existe uma Justiça Criminal.

O criminoso – esse inimigo da sociedade, aquele que, por livre arbítrio, como queriam os clássicos, ou por anormalidade, como vão dizer os positivistas rompeu o pacto que todo cidadão teria aceito de uma vez por todas<sup>145</sup> – vai ser a *erva daninha* do sistema criminal, o estranho, a personificação do tipo de vida que não vale a pena. O seu crime vai ser o caos que a era moderna quer evitar. O sistema de justiça criminal vai se voltar, portanto, essencialmente, para o crime e o criminoso.

Alcançar a ordem social vai implicar uma atitude do Estado sobre a pessoa do

<sup>143</sup> NEVES, 1993, p. 35-36.

<sup>144</sup> ROSA, 2004, p. 46.

<sup>145</sup> Cf. FOUCAULT, 1997, p. 86.

criminoso, justificando-se a manutenção de um aparato forte de justiça, imprescindível para a paz pública. Assim, firma-se a crença de que o sistema, se funcionar bem, cumprirá as finalidades que lhe são intrínsecas e auxiliará na construção da sociedade perfeita e estável do futuro.

O mundo moderno, contudo, é o mundo da razão. Era preciso justificar a violência do sistema não mais na força, ou na vontade do soberano que representava a vontade divina na terra, mas em uma justificativa racional, positiva, que vai explicar por que se pune e para que se pune, trazendo uma legitimação do sistema à luz da razão que se constrói a partir do Iluminismo. Os legisladores da modernidade vão partir, via de regra, do pressuposto de que o sistema criminal é legítimo, justificável<sup>146</sup> e possui finalidades que se coadunam com a razão. Questionar a própria existência do sistema, no sentido de questionar a própria necessidade de existência da punição, não será, até meados do século XX, um problema central no sistema criminal. A problemática chave vai circunscrever-se às justificativas e finalidades de um sistema que se supõe legítimo: quais seriam essas justificativas e finalidades? Como o Estado iria alcançá-las?

Essas respostas serão o objeto de estudo dos criminalistas no que concerne às teorias da pena. As teorias da pena são ponto de eterna cruzada dos juristas: representam a busca constante pela finalidade da pena e suas respectivas justificativas, em um terreno em que não há consenso doutrinário, mas, ao revés, uma diversidade de projetos e de intenções a serem buscadas com a pena.

Duas são as perguntas que as teorias da pena devem responder, consoante o escólio de Anabela Miranda Rodrigues<sup>147</sup>: a primeira delas diz respeito ao fundamento do direito de punir, ao por que se pune, e, a segunda, diz respeito à finalidade de punir, ou seja, para que se pune. Não é nosso objetivo aqui fazer um estudo pormenorizado sobre os fundamentos e as finalidades da pena, mas, apenas, tratar da questão, de forma elucidativa, para os fins da ordenação do paradigma.

---

<sup>146</sup> A autora portuguesa Anabela Miranda afirma que a pena “[...] é o meio mais enérgico ao dispor do poder instituído para assegurar a convivência pacífica dos cidadãos em sociedade, mas é, simultaneamente o que toca mais de perto a sua liberdade, segurança e dignidade. Exactamente (sic) aquele crédito e este peculiar significado explicam a razão pela qual a pena tem sido objecto (sic) de aprofundada investigação mesmo no domínio das reflexões filosóficas do direito, quer quanto aos seus fundamentos, quer quanto aos fins que mediante ela se visam atingir”. MIRANDA, 1995, p. 152.

<sup>147</sup> Ibid., p. 154 e 155.

No que concerne aos fundamentos da pena, a grande questão vai se circunscrever às justificações retributivas – absolutas ou relativas – e às justificações não retributivas, que afastam qualquer ideia de culpabilidade como fundamento da pena. As justificações retributivas, sejam absolutas ou relativas, são encontradas de forma mais frequente na teoria do direito criminal, até mesmo nas formulações teóricas daqueles que, veementemente, as negam, a exemplo de Roxin. Toda a questão perpassa pela admissão (ou não) da culpabilidade enquanto fundamento da pena, algo que os não-retributivistas querem, a todo custo, afastar, mas, segundo nos parece, não pode ser retirado da essência do paradigma punitivo.

A culpabilidade, numa abordagem sucinta, sem adentrar nas delongas históricas<sup>148</sup> do seu atual conceito, pode ser considerada, após a adoção da teoria finalista, como o exclusivo juízo de reprovação que recai sobre a conduta do autor do fato criminoso.

Fincada a premissa conceitual, resta-nos indagar qual a função da culpabilidade para a teoria da pena: justificação e limite – servindo à retribuição – ou apenas limite?

Para uma parte da doutrina, a exemplo de Anabela Miranda<sup>149</sup>, Roxin<sup>150</sup>, e

---

<sup>148</sup> A culpabilidade é um dos elementos do crime que mais sofreu modificações ao longo das teorias do delito que se sucederam na história do direito criminal. Para a teoria clássica, as categorias do dolo e da culpa pertenciam à culpabilidade, consubstanciando, exatamente, o nexó psicológico entre o autor do fato e a conduta, restando ao conceito de tipicidade criminal, apenas, a vertente objetiva, no sentido de que o fato típico era aquele contrário à conduta proibida pela legislação criminal. A teoria psicológica da culpabilidade não prosperou por muito tempo, uma vez que não conseguia explicar quais as relações psíquicas, entre o sujeito e o fato, “haveriam de ser consideradas jurídico-criminalmente relevantes, nem porque deveriam elas fundamentar a culpabilidade. Demais disto, a culpa inconsciente – que ocorre quando o sujeito poderia prever um resultado, mas não o fez – não encontrava lastro na mencionada doutrina, porquanto era um evidente caso de ausência de nexó psicológico entre o autor e o fato. As críticas à teoria psicológica, que demonstraram a sua insuficiência, culminaram com a sua rejeição. O nascimento da escola Normativista, inspirada na filosofia dos valores Neokantiana<sup>148</sup>, culminou com a reformulação da teoria da culpabilidade, que passou a assumir a vertente psicológico-normativa. Em outros termos, à mera conexão psicológica, que conectava o autor do fato à conduta, presente na teoria anterior, acrescentou-se a “exigibilidade de comportamento diverso, fundada na normalidade das circunstâncias do fato. A substancial modificação do conceito de culpabilidade, concebida pela escola normativista, não subsistiu ao surgimento da Teoria Finalista do delito, que revolucionou, a um só tempo, a teoria do tipo e da culpabilidade. O finalismo, com a retirada do dolo e da culpa da culpabilidade, concebeu a *Teoria Normativa Pura da Culpabilidade*, porquanto suprimiu, dessa categoria integrativa do crime, a função investigativa do elemento volitivo. Desta forma, com a Teoria Final da Ação, a culpabilidade limitou-se à reprovabilidade social da conduta. Estava solucionada a questão do que, formalmente, seria a culpabilidade: um juízo de valor que recaía sobre o autor do fato, por ter agido de maneira reprovável.

<sup>149</sup> Cf. MIRANDA, 1995, p. 315.

<sup>150</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

Figueiredo Dias<sup>151</sup>, a culpabilidade não deve fundamentar o Direito Criminal, cabendo a esta categoria, apenas, uma função limitativa das penas.

A justificativa para afastar da culpabilidade o seu sentido de fundamentação do Direito Criminal funda-se no afastamento completo das teorias retributivas. Sem embargo, consoante destacado por Anabela Miranda<sup>152</sup>, a função do Direito Criminal é “tutelar bens jurídicos” de modo que “a pena, pelo que se refere a sua finalidade, só ganha sentido quando pensada em termos preventivos”. A autora descarta qualquer pensamento retributivo – absoluto ou relativo – a fundamentar a pena privativa de liberdade, afirmando que o critério da retribuição deve assumir contornos meramente limitativos ao poder de punir<sup>153</sup>. Destarte, para Anabela Miranda, as finalidades da pena devem ser preventivas, gerais ou especiais.

Roxin, por seu turno, assenta, em sua teoria unificadora ou mista, que a retribuição não deve ser considerada, enquanto fundamento da pena, nem mesmo quando associada a fatores preventivos (gerais ou especiais)<sup>154</sup>, restringindo-se à culpabilidade a função limitativa do direito.

Sob outra perspectiva, tem-se a concepção da culpabilidade – o juízo de censura que recai sobre o autor do fato por ter atuado ilicitamente quando lhe era possível atuar na licitude – enquanto fundamento e limite das penas privativas de liberdade.

Ferrajoli parte da premissa de que não deve existir pena sem que haja culpabilidade – o primeiro axioma do seu sistema de garantias. Isto porque, para Ferrajoli, a fundamentação da punição, pautada em critérios eminentemente preventivos, além de ofender ao princípio da não instrumentalidade do homem – dignidade da pessoa humana –, também pode levar a punições preocupadas, não com a natureza do fato, e sim, com a natureza da pessoa que cometeu aquele ato.

---

<sup>151</sup> Cf. DIAS, 2007.

<sup>152</sup> Cf. MIRANDA, 1995, p. 315.

<sup>153</sup> “Ao apontar-se *in positivo* uma finalidade à pena – proteção de bens jurídicos e, portanto, prevenção, que tanto pode ser geral como especial – foi o eclipse da sua justificação retributiva que se deu. Cujos pressupostos – o de que a culpa pode ser compensada pela pena –, para além de se revelar racionalmente inexplicável, não pode de modo algum fundamentar instituições terrenas como são as penas, emancipadas de hipotecas transcendentais. Mas é exatamente o caráter metafísico da retribuição, como concepção a que falta um referente terreno capaz de representar um papel fundamentador racional, que fez com que os fins preventivos fossem meros efeitos acessórios da aplicação de uma pena”. *Ibid.*, p. 317.

<sup>154</sup> “La idea de retribución tampoco cabe integrarla en la teoría mixta entendiendo, como a menudo sucede, que la ‘esencia’ de la pena se vê en la causación retributiva de un mal, mientras que su fin justificador, en los objetivos preventivos del Derecho Criminal.” ROXIN, 1997, p. 98.

Em outros termos, a visão retributiva seria uma garantia do sujeito, que só será punido “pelo que fez, e não pelo que efetivamente, é (“mau, desviado, suspeito, propenso ao delito”<sup>155</sup>).

De acordo com as lições de Ferrajoli:

Com efeito, se a prevenção é concebida não somente como fim da pena (o ‘porquê’ punir), senão também do seu critério de aplicação (o ‘quando’ punir), desaparece qualquer razão para ser punido somente pelo que se fez e não também pelo que se é, ou, inclusive, pelo que parece ou é possível que se seja, ou pelo que parece que se fez, ou que se é, segundo a opinião geral, à qual é destinada a função dissuasória e disciplinatória da pena. Dessa forma, a ideia utilitarista de prevenção, quando apartada do princípio da retribuição, tem-se transformado num dos principais ingredientes do moderno autoritarismo criminal, associando-se às doutrinas correcionistas da defesa social e da prevenção especial e legitimando as tentações subjetivistas nas quais, como veremos, nutrem-se as atuais tendências em favor do direito criminal máximo.<sup>156</sup>

Percebemos, pois, que a controvérsia é circunscrita à questão da necessidade de fundamentação da pena por parte do princípio da culpabilidade. Com relação à limitação da pena, estabelecida pelo referido princípio, existe uma pacificação, de modo que há certa concordância entre a necessidade de limitar-se a pena pela ideia de retribuição do mal causado – embora não unicamente, mas, sim, em conjunto, com o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo nos parece, a razão para a problemática encontra-se com Ferrajoli. Com efeito, não se pode olvidar o mérito da “Teoria Unificadora”, de Roxin, em afastar a natureza da pena, enquanto única retribuição para o mal causado pelo ofensor. Ocorre que, malgrado a pena não tenha função unicamente retributiva, esta finalidade assenta em uma característica protetora aos indivíduos, no sentido de fundamentar a punição destes, em razão da essência do fato típico praticado.

Demais disto, o afastamento completo de ideias retributivas é expediente, como visto, perigoso, uma vez que permite a justificação do Direito Criminal em fins unicamente utilitaristas, maleáveis, que podem ensejar arbítrio estatal.

Importa ressaltarmos, ainda, que o próprio Roxin, malgrado tenha afirmado que as justificativas retribucionistas (da culpabilidade) não devam nortear a finalidade da pena, que deveria ter finalidades de “proteção da liberdade individual e da ordem social que está a seu serviço”<sup>157</sup> não afasta a ideia de fundamentação da pena por

<sup>155</sup> FERRAJOLI, 2006, p. 338.

<sup>156</sup> Ibid., p. 340.

<sup>157</sup> ROXIN, 1997, p. 95.

meio da culpabilidade, mormente quando vai justificar o conceito de prevenção geral positiva.

Com efeito, de acordo com as lições de Anabela Miranda, Roxin possui uma função disfarçada de retribuição. Isto porque, quando Roxin afirma que a prevenção geral positiva deve ser uma prevenção de integração, com vistas a resguardar o ordenamento jurídico mediante a aplicação da pena “compensadora da culpa”<sup>158</sup>, consubstanciando “a melhor maneira de manter e fortalecer a confiança dos cidadãos na ordem jurídica: mediante uma pena sentida como merecida”<sup>159</sup>, nada mais está a combinar a retribuição com a prevenção geral positiva<sup>160</sup>. O paradigma de punir, orientado da forma que conhecemos, não pode, portanto, dispensar a sua justificativa retributiva.

Com relação às finalidades da pena, observamos que dois grandes grupos teóricos respondem a esse questionamento. Num primeiro momento, a dissuasão que vai defender a intenção de preservar a sociedade, impondo ao criminoso um castigo digno da sua condição de homem, abolindo o suplício e os espetáculos de sangue em praça pública, mas trazendo a certeza da punição, para afastar as mentes do caminho trilhado pelas ervas daninhas.

Num segundo momento, na era moderna, no século XIX, “o homem descoberto no criminoso (erva daninha) se tornará alvo da intervenção criminal, o objeto que ela pretende corrigir e transformar, o domínio de uma série de ciências e de práticas estranhas”<sup>161</sup>. A escola positiva do direito criminal inaugura um novo plano para alcançar a ordem: não mais defender a sociedade das ervas daninhas, os criminosos, com a punição dissuasória desses, mas *a própria necessidade de transformação das ervas daninhas em plantas úteis, ou seja, a necessidade de curar*

<sup>158</sup> ROXIN apud MIRANDA, 1995, p. 328.

<sup>159</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>160</sup> “Não deixando Roxin em nenhum momento de salientar que, ao falar de prevenção geral, o sentido que lhe subjaz é o apontado de cariz positivo, a verdade é que não cessa de se lhe referir, explicando em que consiste, à ‘proporcionalidade entre culpa<sup>160</sup> e pena sentida como justa pela generalidade’, ou à ‘medida da pena sentida como justa pelo delinqüente, e à pena ‘sentida como adequada pela a generalidade e pelo sujeito’, ‘nuances’ que, no contexto em que as refere, são próprias precisamente da ideia de retribuição. [...] mais um sinal de que a sua concepção coincide quase por completo com a das teorias que aceitam que a protecção da sociedade se alcança mediante a justa *retribuição da culpa*. O que assim se torna claro é que a ideia retributiva se justifica se é acompanhada ou posta a serviço de fins preventivos. Tudo levando a crer que o que Roxin afinal recusou completamente foram apenas as justificações retributivas *absolutas* da pena, mas não as retributivas *relativas*”. Ibid., p. 335-336.

<sup>161</sup> FOUCAULT.

*o criminoso, esse ser anormal, seja do ponto de vista moral, social ou biológico*<sup>162</sup>.

Em síntese, esses são os dois grandes modelos de finalidades para o direito criminal, o retributivo ou clássico e o reabilitativo ou positivo, que já expusemos no início desse primeiro capítulo.

## 2.5 O PARADIGMA PUNITIVO ENQUANTO MODELO DE CIÊNCIA NORMAL

O estudo feito nos subtópicos anteriores demonstra as características do paradigma e a racionalidade que o concebe e sustenta. Partimos da premissa, nas linhas anteriores, de que existe, efetivamente, um paradigma. Neste ponto, após tratarmos do que pode ser concebido como modelo de punir e das suas respectivas racionalidades estrutural e justificante, convém fazermos uma breve digressão para explicar o porquê da punição poder ser considerada um paradigma de ciência jurídica.

Para tanto, vamos trazer à colação o conceito de paradigmas científicos de Kuhn. É preciso, contudo, uma ressalva neste ponto, no mesmo sentido exposto por Bauman, de que a obra de Kuhn, concebida para as ciências naturais, não pode ser aplicada, em sua inteireza, nas ciências sociais, porquanto, nestas, “os objetos do processamento científico não são atemporais em comparação às maneiras de estudá-los”<sup>163</sup> e, demais disto, as anomalias das ciências sociais, a que Kuhn chama de crises, são mais presentes, atingindo um volume máximo de forma frequente. Nada obstante, a teoria de Kuhn nos dá uma ideia sobre o conceito de paradigma e a mudança paradigmática, que vai ser útil para a compreensão do recorte deste trabalho, feitas as devidas ressalvas.

O primeiro ponto para iniciarmos uma discussão acerca dos paradigmas é a

---

<sup>162</sup> “É uma invenção moderna o fato de que, para certas categorias de seres humanos, simplesmente não há lugar na ‘boa sociedade’ que está para ser construída, não por suas más ações, mas pela incapacidade de agir da maneira correta. Uma variedade moderna de criminosos, produtos colaterais das ambições regulatórias, consiste em categorias de pessoas cujo crime foi terem sido acusadas. [...] a prioridade do projeto do jardim em relação aos ‘jardins existentes’; a ideia de que alguns tipos de seres humanos podem ter ‘natureza daninha’ e tendem a assim permanecer; [...] que os seres marcados por certos traços devem ser, pelo bem do projeto, removidos, ou, melhor, impedidos de nascer; isso tudo está profundamente enraizado na mente moderna e aflora sem cessar nos avatares sempre novos”. BAUMAN, 1999, p. 99.

<sup>163</sup> Id., 2011a, p. 83.

própria conceituação, bem assim das características que o permeiam. Neste sentido, um paradigma de ciência normal pode ser definido como um *modelo de teorias aceitas em um determinado ramo da ciência*. Esse conjunto de teorias, reunidas, forma um modelo de regras que servem à resolução de problemas e que, assim sendo, orientam a investigação e a prática científicas<sup>164</sup>.

Este conjunto de regras que orientam um determinado paradigma científico alcançou tal status de respeitabilidade, porque *se mostrou apto a solucionar os problemas sobre os quais se debruça uma ciência específica*. Demais disto, observamos que este regramento apresentou originalidade na resolução destes problemas postos, o que contribuiu para a aceitação por parte da comunidade científica<sup>165</sup>.

Diante do que assinalamos, com arrimo nas lições observadas na tradução já referida de Kuhn, é possível verificar que a ciência normal, ou paradigma, fornece ao cientista subsídios para a resolução dos problemas científicos, como uma espécie de resolução de “quebra-cabeças”<sup>166</sup>. Com a aceitação de um paradigma, a comunidade científica que o chancela passa a acreditar que todos os problemas, qualificados como inerentes àquele ramo científico, são passíveis de resposta com a observação das regras, de modo que cabe ao cientista, apenas, uma habilidade especial para o manejo dos instrumentos dados pelo modelo.

Assim, remanesce a crença de que todo investigador científico capaz pode resolver problemas; aqueles que não almejam sucesso na resolução dos quebra-cabeças têm contra si uma péssima imagem de fracassados, porque permanece a visão geral de que um cientista habilidoso e conhecedor das regras solucionará o impasse.

Sobre o tema do paradigma enquanto modelo de resposta a problemas, precisamos fazer mais uma observação, no sentido de que este conjunto de teorias,

---

<sup>164</sup> “[...] ciência normal significa a pesquisa firmemente baseada em uma ou mais realizações científicas passadas. Essas realizações são reconhecidas durante algum tempo por alguma comunidade científica específica como proporcionando os fundamentos para a sua prática posterior”. KUHN, 1998, p. 29.

<sup>165</sup> Cf. *Ibid.*, p. 30.

<sup>166</sup> A definição de quebra cabeça vem contida no livro traduzido de Kuhn como sendo “[...] aquela categoria particular de problemas que servem para testar nossa engenhosidade ou habilidade na resolução de problemas”. *Ibid.*, p. 59. Ainda de acordo com Kuhn, “Para ser classificado como quebra-cabeça, não basta a um problema possuir uma solução assegurada. Deve obedecer a regras que limitam tanto a natureza das soluções aceitáveis como os passos necessários para obtê-las”. *Ibid.*, p. 61.

utilizado para lastrear um modelo de resolução de problemas científicos, *dispõe de um método de escolha dos seus próprios objetos de estudo*. Em outros termos, os problemas sobre os quais uma determinada ciência debruça-se são, aprioristicamente, determinados pelo conjunto de regras que compõem o paradigma, de modo que esses problemas são os únicos a adquirirem *status* científico e a merecerem atenção do investigador científico. Neste mesmo sentido, observemos o trecho do livro traduzido de Thomas Kuhn:

já vimos que uma comunidade científica, ao adquirir um paradigma, adquire igualmente um critério para a escolha de problemas que, enquanto o paradigma for aceito, poderemos considerar como dotados de uma solução possível. Numa larga medida, esses são os únicos problemas que a comunidade científica admitirá como científicos ou encorajará seus membros a resolver.<sup>167</sup>

Esta escolha prévia pode afastar da investigação problemas que possuem relevância social, mas que não se encaixam no paradigma, ou seja, “que não são redutíveis à forma de quebra-cabeças, pois não podem ser enunciados nos termos compatíveis com os instrumentos e conceitos proporcionados pelo paradigma”<sup>168</sup>.

Com o processo de escolha prévia de problemas que podem ser reduzidos às regras fixadas pelo paradigma, e com a resposta a estes problemas por meio do regramento, a ciência normal demonstra ao meio social e científico um rápido progresso, o que contribui para a manutenção da crença neste conjunto de regras que formam o paradigma<sup>169</sup>.

Elucidado o conceito de paradigma no âmbito das ciências, vamos cuidar de explicar o porquê do modelo criminal atual pode ser caracterizado como um paradigma. O paradigma punitivo é, pois, um sistema fundado em duas premissas: o crime é uma lesão ao Estado, que se utiliza da sanção como resposta unívoca ao delito; a sanção é a resposta ao delito que vai assumir algumas finalidades de cunho retributivo ou preventivo (geral ou especial). Mas, a carga será sempre aflitiva.

A segunda premissa do paradigma, decorrente da primeira, é a de que se o crime lesa ao soberano, a vítima não tem espaço na resolução do conflito criminal. Não se trata de um problema entre pessoas, mas da desobediência a uma regra, que enseja, unicamente, punição. Neste contexto, a vítima não interessa ao sistema criminal, exceto para a limitada função de elemento de prova, de informante, com o

---

<sup>167</sup> KUHN, 1998, p. 60.

<sup>168</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>169</sup> Cf. Ibid., loc. cit.

seu depoimento, por vezes, criticado e desacreditado pela defesa do réu e pela própria estrutura judiciária. Demais disto, minorar as consequências do crime não é um problema<sup>170</sup> do direito criminal; este tem que se preocupar em achar o culpado e puni-lo. E só.

A fixação por esse paradigma de resposta criminal afasta a ciência de outros problemas que advêm do crime, voltando os estudos do cientista criminal para esses dois pólos: criminoso e pena. Essas características anunciam o sinal da crise paradigmática, que será exposta no capítulo seguinte.

---

<sup>170</sup> Com relação às consequências do delito, verificamos apenas alguns institutos no direito processual criminal alguns institutos que, em tese, demonstram uma preocupação com a prática do delito, mas que, na realidade, não passam de medidas que o Estado encontra para manter o seu poder de império, porque resolvem apenas a parte financeira dos delitos de cunho patrimonial – o que nem sempre interessa para a vítima – e deixam de lado algumas outras consequências importantes. É o que ocorre, por exemplo, com as medidas cautelares reais do processo criminal que visam a bloquear os bens oriundos da prática do crime, ou os bens lícitos, para um posterior ressarcimento à vítima, e com a determinação do perdimento de bens, disposto no artigo 91 do Código Criminal pátrio. Não se busca desprezar estes institutos, mas apenas sinalizar que eles não resolvem os problemas da crise que identificaremos na narrativa posterior.

### 3 AS PROMESSAS E A CRISE. O PARADIGMA QUE NÃO CUMPRE O QUE PREGA

Nesse momento, de um jeito ou de outro, elas começaram a correr. Pensando nisso mais tarde, *Alice nunca conseguiu entender como elas começaram*. Ela só se lembra de estar correndo de mãos dadas e da Rainha indo tão rápido que ela mal conseguia acompanhar. A Rainha continuava gritando: ‘Rápido! Rápido’ e Alice sentiu que NÃO PODIA ir mais rápido, mas não tinha fôlego nem para dizer isso.

O mais estranho de tudo era que as árvores e tudo em volta não mudavam de lugar. *Por mais rápido que elas corressem, as coisas pareciam não passar.*

‘Será que todas as coisas estão correndo com a gente?’ pensou a pobre Alice, atrapalhada.

A Rainha pareceu adivinhar seus pensamentos, porque gritou:

- Rápido! Nem tente falar!

Não que Alice tivesse pensado em fazer isso. De tão sem fôlego que estava, ela achou que nunca conseguiria falar outra vez. No entanto, a Rainha continuava gritando: ‘Rápido, rápido’ e arrastando-a para frente.

- Já estamos quase lá? – Alice conseguiu dizer, finalmente.

- Quase lá? – repetiu a Rainha – Já passamos de lá faz dez minutos! Rápido!

E elas correram por algum tempo em silêncio, o vento soprando nos ouvidos de Alice, seus cabelos quase voando de sua cabeça, pelo menos foi o que ela imaginou.

- Vamos! Vamos! – gritou a Rainha – Rápido, Rápido.

E aí elas foram tão rápido que pareciam deslizar, mal tocando o chão com a ponta dos pés, até que de repente, quando Alice já estava ficando exausta, elas pararam, e ela se viu sentada no chão, zozna e sem fôlego.

A Rainha encostou Alice na árvore e disse gentilmente:

- Você pode descansar um pouco agora.

Alice olhou ao redor, muito surpresa.

- *Ora, eu posso jurar que nós ficamos embaixo dessa árvore o tempo todo. Tudo está como estava.*

- *É claro que está – disse a rainha. – O que você esperava?*

- *Bem, no NOSSO país, – disse Alice, ainda um pouco ofegante – você geralmente chega a um outro lugar se correr tão rápido e por tanto tempo, como nós fizemos.*

- *Que país mais devagar! – disse a Rainha – Agora, AQUI, veja bem, você precisa correr o máximo que puder para ficar no mesmo lugar. Se você quiser ir a OUTRO lugar, vai ter que ser duas vezes mais veloz que isso!*

Lewis Carroll

#### 3.1 O PARADIGMA DE PUNIR E A SUA CRISE

No capítulo anterior, apresentamos o nascimento do paradigma punitivo, as características deste, bem assim a sua respectiva racionalidade criminal justificadora, qual seja, a racionalidade que obriga a punição enquanto única resposta às violações de preceitos primários incriminadores.

Trouxemos, outrossim, a base científica que nos leva a afirmar que a punição pode ser considerada um paradigma, fundado em duas premissas. A primeira delas é de que o crime é uma lesão ao Estado, que se utiliza da sanção como resposta unívoca ao delito. A sanção é a resposta ao delito que vai assumir algumas finalidades de cunho retributivo ou preventivo (geral ou especial). Mas, a carga será sempre aflitiva.

A segunda premissa do paradigma, decorrente da primeira, é a de que a vítima não tem espaço na resolução do conflito criminal, porque o crime não é um problema entre pessoas, mas a ofensa a uma regra estatal, que enseja, simplesmente, a punição.

Estas premissas, que fundam o paradigma, são o sinal inequívoco da crise de legitimação que vive o paradigma. Sobre esse ponto, precisamos fazer uma observação importantíssima: a crise a que nos referimos é evidenciada na ausência de sintonia entre o discurso pregado e a realidade que se observa na prática; é, em outros termos, uma crise entre o que o paradigma penal diz que é e faz e o que ele, efetivamente, é e realiza. Trata-se, sem mais, de uma crise de legitimação, no sentido de que o paradigma de punir prega algo que a prática demonstra não ser possível alcançar de forma satisfatória. A crise só é, então, vislumbrada a partir do momento que se analisa o discurso do paradigma e a sua práxis, no sentido de verificar-se que as promessas feitas não se refletem adequadamente na prática, originando uma incompatibilidade entre as palavras pregadas e o que ocorre no mundo real. Assim, fica a ressalva de que, quando falamos em crise do paradigma de punir, estamos nos referindo à crise entre discurso e prática.

Feita essa pertinente observação, devemos afirmar que o paradigma punitivo atual vive uma crise de legitimação discursiva, que podemos verificar em duas perspectivas: em primeiro lugar, porque afasta do direito criminal um problema que possui relevância social facilmente verificável, o respeito aos interesses da vítima. A segunda perspectiva de problema criminal consiste em que, a punição que é por ele pregada, com a unificação das normas de comportamento e de sanção, não mais se legitima socialmente. *Ou seja, a punição não alcança as finalidades que diz ter e que dela se esperam.*

A crise do paradigma de punir não pode ser vista a partir de uma perspectiva isolacionista, porquanto se trata de um fenômeno essencialmente conectado à crise

da modernidade e da sociedade construída a partir das regras inafastáveis da racionalidade ordenadora.

Existem algumas razões para entendermos a crise da modernidade.

Em primeiro lugar, podemos afirmar que o sonho da modernidade de atestar o tipo de vida que vale a pena e o que não vale, na sua busca irrefreável por afastar o caos da ambivalência e fazer prevalecer a ordem, culminou com uma descrição artificial da sociedade, e, demais disto, ajudou a ampliar as situações de ambivalência práticas.

A ampliação da ambivalência e do caos é uma decorrência do “trabalho de sísifo” de classificar e segregar as estruturas do mundo imposto pela modernidade. Conforme já tivemos a oportunidade de explanar, a razão ordenadora da modernidade, para criar um plano apto a alcançar a perfeição, difunde um trabalho de nomeação e classificação das entidades do mundo. Partindo da premissa de que o mundo possui “entidades discretas e distintas”<sup>171</sup>, caberia às regras da razão, estabelecidas a partir do trabalho dos legisladores modernos, separar as características boas das ruins, e, conseqüentemente, estimular a manutenção e ampliação das qualidades consideradas boas.

Ocorre que, em alguns casos, é possível verificar que há a prevalência da situação de indecisão, porquanto que uma mesma entidade pode possuir, ao mesmo tempo, qualidades consideradas boas ou ruins, havendo uma falha na função nomeadora. Em outros termos, essa entidade pode ser ambivalente.

A existência concreta da situação de ambivalência determina um maior esforço da função nomeadora/classificadora, no sentido de que “a ambivalência só pode ser combatida com uma nomeação ainda mais exata e classes definidas de modo mais preciso ainda”<sup>172</sup>. Esse aumento do trabalho de nomear e classificar as entidades, “o trabalho de sísifo” por nós referido, termina por ser a mola autopropulsora da ambivalência, porque cria regras mais exigentes em relação ao mundo dos fatos que contrariam a “descontinuidade e a transparência do mundo”, dando “mais lugar ainda à ambigüidade”. Em termos mais claros, o trabalho de nomeação é autopropulsor <sup>173</sup> da ambivalência, porque esta característica é intrínseca às

---

<sup>171</sup> BAUMAN, 1999, p. 9.

<sup>172</sup> Ibid., p. 11.

<sup>173</sup> Cf. Ibid., loc. cit.

entidades do mundo e só ganha relevo negativo a partir do momento em que se cria uma função de nomeação e segregação tendente a afastar da entidade algo que não pode ser suprimido<sup>174</sup>. Assim, a projeção geométrica da sociedade, a partir das regras da razão, passa a produzir mais situações práticas de ambivalência.

Demais disso, é importante afirmarmos que a obsessão por traçar projetos, planos e regramentos para alcançar uma sociedade perfeita e estável foi um sonho que a prática cotidiana, em muitos momentos, frustrou<sup>175</sup>. Consoante assinala Bauman, a era moderna, conquanto tenha trazido muitos benefícios sociais para uma parcela da sociedade, apresentou uma conta muito alta, um preço custoso demais<sup>176</sup>. E, além disso, “o reino esperado da razão ordenada se materializava muito devagar”<sup>177</sup>, havendo dúvidas acerca da possibilidade da sua materialização.

A própria modernidade iludiu-se, demonstrou que o seu projeto é, por demais, utópico, vaidoso<sup>178</sup> – porquanto não havia como alcançar um código ético universal – e, por isso mesmo, “inacabável”<sup>179</sup>, uma vez que a ética tinha que conviver com a ambivalência intrínseca do ser humano<sup>180</sup>.

O trecho extraído do livro de Lewis Carrol, *Alice através do espelho*, demonstra a crise da era moderna. Na história, Alice e a Rainha Vermelha começam a correr

---

<sup>174</sup> “Por si mesmo o estranho é desprovido de todos os atributos, é de fato um homem sem qualidades (exigia-se que os judeus fossem diferentes tanto dos não judeus quanto dos judeus, observou Gilman). Sejam quais forem as qualidades que possam lhe dar um corpo e assim retirá-lo do vazio, são qualidades gratuitamente conferidas e podem ser por capricho retiradas. Na sua ausência de substância, o estranho é um arquétipo da da universalidade: sem peso, insubstancial, inefável, a não ser que injetado com conteúdos de outras pessoas; em nenhum lugar está em seu lugar ‘natural’, é a própria antítese do concreto, do específico, do definido”. BAUMAN, 1999, p. 22.

<sup>175</sup> “O impulso para a ordem dotada de um propósito tirou sua energia, como todos os impulsos para a ordem, do horror à ambivalência. Porém, foi mais ambivalência o produto final dos impulsos modernos, fragmentados, para a ordem. A maioria dos problemas que hoje enfrentam os administradores das ordens locais é produto da atividade para resolução de problemas”. Ibid., loc. cit.

<sup>176</sup> “O preço da modernidade é a alta incidência de doenças psicóticas ou neuróticas: a civilização cria o seu próprio mal estar e põe o indivíduo num conflito permanente – potencial ou aberto – com a sociedade”. Id., 2010, p. 160.

<sup>177</sup> Ibid., p. 158.

<sup>178</sup> Cf. Id., 1997, p. 15.

<sup>179</sup> Id., 2011a, p. 88.

<sup>180</sup> A modernidade criou uma realidade utópica a ser seguida. De acordo com Bauman: “As utopias modernas diferiam em suas pormenorizadas prescrições, mas todas elas concordavam em que ‘o mundo perfeito’ seria um que permanecesse para sempre idêntico a si mesmo, um mundo em que a sabedoria hoje aprendida permaneceria sábia amanhã e depois de amanhã, e em que as habilidades adquiridas pela vida conservariam sua utilidade para sempre. O mundo retratado nas utopias era também, pelo que se esperava, um mundo transparente – em que nada de obscuro ou impenetrável se colocava no caminho do olhar; um mundo em que nada estragasse a harmonia; nada ‘fora do lugar; um mundo sem sujeira, um mundo sem estranhos”. Id. **O mal estar na pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998, p. 21.

numa busca desesperada por algo, que Alice ainda não sabe o que é. Nessa busca, correm numa velocidade assustadora, corrida esta que pode ser compreendida como a busca moderna pelo regramento, pela ordem e contra a ambivalência. Nada obstante, a despeito de correrem tanto, ao final, Alice e a Rainha continuam estagnadas, paradas no mesmo local. A modernidade é assim: apesar de planejar, de usar a prancheta como objeto principal do trabalho do legislador moderno, ou seja, de não medir esforços para vencer e fazer prevalecer a razão e o mundo livre do pecado, a ambivalência não desaparece e a sonhada sociedade, ordenada e sem caos, não se firma. Bauman elucida:

A modernidade é o que é – uma obsessiva marcha adiante – não porque sempre queira mais, mas porque nunca consegue o bastante: não porque se torne mais ambiciosa e aventureira, mas porque suas aventuras são mais amargas e suas ambições frustradas. A marcha deve seguir adiante porque qualquer ponto de chegada não passa de uma estação temporária. Nenhum lugar é privilegiado, nenhum melhor do que outro, como também a partir de nenhum lugar o horizonte é mais próximo do que de qualquer outro.<sup>181</sup>

Na modernidade, a despeito do incansável planejamento, não foi possível alcançar a fase contemplativa da razão. Tudo isso por uma razão muito simples: as metas do mundo moderno de afastar o caos e a ambivalência, da sociedade livre do próprio “pecado” são inatingíveis. Não se trata de uma utopia construtiva que nos move adiante, mas de uma obsessão compulsiva por um mundo ordeiro, artificial, que não conseguiremos concretizar, porque o pluralismo e a desordem são intrínsecos à humanidade.

A crise da modernidade vem, outrossim, acompanhada do colapso de algumas instituições, anteriormente consideradas confiáveis dado a sua “solidez, longevidade, confiabilidade e capacidade de realização”<sup>182</sup>. Uma dessas instituições que estão em descrédito é a prisão.

Com o paradigma punitivo, a situação, portanto, não é destoante da crise da modernidade. Apesar de planejar e trazer razões justificacionistas para o modelo que temos, tentando convencer de que a punição é a melhor e única forma de resolver conflitos criminais, minando as utopias criativas dos cientistas dessa disciplina, traçando metas para as penas e medidas de segurança, com o fim de exterminar a criminalidade ou o criminoso, é comum observarmos que essas metas

---

<sup>181</sup> BAUMAN, 1999, p. 18.

<sup>182</sup> Id., 2011a, p. 89.

não se cumprem: a sensação de insegurança nas grandes capitais só aumenta, os índices de criminalidade, ainda que com o fenômeno das cifras ocultas, tornam-se cada vez mais altos e a reincidência assume níveis alarmantes<sup>183</sup>. O crime, enquanto fenômeno normal, não nos abandonou e nós não conseguimos lidar com ele, de forma adequada.

Na esteira do que afirma Marcos Rolim<sup>184</sup>, podemos dizer que o nosso sistema criminal (sobretudo o policiamento e a segurança pública) sofre da “síndrome da rainha vermelha”, ou seja, da síndrome de empenhar esforços em grande escala para, ao final, não conseguir sair do local onde se encontra estagnado.

Para analisarmos, com mais detalhes, a crise do paradigma de punir, trataremos, em primeiro lugar, dos problemas que pertencem ao direito criminal, mas que não são satisfatoriamente por ele respondidos. Em outros termos, cuidaremos dos problemas da crise da razão de punir e da ilusão da prevenção especial.

Em segundo lugar, cuidaremos do problema da vítima e das consequências do delito, que são correlatos ao crime, mas são afastados pela racionalidade criminal moderna que propugna, unicamente, a punição.

## 3.2 CRISE NA RESOLUÇÃO DOS PROBLEMAS INTRÍNSECOS AO PARADIGMA PUNITIVO

### 3.2.1 A Crise da Razão de Punir<sup>185</sup>

Com relação à crise dos problemas que foram selecionados pelo próprio paradigma punitivo, enquanto problemas próprios, é importante destacarmos que o

<sup>183</sup> De acordo com dados do InfoPen, 80% dos condenados são reincidentes no Brasil, o que demonstra que temos muito de nos preocupar com a nossa atual forma de gerir o crime. Cf. GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. 80% (?) dos condenados a pena de prisão são reincidentes. **Instituto Avante Brasil**, São Paulo, 05 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/80-dos-condenados-a-pena-de-prisa%cc%83o-sao-reincidentes>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>184</sup> “Os esforços policiais, mesmo quando desenvolvidos em sua intensidade máxima, costumam redundar em ‘lugar nenhum’, e o cotidiano de uma intervenção que se faz presente apenas e tão-somente quando o crime já ocorreu parece oferecer aos policiais uma sensação sempre renovada de imobilidade e impotência.” ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro: Zahar, 2009, p. 37.

<sup>185</sup> “Não há o direito de punir. Há, apenas, o poder de punir. O homem é punido pelo seu crime porque o Estado é mais forte do que ele.” (Clarice Lispector)

primeiro dos fatores que contribuíram para o fracasso e a ausência de legitimação desse modelo de gestão do crime é a crise da própria razão de punir. Com efeito, a pergunta que aqui fazemos é por que se deve punir, uma vez que esta punição não consegue demonstrar uma efetividade social que justifique os seus custos?

O questionamento da punição se desenvolveu, com mais vigor, com o nascimento das teorias abolicionistas, que foram as primeiras a questionar o direito criminal e as penas não mais com a busca por sua justificação ou finalidade, partindo do suposto que o sistema é necessário, mas, sim, a questionar a própria necessidade de existência do paradigma de punir. Em outros termos, os abolicionistas, antes de justificar, questionam o porquê e a necessidade da existência do sistema de justiça criminal concebido a partir da punição.

Estas doutrinas “de libertação” podem ser bipartidas, a depender do grau de rigidez que sustentam. Segundo nos ensina Ferrajoli, há o abolicionismo radical, que, partindo de uma visão anárquica, defende a total deslegitimação do sistema criminal: “[...] são, seguramente, aquelas que não apenas não justificam as penas, como também as proibições em si e os julgamentos criminais, ou seja, que deslegitimam incondicionalmente qualquer tipo de constrição criminal ou social”<sup>186</sup>.

Sob outro viés, é possível vislumbrarmos a existência de Teorias abolicionistas de concepção menos radical, as quais, ainda de acordo com os ensinamentos de Ferrajoli, “limitam a reivindicar a supressão da pena enquanto medida jurídica aflitiva e coercitiva, e, quiçá, a abolição do sistema criminal, sem, contudo, sustentar a abolição de toda e qualquer forma de controle social”<sup>187</sup>.

As teorias abolicionistas tem um importante papel na crítica do sistema de punição construído na era moderna, auxiliando na compreensão dos problemas estruturais e intrínsecos do paradigma atual que, até então, não eram vistos ou eram subjulgados pela academia. No entanto, os abolicionistas estabeleceram poucas premissas concretas e realizáveis <sup>188</sup> de extinção do sistema de punir, de

---

<sup>186</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 201.

<sup>187</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>188</sup> “Os modelos de sociedade por ela perseguidos (teorias abolicionistas) são aqueles pouco atraentes de uma sociedade selvagem, sem qualquer ordem e abandonada à lei natural do mais forte, ou, alternativamente, de uma sociedade disciplinar, pacificada e totalizante, onde os conflitos sejam controlados e resolvidos, ou, ainda, prevenidos, por meio de mecanismos ético-pedagógicos de interiorização da ordem, ou de tratamentos médicos, ou de onisciência social e talvez policial”. Ibid., p. 203.

modificação do direito criminal tal como concebido hoje, o que contribuiu para que fossem taxados de utópicos e sonhadores.

Nada obstante, as teorias absolutas nos oferecem um material excelente para reflexão, e é essa a contribuição que devemos extrair delas. Na esteira de Eduardo Galeano, o abolicionismo serve à nossa utopia, para nos tirar do local em que estamos estagnados, não como obsessão planejadora, mas como mola propulsora para as mudanças viáveis.

Feitas essas pertinentes observações, vamos analisar as críticas trazidas pelas teorias abolicionistas da pena. As críticas ao sistema punitivo foram bem apresentadas por Louk Hulsman. Dentre os questionamentos expostos por ele, é possível condensar as objeções ao sistema criminal em três categorias.

Primeiramente, constatamos que, consoante ensina Hulsman, o sistema criminal constitui uma máquina extremamente maniqueísta. O punitivismo é criado numa estrutura que visa a separar os bons – policiais, promotores, juízes e demais cidadãos que, em tese, não delinquem – dos maus – os desviantes, desequilibrados<sup>189</sup>. Estes últimos são, como já dissemos, a erva daninha do mundo moderno, vistos “como pertencentes a uma espécie aparte, como anormais sociais que, afinal, deveriam ser facilmente identificáveis, já que não são como os outros”<sup>190</sup>.

E, em nome dessa dicotomia entre “bons e maus”, propugna-se o combate à *violência do crime com a violência da pena*, imposta de maneira cruel, porquanto o delinquente é mau e merece ser afastado da sociedade. São poucos os movimentos fora do mundo jurídico e das teorias sociais que demonstram uma preocupação com a humanização da sanção, tampouco, com os efeitos adversos que vêm, acessoriamente, com a sua aplicação. No movimento diário da sociedade em geral, o clamor é sempre voltado para o rigor das sanções, como veremos a seguir.

---

<sup>189</sup> “A primeira especificidade da organização cultural é que a justiça criminal é o ato de construir (ou reconstruir) a realidade de uma forma muito específica. Ela produz uma construção da realidade ao focar no incidente, estreitamente definido num tempo e lugar que congela a ação ali e olha, a respeito daquele incidente, para uma pessoa, um indivíduo, a quem a instrumentalidade (causalidade) e culpa possam ser atribuídas. [...] Então, a organização cultural de referencia separa artificialmente alguns indivíduos de seu meio-ambiente e separa pessoas que se sentem vitimadas das pessoas que não são consideradas nesta situação específica como violadores. Neste sentido, a organização cultural de justiça criminal cria ‘indivíduos fictícios’ e uma interação fictícia entre eles”. HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.) **Conversações abolicionistas**. São Paulo: IBCCRIM/PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997, p. 198-199.

<sup>190</sup> HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema criminal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 56-57.

Na defesa do distanciamento dos maus, são perpetradas as maiores lesões a bens jurídicos que observamos na história. Com o maniqueísmo criminal, vem a aceitação do “senso comum” de uma punição exacerbada, desumana, degradante, que não se esgota com o cumprimento da punição aplicada, mas que, ao revés, permanece como uma marca eterna no indivíduo que já passou pelo sistema. Após o cumprimento da pena, permanecem os efeitos estigmatizantes e a exclusão do egresso da prisão<sup>191</sup>. Essa visão é bem sintetizada pelo próprio Hulsman, na passagem a seguir transcrita:

Algumas pessoas falam da prisão como se fosse um hotel quatro estrelas, apresentando o preso como uma espécie de veranista às custas do Estado. Daí surgem os protestos dos que levantam a voz quando se propõe a melhoria das condições penitenciárias: que os presos paguem por seus erros! Não se pode dar comodidade a esses fora-da-lei, enquanto tantas pessoas honestas vivem miseravelmente. Tinha-se que ver as manchetes iradas de uma determinada parcela da imprensa, a propósito da fuga num helicóptero de um preso que estava num dos campos de futebol de Fleury-mérogis. O que? Estas pessoas praticam esporte, enquanto aqueles que nada fizeram de reprovável ganham o pão com o suor de seu rosto? A mesma indignação se manifesta quando se coloca o problema do ócio nas prisões. A administração penitenciária não consegue assegurar trabalho a todos os presos que gostariam de ter um salário? Não há o que lastimar! Numa época em que existem legiões de desempregados, querem dar trabalho para delinquentes, enquanto pessoas honestas não o têm?<sup>192</sup>

De acordo com dados de pesquisas recentes feitas, no Brasil, pelo Núcleo de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo, divulgados no jornal Folha de São Paulo, no ano de 2010, 47,5% dos entrevistados concordam, parcialmente ou totalmente, com a prática de tortura para obter provas judiciais<sup>193</sup> e 73,4% dos moradores de 11 capitais brasileiras são a favor da pena de morte para o estupro. Em outros termos, quase metade da população brasileira apóia a prática da tortura, comumente usada no nosso regime de exceção, e quase três quartos apóiam pena de morte para estupradores, ainda que a nossa Constituição vede, expressamente,

---

<sup>191</sup> Não podemos deixar de referir que, no Brasil, há um programa louvável do Conselho Nacional de Justiça voltado, justamente, a incentivar os empregadores do país a empregar egressos do sistema criminal. Trata-se do programa começar de novo, que, pensando justamente no preconceito social que permanece com o preso fora dos muros prisionais, adotando o seguinte slogan: “Quem já pagou pelo que fez merece a chance de começar de novo”. Focando na sensibilização da sociedade e dos órgãos públicos e empresas privadas, o projeto é construído justamente para afastar a realidade cruel que pesa sobre o sujeito que já passou pelo sistema. Sobre a campanha, cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Começar de novo**. Brasília, [2011a]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>192</sup> HULSMAN; CELIS, 1993, p. 71.

<sup>193</sup> Cf. CAI nº de brasileiros totalmente contrários a tortura para obter provas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1100539-cai-n-de-brasileiros-totalmente-contrarios-a-tortura-para-obter-provas.shtml>>. Acesso em: 05 jun. 2012.

essa pena!

Além desses dados alarmantes apresentados nas pesquisas relatadas acima, a realidade das práticas de polícia e punitivas vivenciada no Brasil mostra quadros assustadores de violência aplicada num suposto combate à violência. Na prática cotidiana das abordagens policiais, das delegacias e presídios brasileiros, é possível verificar que a tortura de suspeitos/investigados/presos é uma realidade que está longe de ser afastada e que, infelizmente, conta com o apoio tácito ou expresso da população brasileira. O próprio Conselho Nacional de Justiça, reconhecendo a prática de atos de tortura dentro de presídios, realizou um seminário, no ano de 2010, na Capital Federal<sup>194</sup>, para cuidar do assunto, o que nos leva a concluir que a prática é mais rotineira do que o jornalismo de massa divulga (quando divulga!).

Apenas para ilustrar, trazemos, para a análise, a situação que ocorria em presídios paulistas e foi denunciada pelo jornal Folha de São Paulo em fevereiro do ano de 2012<sup>195</sup>: a utilização de algemas em mulheres presas que se encontravam em trabalho de parto ou no período pós-parto, em que há uma sensibilidade e desgaste físico da gestante. Na notícia, que, posteriormente, foi veiculada em outros meios de comunicação e em redes sociais, uma mulher, acusada de *furtar um chuveiro, duas bonecas e quatro xampus em uma loja do centro de São Paulo*<sup>196</sup>, foi filmada algemada, pelas mãos e pelos pés, horas após a cesariana.

Na mesma reportagem, verificamos que o Secretário Estadual De Administração Penitenciária fez questão de vir a público menosprezar a situação, assinalando que se tratava de um evento isolado, que não representava a prática rotineira dos presídios paulistas.

Ocorre que, meses antes, o próprio jornal Folha de São Paulo havia publicado uma outra reportagem, sinalizando que presas eram submetidas a trabalho de parto algemadas, de acordo com seus respectivos depoimentos, o que demonstra que a prática não era tão excepcional quanto faz crer o funcionário estatal responsável

<sup>194</sup> Cf. MONTENEGRO, Manuel Carlos; BRAGA, Mariana. Condições degradantes de presídios violam direitos humanos, afirma conselheiro do CNJ. **Portal CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/nova-pagina-eventos/96-noticias/10314-condicoes-degradantes-de-presidios-violam-direitos-humanos-afirma-conselheiro-do-cnj>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

<sup>195</sup> Cf. CARAMANTE, André. Vídeo mostra presa algemada no pós-parto. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1042709-video-mostra-presa-almemada-no-pos-parto-veja.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

<sup>196</sup> Ou seja, e aqui, pedindo licença para nos utilizar da ironia neste trabalho de dissertação, uma cidadã de altíssima periculosidade social, quase um “monstro do Lago Ness”.

pelos presídios<sup>197</sup>.

Foi preciso uma manifestação de pequena parcela da sociedade civil, a exemplo do Instituto de Defesa do Direito de Defesa<sup>198</sup> e o ajuizamento de Ação Civil Pública, por parte do Ministério Público do Estado de São Paulo<sup>199</sup>, para que os funcionários do Estado fossem obrigados, ao menos do ponto de vista formal, a fazer o óbvio: permitir que mulheres sejam submetidas a trabalho de parto *sem algemas*, na esteira do que preconiza a Organização das Nações Unidas<sup>200</sup>.

Além desse trágico incidente, a Pastoral Carcerária elaborou um relatório sobre a tortura em presídios brasileiros<sup>201</sup>, que demonstra que essa prática, que é uma realidade em 20 dentre os 26 Estados da Federação, fica escondida e praticamente impune dentro dos muros das prisões “esquecidas”, propositalmente, pela sociedade brasileira doutrinada a partir do maniqueísmo punitivo.

A pastoral carcerária é uma entidade que se dedica a combater práticas de tortura no Brasil e que possui uma atuação constante, com voluntários que trabalham para colher dados e auxiliar os presos em situações de violação de direitos humanos. De acordo com o que se extrai do próprio relatório, esses dados obtidos por voluntários não elucidam toda a situação de tortura no Brasil, já que os torturados estão sob custódia dos agentes públicos<sup>202</sup> e os dados dessas práticas violentas, em sua maioria, têm de ser buscados pelos voluntários, ou denunciados por familiares do preso<sup>203</sup>, o que dificulta a transparência total dessas práticas.

Nesse relatório, os voluntários da Pastoral espalhados no Brasil, a partir de

<sup>197</sup> Cf. PRESAS em São Paulo dizem ter que dar à luz algemadas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1008395-presas-em-sao-paulo-dizem-ter-que-dar-a-luz-almegadas.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>198</sup> Cf. INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **IDDD repudia uso de algemas em pós-parto**. São Paulo, 06 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/Noticias.aspx?Id=453>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

<sup>199</sup> Cf. PROMOTORIA move ação contra o Estado por algemar presas durante o parto. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1124683-promotoria-move-acao-contra-o-estado-por-almegar-presas-durante-o-parto.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

<sup>200</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Direitos humanos**: compilação de instrumentos internacionais. Lisboa, dez. 2008. v. 2. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/outraspubPDF/Direitos Humanos II V2.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

<sup>201</sup> Cf. PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Relatório sobre tortura**: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura. São Paulo: Paulus, 2010. Disponível em: <[http://idejust.files.wordpress.com/2010/08/relatorio\\_tortura\\_revisado1.pdf](http://idejust.files.wordpress.com/2010/08/relatorio_tortura_revisado1.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>202</sup> Cf. *Ibid.*, p. 35.

<sup>203</sup> Cf. *Ibid.*, p. 48.

visitas aos presídios<sup>204</sup>, elaboraram um banco de dados que revela que as práticas de tortura ocorrem, primordialmente, na convivência diária entre funcionários do Estado e presos, com o objetivo de impor a estes últimos um castigo corporal<sup>205</sup>. Poucos são os casos, relatados nessa pesquisa, de tortura para obtenção de confissão<sup>206</sup>. Demais disto, as ofensas são praticadas por grupos distintos de agentes do sistema prisional. Conforme extraímos do relatório:

O que também nos chama a atenção na Tabela I é o fato de o crime de tortura ter sido cometido por um grupo de diferentes agentes, ou seja, não somente uma categoria mas por diversas categorias, tais como: policial civil junto com policial militar, ou policial militar junto com delegado, ou agente penitenciária junto com diretor de unidade. Dos 211 casos recebidos, 44 casos diziam respeito a violências praticadas por diversos agentes contra presos.

A partir da Tabela II, verificamos que as denúncias recebidas variam. Alguns casos referem-se às violências individuais, como a tortura e o homicídio, outros dizem respeito aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, que pode ser a falta de atendimento médico, a superlotação da unidade, a falta de estrutura adequada, falta de lençóis e colchões, infiltrações na unidade, desrespeito com os familiares por parte dos funcionários do presídio, dentre outros<sup>207</sup>.

Devemos, ainda, mencionar alguns dados que não estão no relatório, mas são apresentados pelos membros da Pastoral Carcerária Nacional. Conforme relatou José Dias de Jesus Filho, assessor jurídico da Pastoral Carcerária, as torturas praticadas são as mais diversas. Dias narra a aplicação do saco plástico – que aparece bastante no filme “tropa de elite”, no qual é colocado um saco na cabeça do torturado, impedindo-o de respirar –, o microondas, “que é quando deixa o preso por horas dentro do carro no sol, ou quando coloca ele (sic) algemado no camburão e corre, fazendo ziguezague”<sup>208</sup>, o submarino, que consiste “em enfiar a cabeça da pessoa na água” e os choques no testículo, esses mais tradicionalmente divulgados<sup>209</sup>.

Importante afirmarmos que, a Organização das Nações Unidas, por meio de relatório realizado para cuidar somente da situação penitenciária brasileira<sup>210</sup>, cobrou

<sup>204</sup> Cf. PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL, 2010, p. 30.

<sup>205</sup> Cf. Ibid., p. 49.

<sup>206</sup> Cf. Ibid., loc. cit.

<sup>207</sup> Ibid., p. 36-37.

<sup>208</sup> Cf. ARANHA, Ana. “Não vai falar, vagabunda?”, dizia o torturador. **Agência Pública**, São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/06/dizia-o-torturador/>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>209</sup> Cf. Ibid.

<sup>210</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Subcomitê de Prevenção à Tortura. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 08 fev. 2012. Disponível em:

do Estado Brasileiro providências no que concerne às denúncias de práticas de tortura por parte de agentes estatais. Consoante se extrai do relatório: "a impunidade por atos de tortura está disseminada e se evidencia pelo fracasso generalizado em levar-se os criminosos à justiça, bem como pela persistência de uma cultura que aceita os abusos cometidos pelos funcionários públicos"<sup>211</sup>.

Esses são apenas alguns poucos exemplos documentados da violência do paradigma de punir sobre a sua "clientela". Não é novidade que a tortura é uma realidade no nosso país de modo que, não duvidamos que, no percurso dessa "vida severina" de "serras magras e ossudas", existam tantos outros exemplos de práticas cruéis e desumanas "justificadas" a partir da lógica punitiva vigente.

Nem se diga que o problema dos maus tratos a presos é um desvio do sistema de punir brasileiro, que não tem precedente em outros locais do mundo. Conquanto não tenhamos dados tão concretos e reais como os apontados no caso brasileiro, podemos afirmar que a tortura está longe de ser um problema particular nosso. E essa afirmativa é comprovada a partir da existência de documentos internacionais ratificados pelos países que compõem o quadro da Organização das Nações Unidas – a exemplo da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes Protocolo Facultativo a este documento<sup>212</sup> – e, também, a partir da existência do Subcomitê para Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, órgão da ONU. Ora, se há essa preocupação no contexto das Nações Unidas, é porque se trata de um problema global, e não localizado apenas no Brasil.

Como, diante de tal panorama, legitimarmos um sistema que utiliza e estimula como meio de controle social práticas que ele mesmo pretende a combater? Em outras palavras, *a perplexidade está em como não admitir que haja algo de errado em um Direito que combate a lesão corporal e a ofensa à honra, por exemplo, quando estes meios são, particularmente, utilizados pelo Estado em nome do direito de punir.*

Acrescentemos ao mencionado maniqueísmo a ausência de credibilidade no

---

<[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio\\_visita\\_ao\\_Brasil\\_subcomite\\_prevencao\\_tortura\\_jun2012](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012)>. Acesso em: 08 ago. 2012.

<sup>211</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2012, p. 11.

<sup>212</sup> Cf. Ibid.

funcionamento do sistema criminal. De fato, a sociedade em geral estimula a descoberta do crime, a captura do criminoso e o início do processo criminal, e não se preocupa com as lesões e ofensas perpetradas em nome do combate à criminalidade.

De maneira paradoxal, contudo, muitas vítimas do delito, a despeito desse sentimento geral de punição alimentado na nação, não acreditam na efetividade da justiça criminal; sabem que essa atuação é contraproducente, e não melhora a situação social. A ausência de credibilidade é, também, vislumbrada no fenômeno alcunhado de cifras ocultas da criminalidade. Com efeito, uma grande maioria dos fatos tidos como criminosos não chega ao conhecimento das autoridades oficiais, ou, quando chega, não se observa o seguimento dessas ocorrências<sup>213</sup>. E, dessa maneira, muitos fatos típicos ficam à margem do sistema.

Por fim, sem pretensão de exaurimento do assunto, é importante destacar mais um ponto: a punição não satisfaz, necessariamente e sempre, os interesses dos diretamente envolvidos no fenômeno delitivo. Não só do delinquente, o qual, argumentar-se-ia (sem qualquer razão), pouco teria a opinar sobre a sua punição, mas, principal e especialmente, a punição não agrada sempre à vítima. Esse tema será desenvolvido no tópico resguardado à vitimologia; por enquanto, fica aqui o registro desse descontentamento do ofendido.

Por todas essas razões expostas, o direito de punir do Estado passou a ser alvo de fundadas críticas, necessitando, cada vez mais, de melhorias no seu modo de aplicação e, também, de justificativas por parte dos Justificacionistas do Sistema Criminal.

---

<sup>213</sup> Uma pesquisa realizada pelo site Agência de Reportagem de Jornalismo investigativo informa que, no Brasil, apenas 8% dos homicídios são solucionados e 63% da população não confia na polícia. Cf. VIOTTO, Décio. Lenha na fogueira. **Agência Pública**, São Paulo, 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/06/lenha-na-fogueira/>>. Acesso em: 08 ago. 2012. Não só no Brasil, contudo, verificamos cifras ocultas. De acordo com Marcos Rolim, na Inglaterra e no País de Gales, uma pesquisa de vitimização apontou que no ano de 2002 ocorreram, aproximadamente, 12,3 milhões de crimes contra residentes adultos, ao passo que as polícias britânicas registraram, no mesmo período, 5 milhões de ocorrências criminais. Isso significa que mais da metade dos crimes não chegaram ao conhecimento do Sistema formal. Na Espanha, a polícia toma conhecimento de apenas 47% das infrações penais de modo geral, enquanto que, nos casos de crimes sexuais, esse número reduz para 4%. O mesmo autor relata que, numa pesquisa realizada no Brasil pelo IBGE, em 1998, 60,8% de vítimas de agressão física não procuraram a polícia enquanto que apenas 9% de vítimas de crimes sexuais comunicaram o crime às autoridades. Percebemos, portanto, como o Sistema Formal deixa de conhecer os crimes ocorridos. Cf. ROLIM, 2009, p. 40-41.

### 3.2.2 A Ilusão da Prevenção Especial Positiva

Além da crise da razão de punir, já abordada nos tópicos acima, que auxilia na compreensão da “crise” do paradigma punitivo, não podemos olvidar a ilusão da prevenção especial, enquanto função apresentada para a pena criminal. Já salientamos, alhures, que o modelo reabilitativo, aqui enquadrado dentro do paradigma punitivo, defende a punição como meio de correção e reintegração social do ofensor. O conceito de qual seria a reabilitação e correção do criminoso, contudo, é alvo de uma gama de teorias, sob diversos enfoques, nos termos que veremos no subtópico abaixo.

#### 3.2.2.1 *Prevenção Especial: Em Busca de um Conceito*

A prevenção especial pode ser apresentada, numa primeira aproximação, como a teoria que justifica a pena a partir de uma finalidade de atuação na pessoa do criminoso<sup>214</sup>. De acordo com as teorias da prevenção especial, o utilitarismo a ser buscado com a pena deve ser focado em uma atuação sobre o infrator, em duas vertentes: positiva, no sentido de conferir à pena uma função educativa, tendente a melhorar a pessoa do infrator; negativa, com o objetivo de inocuizar aqueles que seriam inocuízáveis e eliminar aqueles que não são possíveis de neutralizar<sup>215</sup>.

Ambas as finalidades, como vai ressaltar Ferrajoli, não se excluem, mas, ao revés, complementam-se, “para a definição do objetivo da pena enquanto fim diversificado e dependente da personalidade, corrigível ou incorrigível, dos condenados”<sup>216</sup>. Assim, para aqueles que fossem corrigíveis, o Sistema Penal atuaria como um meio de correção do desvio que possuíssem; quando não fosse possível corrigir, a finalidade precípua seria a de prevenção especial negativa, tendente a neutralizar ou eliminar o criminoso.

Ferrajoli sistematiza três vertentes mais conhecidas de prevenção especial.

Em primeiro lugar, Ferrajoli vai apresentar as doutrinas pedagógicas da

---

<sup>214</sup> Cf. DIAS, 2007, p. 54.

<sup>215</sup> Cf. FERRAJOLI, 2002, p. 245.

<sup>216</sup> Ibid., p. 246.

emenda, de origem mais remota, por meio das quais, “a partir de uma concepção espiritualista do homem”<sup>217</sup> definem que a função da pena é transformar os homens delinquentes em seres bons. São teorias formuladas por Platão e reelaboradas por Santo Tomás, que partem da ideia de reabilitação fundada em premissas metafísicas, de penitência e arrependimento que defende a ideia de que os criminosos sofrem de algum desvio moral e que, por conta disso, precisam da pena para pensar nos seus atos e se arrepender dos seus crimes, expurgando de suas mentes o mal que lhes acomete. Trata-se de um conjunto de ideias ligadas às tradições platônicas e ao período medieval, apresentando pouca relação com o pensamento racional iluminista moderno, de maneira que não nos debruçaremos muito sobre as doutrinas da emenda.

As teorias que defendem a prevenção especial, no período moderno, são fruto da mudança na concepção do plano iluminista, em que “o punir menos converte-se naquele disciplinar e tecnológico de punir melhor”<sup>218</sup>, ou seja, em que o direito penal deixa de ser utilizado como instrumento puro de retribuição para ser visto como plano de recuperação ou eliminação do criminoso desviante, sempre a partir da punição.

No período moderno, as principais teorias que vão ser desenvolvidas, sobre a prevenção especial, são a da defesa social e o programa de Marburgo, conforme apresentaremos nas linhas que se seguem.

A Terapia ou ideologia da Defesa Social fundamenta a prevenção especial a partir da noção de tratamento. Trata-se de uma teoria concebida no período racional sob forte e nítida influência da criminologia positiva e de seus pressupostos básicos. A criminologia positiva, desenvolvida sob a égide do fascínio pelas ciências naturais e pelo positivismo jurídico de Comte, buscava explicar a etiologia do crime na disfunção biológica (Lombroso), psicológica (Garófalo) ou social (Ferri) do criminoso, partindo de uma perspectiva determinista do homem. Esta corrente do pensamento parte, pois, do suposto de que o delinquente é um ser inferior, pervertido ou degenerado, distinto dos homens de bem.

---

<sup>217</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 247.

<sup>218</sup> Ibid., p. 246.

Abandonando os postulados clássicos do livre-arbítrio<sup>219</sup>, os positivistas da criminologia vão assinalar que o homem criminoso é um ser identificável entre os demais que precisa de uma intervenção estatal para tentar melhorar a patologia – biológica, social ou psicológica – que lhe acomete.

De acordo com a perspectiva de Lombroso (seguramente, a mais difundida da escola positiva), o criminoso era um ser diferente, que, sob uma análise de evolução social (Darwin), é involuído e primitivo, e, por conta disto, dedica-se à criminalidade. Para Lombroso, a natureza atávica do criminoso, identificável por características físicas<sup>220</sup>, que faziam deste um selvagem, impossibilitado de se comportar como os normais, dada a sua constituição inata.

O homem criminoso, portador de determinados atributos físicos, que deveriam ser desvendados e reconhecidos, para que o direito criminal punitivo estivesse legitimado a atuar preventivamente, a “sequestrar” o *criminoso* em face dos temíveis efeitos sociais/morais que pode causar, tudo – cnicamente – em nome da ‘paz social’ e ‘segurança jurídica’, tecnicamente chamada de *Defesa Social*<sup>221</sup>.

A partir da identificação do criminoso, seria possível estabelecer a pena adequada para ele: “higiênico-preventiva, terapêutico-repressivas, cirúrgico-eliminatórias, dependendo do tipo de delinquente – ocasionais, passionais, habituais, loucos ou natos e dos fatores sociais, psicológicos e antropológicos do crime”<sup>222</sup>.

Às perspectivas de Lombroso, Ferri e Garófalo agregam com maior ênfase, respectivamente, desvios sociológicos e psicológicos<sup>223</sup>.

Dessa forma, esse sujeito, diferente, deveria ser submetido a uma pena, que

---

<sup>219</sup> De acordo com Baratta: “De fato, a escola liberal clássica não considerava o delinquente como um ser diferente dos outros, não partia da hipótese de um rígido determinismo sobre a base do qual a ciência tivesse por tarefa uma pesquisa etiológica sobre a criminalidade e se detinha principalmente sobre o delito, entendido como conceito jurídico, isto é, como violação do direito e, também, daquele pacto social que estava, segundo a filosofia política do liberalismo clássico, na base do estado de direito”. BARATTA, 2002, p. 31.

<sup>220</sup> “Então, ‘numa manhã nublada de dezembro’, examinou o crânio do famoso bandido Vilhella, e teve aquela faísca de jubilosa intuição que acompanha tanto os descobrimentos brilhantes quanto as invenções mais esdrúxulas. Pois viu naquele crânio uma série de traços atávicos que evocavam mais o passado simiesco que o presente humano [...] Dentre essas características encontravam-se ‘sobrancelhas espessas, quase se encontrando acima do nariz’, nariz aquilado, orelhas pontudas na parte superior.” GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 122.

<sup>221</sup> ROSA, 2004, p. 214.

<sup>222</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 249.

<sup>223</sup> Cf. BARATTA, op. cit., p. 39.

tinha como finalidade a terapia de cura do condenado, e, ainda, a defesa da sociedade. A pena era apresentada mais como um remédio do que como uma punição; quase *um favor ao condenado*. “O criminoso em não sendo um igual, se considerada a divisão entre o mundo dos bons e dos maus, pode e deve, na lógica da *Defesa Social*, ser liquidado ou reformado para ser igual aos bons, os que se impõem pela força”<sup>224</sup>. Dessa forma, o criminoso que fosse “corrigível”, deveria ser tratado pelo sistema criminal, para ser igual aos outros seres normais e de bem da sociedade; o incorrigível, por seu turno, deveria ser neutralizado, para a defesa da sociedade.

Constatamos, assim, que, se a pena visava a corrigir o condenado, para que esse voltasse à sociedade como um homem de bem, ela deveria durar o tempo suficiente para que se atingisse a cura, não se cabendo falar em limite máximo de condenação.

Ferrajoli destaca, ainda, o programa de Marburgo, e o projeto socializante de diferenciação das penas. Essa vertente da ressocialização preconiza que “a função de prevenção especial das penas” ocorrerá por meio das “individualizações e diferenciações”. No contexto dessa concepção, a ressocialização seria buscada por meio da pena justa, diferenciada “segundo a personalidade dos réus”. Liszt abandona o pressuposto de retribuição da culpabilidade<sup>225</sup>, assinalando que a sua missão fundamental da pena era atuar sobre a pessoa do criminoso, por meio de uma sanção diferenciada para cada espécie de infrator e, secundariamente, a proteção de bens jurídicos<sup>226</sup>.

O que extraímos, desse breve resumo das principais teorias da prevenção especial apontadas, é que todas concebem, em maior ou menor grau, a possibilidade de intervenção na pessoa do criminoso, concordando com o “uso do direito penal não apenas para prevenir delitos, mas também para transformar as personalidades desviantes por meio de projetos autoritários de homologação ou, alternativamente, de neutralização [...]”<sup>227</sup>. Os fundamentos desse projeto de atuação na pessoa do infrator é que vão ser distintos, mas, de toda forma, vão partir

---

<sup>224</sup> ROSA, 2004, p. 216.

<sup>225</sup> Cf. ROXIN, Claus. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004, p. 54.

<sup>226</sup> Ibid., p. 54-55.

<sup>227</sup> FERRAJOLI, 2002, p. 247.

da premissa de anormalidade do condenado, seja de um ponto de vista moral, biológico ou social.

Verificamos, portanto, o primeiro ponto criticável das teorias da prevenção especial: não há um consenso sobre qual é a correção que vai ser realizada sobre a pessoa do criminoso, tampouco, quais seriam os meios para essa melhoria dos ofensores corrigíveis.

Acrescentemos, à incerteza conceitual, outra crítica igualmente importante. Ainda que fosse possível conceituar, univocamente, a ressocialização, esse conceito esbarraria na ausência de normas de conduta social validamente aceitas por todos.

Não duvidamos, nas sociedades atuais, do pluralismo de ideias, dos “distintos sistemas de valores e distintas visões de mundo”<sup>228</sup>, consoante bem destacou Raul Cervini. Numa democracia, é impossível admitirmos a existência de uma sociedade uniforme, monolítica, com valores iguais e universalmente aceitos. Diante dessa conjuntura, a ideia de ressocialização esbarra na seguinte questão: qual seria a norma de conduta e o sistema de valores a ser inculcado no condenado, durante a sua pena-terapia? Essa crítica, sem sombra de dúvidas, só foi percebida com vigor a partir da crise da modernidade gerenciadora.

Sobre este ponto, conclui Cervini, com razão, que “a autêntica ressocialização só será possível quando o indivíduo a ser ressocializado e o encarregado da ressocialização tenham, aceitem ou compartilhem o mesmo fundamento moral que a norma social de referência”<sup>229</sup>.

E esse aspecto é particularmente difícil de concretizar, porque o que observamos, em regra quase absoluta, é que aquele que pretende ressocializar, ainda que diga o contrário, ignora o conjunto de valores sociais e morais intrínsecos ao condenado, bem assim o conjunto social no qual se pretende incorporá-lo, por acreditar que a sua visão de mundo é a melhor a ser seguida. E, por ser assim, o socializador impõe ao sujeito condenado uma “ordem social”, que considera perfeita e isenta de críticas<sup>230</sup>.

---

<sup>228</sup> CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 41.

<sup>229</sup> Ibid., p. 41.

<sup>230</sup> “Sem embargo, e ainda que o conceito de ressocialização que maneja essa teoria seja definido cepticamente como mera adaptação funcional à coletividade, cabe questionar sua pretendida neutralidade axiológica, posto que o vocábulo evoca uma admissão ritual e coativa dos valores,

Essa imposição de um conjunto de valores, tido como perfeito, à pessoa do condenado, com vistas a torná-lo uma pessoa melhor, afeta, sobremaneira, os seus direitos<sup>231</sup>.

Se é certo que “todos têm o direito de irem para o céu ou o inferno como quiserem, desde que no caminho não violem as pessoas ou seus bens”<sup>232</sup>, outra conclusão não há, senão a de que a ressocialização – enquanto teoria que visa inculcar valores e *transformar o delinquente em uma pessoa boa* – só pode operar se (e quando) o destinatário dela concorde. Qualquer imposição de uma socialização é uma violência ao indivíduo, uma afronta ao seu direito de ser quem se quer ser.

A doutrina de fins da pena mais vanguardista, defendida por Roxin, Figueiredo Dias e Eduardo Correia, absorve algumas dessas críticas para reformular o conceito de prevenção especial positiva. Essa concepção reformulada da prevenção especial vai trazer um conceito de ressocialização que tenta inserir, na pauta da reabilitação, o discurso de inclusão do outro, com vistas a relegitimar esta função preventiva da pena. Nesse sentido, tal posicionamento mais recente vai defender que a prevenção, que incide positivamente na pessoa do criminoso, não pode abstrair a questão da voluntariedade do indivíduo apenado, no sentido de que a ressocialização só poderá ser bem sucedida se, e quando, esse indivíduo se dispuser a colaborar com o Estado.

Nesse sentido, Eduardo Correa vai assinalar, em um primeiro momento, que o conceito de ressocialização deve ser entendido como a inserção “no delinquente de um puro sentimento de responsabilidade social, fornecendo-se-lhe, através dos Serviços Sociais de Justiça, elementos para uma aprendizagem visando a que não

---

modelos e pautas de conduta do grupo pelo infrator, que os internaliza, resolvendo, assim, um conflito de sistemas normativos. De outro lado, a teoria da socialização, enquanto modelo explicativo do delito, tem validade somente parcial e corre o risco de perigosas falsificações empíricas. Pois, evidentemente, *a criminalidade não é patrimônio dos grupos marginalizados e mal integrados*”. CERVINI, 2002, p. 372.

<sup>231</sup> Com efeito, assinala Cervini, baseado nas lições de Garcia Valdez, que: “O direito de não ser tratado é parte integrante fundamental do direito a ser diferente, que toda sociedade pluralista é obrigada a reconhecer, e a imposição mais ou menos grave oculta, mais ou menos consentida, de um tratamento implica um grave perigo para os direitos do preso como pessoa”. CERVINI, 2002, p. 42.

<sup>232</sup> MORRIS; HAWKINS apud QUEIROZ, Paulo. **Tráfico de droga**: artigo retirado de um jornal datado do ano 2.097. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/trafico-de-droga-artigo-retirado-de-um-jornal-datado-do-ano-2097/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

pratique crimes no futuro”<sup>233</sup>. Em outros termos, a preocupação principal das concepções mais atuais sobre a prevenção especial diz respeito à inclusão de valores positivos no condenado.

Figueiredo Dias vai assinalar que a função de prevenção especial deve incluir noções positivas no criminoso, para afastá-lo do mundo do crime, quando este for “carente de socialização”<sup>234</sup>. Essa inclusão, contudo, deve partir da premissa “respeito pelo modo de ser do delinquente, pelas suas concepções de vida e o mundo”<sup>235</sup>.

Roxin, por fim, afirma que “uma pena que pretende compensar os defeitos de socialização do autor só pode ser pedagógica e terapeuticamente eficaz quando se estabelece uma relação de cooperação com o condenado (tradução nossa)”<sup>236</sup>.

O que percebemos, então, é que, nessa nova visão de prevenção especial, a doutrina defende que o Estado deve atuar como colaborador do indivíduo, auxiliando-o, caso queira, a sair do mundo do crime: “auxílio não coactivo, repetimos, mas de ensinamento e ajuda e aprendizagem, através de um discurso cognitivo em que se radique a ideia de que o crime não compensa; que cada homem tem responsabilidade pelos seus atos como pelo dos outros”<sup>237</sup>.

Não podemos negar a tentativa de avanço que essa concepção mais recente de prevenção especial apresenta. Nada obstante, é possível observarmos que, em que pese o respeito pelo “modo de ser do delinquente”, o discurso mantém a afirmação de que o criminoso é um ser diferente, de que falta nele “algo” que os outros possuem e de que é função do Estado reabilitar e ressocializar essa pessoa que cometeu um crime, ainda que estabelecendo o limite de voluntariedade do apenado.

Diante de tantas vertentes apresentadas, o que podemos esboçar como conclusão é que este conceito de prevenção especial é plurissignificativo, a

<sup>233</sup> CORREA, Eduardo. Ainda sobre a o problema da ideologia do tratamento: algumas palavras sobre o serviço social de justiça. *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Coimbra, n. 3794, ano 123, p. 129-131, set. 1990, p. 130.

<sup>234</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 133.

<sup>235</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>236</sup> No original: “Una pena que pretende compensar los defectos de socialización del autor sólo puede ser pedagógica y terapéuticamente eficaz quando se establece una relación de cooperación com el condenado”. ROXIN, 1997, p. 96.

<sup>237</sup> CORREA, op. cit., loc. cit.

depender da concepção que seja adotada, o que denota uma ausência de definição concreta do conceito próprio de ressocialização, das suas metas, dos objetivos intermediários, dos procedimentos, e dos limites<sup>238</sup>. Dessa forma, não há como aplicar aquilo que mal se consegue compreender por completo.

Ultrapassadas às críticas à ressocialização, cumpre destacarmos que, ainda que se tratasse de um conceito perfeito e logicamente aceitável, a prevenção especial não obteria sucesso. E o fracasso desta tem uma explicação simples: a deficiência do meio precípua utilizado para alcançar o fim proposto, qual seja, a prisão.

Sobre o tema, é imprescindível fazermos uma pequena digressão da prisão, apta a narrar o seu surgimento e o porquê de se acreditar tanto que ela possa cumprir finalidades que, de fato, não lhes são possíveis de executar.

### 3.2.2.2 A Prisão: “Instituição Total” do Paradigma de Punir<sup>239</sup>

De mitos e fantasias alimenta-se o imaginário popular sobre as prisões. Nossas ideias flutuam entre a existência de hotéis cinco estrelas e de pedaços do inferno, enquanto os cárceres se enchem cada vez mais de pessoas, muitas das quais pedem uma segunda ou terceira oportunidade que lhes permita situar-se de modo diferente perante o mundo. Continuamos a abarrotar nossas prisões, tranquilizados pela ilusão eficiente de diminuir a delinquência, pondo atrás das grades os violadores das normas criminais, *mas não raro esquecidos da condição de seres humanos dos que, subtraídos momentaneamente do nosso convívio, abandonamos depois dos muros.*<sup>240</sup>

Remonta ao Iluminismo o nascimento desta estrutura de punir, que ganhou importância como fundamental meio de inibir os castigos corporais e a pena de morte. O Liberalismo burguês, então nascente, não mais admitia os chamados “espetáculos sangrentos”, e a crescente importância dos direitos humanos transformava a prisão “na pena própria dos países civilizados”<sup>241</sup>. A prisão, consoante assinala Foucault, vai representar, para a justiça penal, um marco

<sup>238</sup> Cf. MOLINA; GOMES, 2006, p. 392.

<sup>239</sup> “Se se compara, o inferno de Dante parece a Disney”. (Eduardo Galeano).

<sup>240</sup> PELUSO, Cezar. Uma realidade perversa. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carcerario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2012, p. 9.

<sup>241</sup> CERVINI, 2002, p. 45.

importante, consistente no seu “acesso à humanidade”<sup>242</sup>, relegando “ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado”<sup>243</sup>. A prisão é colocada, pois, ao centro do paradigma de punir, como a forma preferida de punição.

Desde o seu nascimento, enquanto castigo, a prisão aparece como uma instituição total, voltada para a disciplina interna dos condenados. De acordo com Erwin Goffman:

Uma instituição total pode ser definida como um local de residência e trabalho onde um grande número de indivíduos com situação semelhante, separados da sociedade mais ampla por considerável período de tempo, levam uma vida fechada e formalmente administrada<sup>244</sup>.

Na prisão, observamos exatamente as características apresentadas por Goffman: Instituição fechada e formalmente administrada. A prisão nasce com uma carga disciplinar forte, com o objetivo de “tomar a seu cargo todos os aspectos do indivíduo, seu treinamento físico, sua aptidão para o trabalho, seu comportamento cotidiano, sua atitude moral, suas disposições”<sup>245</sup>.

Assim é que, dentro da prisão, o isolamento do criminoso é uma característica principal. Isolamento não só do mundo exterior, em que foi cometido o delito, mas, em muitos casos, isolamento da própria convivência com os demais detentos<sup>246</sup>, para que, nessa situação, ele possa refletir sobre o seu comportamento, de modo a se utilizar a “solidão como instrumento positivo de reforma do apenado”<sup>247</sup>. A falta de contato que a prisão estabelece entre os seus integrantes e o mundo exterior e, muitas vezes, entre o mundo da própria prisão, é o que “caracteriza as barreiras sociais com o mundo externo”, traço marcante do que Goffman vai estabelecer como instituições totais.

Na prisão, essa instituição total criada pelo paradigma de punir para responder ao fenômeno delitivo, é visível a agregação das três esferas da vida cotidiana das

<sup>242</sup> FOUCAULT, 1997, p. 217.

<sup>243</sup> Ibid., p. 218.

<sup>244</sup> GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo, Perspectiva, 1974, p. 11.

<sup>245</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 222.

<sup>246</sup> No caso Brasileiro, basta observar o Regime Disciplinar diferenciado, que consiste em um instrumento sancionatório peculiar, criado dentro da execução penal, para reprovar a conduta daqueles que cometem falta grave ou que estão envolvidos com organizações criminosas (artigo 52, LEP). Caracteriza-se, principalmente, por estabelecer uma privação a mais da liberdade do acusado, isolando-o numa cela com direitos restritos. Trata-se de uma forma de isolar, ainda mais, o criminoso do ambiente social, retirando desse o convívio com os seus próprios pares.

<sup>247</sup> FOUCAULT, op. cit., p. 223.

peças em uma única, porque o indivíduo apenado, ao contrário do que costumeiramente ocorre com os demais, possui um único ambiente para “dormir, trabalhar e brincar”<sup>248</sup>, sempre submetido à mesma autoridade. Em outros termos, a prisão rompe com a separação entre essas três esferas da vida que, em regra, são realizadas em locais distintos, para promover o intercâmbio de vivências e experiências entre as pessoas.

Devemos afirmar, ainda, que, dentro da prisão, a vida diária do apenado é compartilhada com pessoas que são, como ele, obrigadas a serem do mesmo jeito, e a realizarem as mesmas atividades em horários rigorosamente estabelecidos a partir de uma autoridade superior<sup>249</sup>.

A vigilância constante também é um traço visível nas instituições totais, gênero do qual a prisão faz parte. Nessas instituições, a supervisão exercida sobre o grupo de pessoas é a partir do *controle* destas por um grupo em posição hierarquicamente superior.

Demais disto, é importante assinalarmos que o indivíduo que ingressa na instituição total prisão passa por um processo de descaracterização de “despojamento do papel social”<sup>250</sup> que outrora assumia. Goffman ilustra:

O novato chega ao estabelecimento com uma concepção de si mesmo que se tornou possível por algumas disposições sociais estáveis no seu mundo doméstico. Ao entrar, é imediatamente despido do apoio dado por tais disposições. Na linguagem exata de algumas de nossas mais antigas instituições totais, começa uma série de rebaixamentos, degradações, humilhações e profanações do eu. O seu eu é sistematicamente, embora muitas vezes não intencionalmente, mortificado. Começa a passar por algumas mudanças radicais em sua carreira moral, uma carreira composta pelas progressivas mudanças que ocorrem nas crenças que têm a seu respeito e a respeito dos outros que são significativos para ele.<sup>251</sup>

Por conta disto, durante o aprisionamento, com o convívio diário com um regime diferente, com a privação da liberdade e com a ausência da família, é possível constatar que “a personalidade do detento modifica-se durante o internamento, e tal modificação pode ser muito profunda e deixar sequelas psíquicas irreversíveis, ou, na melhor das hipóteses, temporárias”<sup>252</sup>. Isso não nos traz qualquer surpresa, já que, de acordo com as teorias tradicionais de prevenção

<sup>248</sup> GOFFMAN, 1974, p. 17.

<sup>249</sup> Cf. *Ibid.*, p. 18.

<sup>250</sup> *Ibid.*, p. 24.

<sup>251</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>252</sup> CERVINI, 2002, p. 49.

especial positiva, o objetivo é, justamente, despojar o indivíduo de suas características negativas para lhe ensinar a ser bom como os demais cidadãos de bem.

Em linhas gerais, essas são algumas das características da prisão enquanto espécie de instituição total apresentada por Goffman: uma instituição que promove o despojamento das características essenciais da pessoa, instituindo um ritmo de vida social obrigatório e previamente fixado com outros sujeitos sociais estranhos e desconhecidos e, principalmente, com limitação de saída e de contato com pessoas com as quais o apenado possui relações de afeto.

Não nos assusta descobrir que essa instituição não tem, em regra, condições de promover a ressocialização do condenado. Querer promover a reinserção social do outro a partir de prisões é uma ilogicidade, uma vez que é impossível educar para a liberdade em situações de não liberdade. Utilizando-nos de uma metáfora, poderíamos dizer que educar para a liberdade na prisão equivale a se preparar para uma maratona de corrida deitado, com ingestão diária de *fast food*.

À “instituição total” prisão, a preferida do paradigma de punir, segundo pensamos, só se pode atribuir uma única função com uma margem tolerável de certeza: a retribuição, o castigo e a expiação do mal. A prevenção especial, como projeto principal de punir, é um plano mais ilusório do que real, pelos motivos assinalados<sup>253</sup>.

Por fim, mas jamais menos, impende ressaltarmos que as instalações prisionais, em especial no Brasil, são ambientes verdadeiramente mal projetados, superlotados, sem componentes essenciais de higiene. São, a maioria delas, locais desagradáveis e até mesmo inóspitos, dos quais, infelizmente, não podemos esperar chances de melhora pessoal do apenado. Esta situação foi tratada por Ana Sabadell, que afirma: “Todos sabem que ninguém pode ser ‘recuperado’ nas prisões, onde se convive com a violência mais exasperada, em uma situação de

---

<sup>253</sup> Importante afirmarmos, outrossim, que, no Brasil, as taxas de reincidência são absurdamente altas, estimadas em, aproximadamente, 70%, de acordo com o Ministro do STF Cezar Peluso. Cf. ÍNDICE de reincidência criminal no país é de 70%, diz Peluso. **Valor Econômico**, São Paulo, 05 set. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

miséria, corrupção e desrespeito à dignidade humana”<sup>254</sup>.

De acordo com dados do Departamento Penitenciário Nacional, a situação dos presídios brasileiros é preocupante. Em relatório de visita ao estabelecimento prisional conjunto criminal de Serrinha<sup>255</sup>, interior do estado da Bahia, obtivemos a informação de que *só é liberada a utilização de água (inclusive para o consumo humano) duas vezes ao dia, sendo que, com isso, eram dadas apenas duas descargas nos banheiros do presídio.*

Os números nos dizem ainda mais. De acordo com dados do mutirão carcerário<sup>256</sup>, publicado pelo CNJ neste ano de 2012, a situação dos presídios brasileiros é bastante complicada. Na região Norte, os presídios de Rondônia têm média de ocupação de dois presos por vaga; os do Pará contam com 75% do déficit de vagas. No Acre, “o calor é uma punição adicional para quem cumpre pena”<sup>257</sup> já que as celas são escuras e mal ventiladas; o Estado conta, ainda, com a maior população presa: 1 a cada 200 mil habitantes. O Amapá possui apenas um único presídio, abrigando 1,8 mil homens e mulheres em celas apertadas<sup>258</sup>, sem colchão ou camas, dormindo no chão.

No nordeste, a situação preocupante, como visto no presídio de Serrinha, interior baiano, é a escassez de água. De acordo com o relatório:

Adjetivos não faltam para classificar os presídios nordestinos. No Rio Grande do Norte, algumas unidades foram comparadas pelo Mutirão a calabouços, onde até respirar é difícil, por causa da falta de ventilação e do mau cheiro. No Ceará, ruína foi o termo escolhido para descrever algumas penitenciárias inspecionadas, enquanto na Bahia o pátio de uma unidade foi comparado a um campo de concentração. Um cenário árido de desrespeito aos direitos humanos<sup>259</sup>.

Demais disto, a criminalidade é uma constante nos presídios e, de acordo com o relatório mencionado do CNJ, “no presídio Aníbal Bruno, o maior do País, em

<sup>254</sup> SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 179.

<sup>255</sup> Cf. BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visita ao estabelecimento prisional Conjunto Penal de Serrinha, do Estado da Bahia**. Brasília, 20 jun. 2011b. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2012, p. 6.

<sup>256</sup> Cf. Id. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, 2012b. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carcerario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2012, p. 15.

<sup>257</sup> Ibid., p. 17.

<sup>258</sup> Cf. Ibid., p. 21.

<sup>259</sup> Ibid., p. 61.

Pernambuco, são os presos que detêm as chaves e cuidam da circulação de pessoas dentro da unidade<sup>260</sup>, administrando a cantina e vendendo mercadorias no interior da penitenciária. O relatório continua mencionando a situação de outras regiões Brasileiras, mas, para os fins desta pesquisa, bastam-nos as informações acima referidas.

Diante dessas condições, outra não poderia ser a realidade, senão a de que a prisão é considerada, hoje, o meio menos efetivo de “ressocialização”, porquanto contribui, inegavelmente, para o avanço da criminalidade, e para o aperfeiçoamento de técnicas de delitos.

É imprescindível ainda afirmar, por manifestamente oportuno, que o fracasso da ressocialização ainda permaneceu nas chamadas alternativas à prisão, vistas inicialmente com um anseio, típico da novidade. Com efeito, desde o programa de Marburgo de Von Lizst, que propugnava a ressocialização por meio da individualização da pena, muito se discutiu sobre as penas alternativas ao cárcere, que se caracterizam pela privação de outros direitos do condenado, distintos da liberdade. Malgrado a existência de muitas discussões e incontáveis projetos, o que foi possível constatarmos foi um resultado diferente daquele esperado.

Consoante bem destacou Leonardo Sica, no contexto de aplicação das penas substitutivas, “as taxas de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias”<sup>261</sup>.

Demais disto, para além do aumento progressivo das taxas de encarceramento, as quais, decerto, deveriam diminuir com a adoção dos substitutos criminais, outra questão que merece destaque é o fato de que as alternativas não alteraram o modelo punitivo de resposta ao delito. Ao revés, elas encontram-se neste modelo de punir, como bem ilustrou Leonardo Sica:

De nada adianta pensar em penas e medidas alternativas ao castigo prisional dentro de um paradigma exclusivamente punitivo-retributivo, no qual, pela própria natureza dos mecanismos existentes (basicamente a pena), acabará sempre prevalecendo a resposta da força, impulsionada por

---

<sup>260</sup> BRASIL, 2012b, p. 61.

<sup>261</sup> SICA, 2007, p. 8.

fatores externos ao sistema.<sup>262</sup>

Em vista do exposto, não subsistem dúvidas de que prevenção especial é um discurso que pretende inserir, no direito penal, o discurso de inclusão e atuação positiva na pessoa do outro, a partir da ilusória premissa de que a pena, punitiva e aflitiva como é, tem condições efetivas de corrigir, reinserir ou ressocializar aquele que cometeu crimes.

### 3.3 PROBLEMAS RENEGADOS PELO PUNITIVISMO. A VÍTIMA E AS CONSEQUÊNCIAS DO DELITO<sup>263</sup>

Eu tinha 12 anos quando aconteceu. Era uma noite fria e me lembro até hoje da roupa que eu estava usando: calça jeans e uma blusa de moletom. Estávamos em um grupo de amigos e um deles, que devia ter 17 ou 18 anos, me chamou para ver alguma coisa que estava acontecendo do outro lado da rua. Quando chegamos lá, ele me levou para um canto escuro de um posto de gasolina que já estava fechado e me agarrou. Enfiou as minhas mãos dentro de sua calça, me mordeu, me machucou, pegou em mim tentando arrancar a minha roupa. Até que consegui me desvencilhar e voltei chorando para onde estavam meus amigos e contei para as meninas o que ele tinha feito. Elas não acreditaram em mim e ainda disseram que, se eu não queria isso, não deveria ter ido com ele. No dia seguinte, tinha muitos hematomas e estava com muitas dores, mas não contei aos meus pais com medo de que eles reagissem da mesma forma. O rapaz ria de mim toda vez que nos encontrávamos por acaso. Os outros meninos me apontavam dizendo que eu havia provocado a situação, que a culpa era minha e que estava dizendo aquelas coisas porque, na verdade, era apaixonada por ele que não queria nada comigo. Nunca mais esqueci a sensação de ter sido invadida e, além de tudo, discriminada e culpada pelo que aconteceu. (depoimento de A.H, vítima de abuso sexual de “culpada” pelo abuso sofrido).<sup>264</sup>

O problema da vítima do delito e seu esquecimento é um dos mais preocupantes fatores da ausência de legitimação do Direito Criminal na atualidade. Com efeito, até aqui discutimos bastante sobre o paradigma punitivo, o direito de punir a reintegração do ofensor; com relação ao ofendido, contudo, verificamos que

<sup>262</sup> SICA, 2007, p. 9.

<sup>263</sup> “Se você não quer ser estuprada, não se vista como uma vadia”. Frase atribuída a um policial de Toronto, Canadá, dando “conselho” para mulheres não serem estupradas, após a ocorrência de crime sexual violento ocorrido na Universidade de Toronto. A frase deu início a um protesto mundial feminista e em favor das vítimas de crimes sexuais denominado de Marcha das Vadias, que prega, dentre outras coisas, a valorização da vítima mulher que, a despeito de se vestir como quiser – vadia ou santa – não deve ser estuprada por conta disso. Em outros termos, o movimento propõe mudança da mentalidade de atribuir “culpa” às mulheres vítimas de violência sexual. Cf. MARCHA das vadias. Web site do movimento “Marcha das Vadias”, no formato blog, com conteúdo de diversas fontes. 2011-2012. Disponível em: <<http://www.marchadasvadias.org/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

<sup>264</sup> Cf. DIP, Andrea. A condenação das vítimas. **Agência Pública**, São Paulo, 17 jan. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/01/condenacao-das-vitimas/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

este não recebe o cuidado merecido por parte do sistema de justiça criminal atual.

O nascimento do direito criminal do inquerito, a partir da Baixa Idade Média, e a consolidação do direito criminal punitivo inocuizaram a vítima, que passou a ser mero acicate processual, coadjuvante do misterioso e inacessível processo criminal travado entre Estado e ofensor.

O Estado, então, sub-rogou-se no papel da vítima, e passou a julgar o ofensor com o processo crime. Resulta disto a relegação, à vítima, ao papel de mero informante, “considerada somente como um detalhe processual, como instrumento idôneo para mobilizar o pesado aparato de controle ou como prova que permite chegar ao autor”<sup>265</sup>.

Acrescentemos a isso o surgimento da categoria do bem jurídico, o qual, enquanto objeto lesado pela conduta delitiva do sujeito, contribuiu para o afastamento da vítima do Sistema Criminal. Nas lições de Selma Santana:

Ocorreu, porém, que, com a noção de ‘bem jurídico’, surgiu uma objetivação da figura da vítima. Deixou-a de ser o sujeito sobre o qual recairia a ação delitiva, que sofreria a conduta delituosa, passando a ser o sujeito portador de um valor, o bem jurídico, exatamente o que, realmente, vem a ser lesado. [...] o pensamento sobre o bem jurídico não se ocupa da vítima, senão da proteção da liberdade frente ao controle jurídico penal ilegítimo. Nessa concepção, a vítima é somente uma condição que possibilita a delimitação sistemática do bem ou interesse digno de proteção. Sendo assim, não é de se estranhar que nos amplos estudos que se vem realizando sobre o bem jurídico não se encontrem análises sobre a vítima<sup>266</sup>.

Por conseguinte, como nos ensina Garcia-Pablos, no paradigma punitivo, foi relegada “à vítima uma posição marginal, ao âmbito da previsão social e do direito civil material e processual”<sup>267</sup>. *Os interesses de reparação dos danos, e a necessidade material e psicológica de auxílio, que nascem com o crime, não são preocupações para o Estado, sempre focado em restaurar a sua Ordem Jurídica*<sup>268</sup>.

Acrescentemos a este fator preocupante, outra questão particularmente

<sup>265</sup> CERVINI, 2002, p. 250.

<sup>266</sup> SANTANA, Selma Pereira de. O “redescobrimento” da vítima: uma esperança. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, n. 142, p. 4-5, set. 2004.

<sup>267</sup> MOLINA; GOMES, 2006, p. 67.

<sup>268</sup> “O Estado – e os poderes públicos – orienta a resposta oficial ao delito com base em critérios vingativos, retributivos (castigo ao culpável), desatendendo às mais elementares exigências reparatórias, de maneira que a vítima resulta relegada, geralmente, a um total desamparo, sem outro papel que o puramente ‘testemunhal’”. Por último, e ainda de acordo com a denúncia dos sociólogos e psicólogos –, os escassos investimentos públicos parecem destinados sempre ao punido (novas prisões, infra-estrutura, penitenciárias, etc.), como se a ressocialização da vítima não fosse um objetivo básico do Estado Social de Direito”. Ibid., loc. cit.

importante: o esquecimento da vítima e o confisco do conflito por parte do Soberano fazem nascer, no delinquente, a ideia de que sua responsabilização é em relação ao Estado, e que nada deve à vítima do crime que perpetrou. “O Direito”, então, como aduziu Garcia-Pablos, “não só distancia as partes do conflito criminal, senão também abre um abismo irreversível entre elas e corta artificialmente a unidade natural e histórica de um enfrentamento interpessoal”<sup>269</sup>.

A neutralização da vítima pelo processo criminal ocasiona, outrossim, uma “sobrevitimização”, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia, quando a vítima procura as autoridades policiais para noticiar o fato típico. Nesta oportunidade, dificilmente ocorre alguma demonstração de solidariedade com a sua dor por parte dos policiais, em regra, despreparados para lidar com a situação. Destaquemos, ainda, que, além do despreparo dos servidores, é possível constatar que estes apenas se preocupam com as informações acerca do ofensor e do fato, pouco importando os anseios da vítima<sup>270</sup>.

Ultrapassada esta primeira situação, é importante revelarmos que, quando o processo finalmente se inicia, observamos uma nova fase de perturbação para a vítima. Isto porque, na fase processual, quando muito, a vítima se torna mero informante dos fatos, *coadjuvante do fenômeno delitivo*. E, nesta fase, é muito comum vislumbrarmos a tentativa desesperada da defesa para desqualificar a fala da vítima, sua personalidade e caráter, como forma de aniquilar o depoimento prestado – sobretudo, em casos de depoimentos prestados por vítimas de crimes sexuais. Verificamos, portanto, mais um processo doloroso para o ofendido.

Por fim, após uma série de rebaixamentos de toda sorte, vem a resposta criminal, a qual, na sua maioria, não proporciona qualquer reparação à vítima ou aos seus familiares, que ainda tem de aguardar um processo cível para terem, ao menos, uma compensação financeira<sup>271</sup>. As atenções no crime são todas voltadas

<sup>269</sup> MOLINA; GOMES, 2006, p. 68.

<sup>270</sup> “Desde o seu sensibilizado ponto de vista, a vítima considera-se abandonada e incompreendida por parte de seu entorno social. No decurso do processo criminal, ela se sente menosprezada, como um instrumento na busca de uma verdade meramente formal. Frequentemente, pensa que ela é a verdadeira acusada, em lugar do autor. Além disso, o dano que sofreu pelo fato punível fica, em geral, sem reparo”. *Ibid.*, p. 252.

<sup>271</sup> Atualmente, com a reforma do CPP em 2009, a vítima tem direito à fixação, na sentença penal, nos termos do artigo 387, verbis: “Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: (Vide Lei nº 11.719, de 2008) IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008)”. BRASIL. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial**

para o ofensor. Em outros termos, a vítima nunca participa do processo de confecção da Justiça.

Este esquecimento da vítima, por parte do sistema, perdurou por longos anos, até que sobreveio a vitimologia, um setor da criminologia que buscou estudar a figura do ofendido. Em 1973, o primeiro Simpósio sobre vitimologia, patrocinado pela sociedade internacional de vitimologia, realizado em Jerusalém, definiu a vitimologia como “o estudo científico das vítimas do delito”<sup>272</sup>.

O nascimento da vitimologia foi anunciado um tempo antes, quando Von Hentig, considerado o pai desse novo ramo, lança, em 1948, em Yale, o estudo “O crime e suas vítimas”, no qual realiza um estudo sobre as espécies de vítima do delito – resistentes e cooperadoras<sup>273</sup>.

A vitimologia, enquanto disciplina científica, inaugurou a preocupação da contribuição da vítima com a causação do delito. Com esse ramo do saber, o fascínio que a figura do criminoso exerceu, ao tempo das escolas clássica e positiva, é, de certa forma, afastado, para que haja a preocupação com a causação do delito a partir da atuação ou contribuição da vítima. A vítima deixa de ser vislumbrada, então, a partir da perspectiva inocente e neutra de outrora<sup>274</sup>.

A vitimologia, traz, assim, a compreensão de que, em determinadas circunstâncias, a atuação da vítima foi indispensável para o acontecimento do fato típico. O foco na atenção ao criminoso é, assim, dividido com o foco à vítima. A vitimologia propicia a preocupação com a prevenção da vítima do delito. Os crescentes estudos sobre os “riscos de vitimização” – “a imagem e o estilo de vida do indivíduo influem, também, na vulnerabilidade da vítima”<sup>275</sup> – estrearam a “possibilidade de prevenir a delinquência incidindo na vítima potencial”<sup>276</sup>. Decerto, se o delito não é um mero acaso, uma falta de sorte, mas, sim, um fato seletivo, que

---

[da] República dos Estados Unidos do Brasil, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2012. Essa indenização, contudo, nem sempre representa os reais interesses do ofendido, uma vez que, no processo crime, são raras as condições propiciadas de mensuração do dano. Na prática, ou a vítima executa essa sentença, que geralmente fica aquém do prejuízo, ou terá que buscar uma indenização suplementar, no juízo cível. Assim, apesar de louvável o interesse que motivou essa mudança, ainda precisamos evoluir muito para incluir os interesses da vítima no processo penal.

<sup>272</sup> NEUMAN, Elias. **Victmologia**: el rol de la victima em los delitos convencionales y no convencionales. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984, p. 23.

<sup>273</sup> Cf. *Ibid.*, p. 30.

<sup>274</sup> Cf. *Ibid.*, p. 28.

<sup>275</sup> MOLINA; GOMES, 2006, p. 71.

<sup>276</sup> *Ibid.*, p. 76.

busca “o lugar oportuno, o momento adequado e a vítima certa”<sup>277</sup>, não podemos negar que uma minimização da ocorrência dos delitos deve ser alcançada, também, com a prevenção que deve incidir sobre as vítimas.

Anos mais tarde, esses estudos vão propiciar, inclusive, o desenvolvimento da vitimodogmática<sup>278</sup>, parte da dogmática criminal que se volta para inserir, na teoria do delito, o comportamento da vítima, defendendo a possibilidade de isenção de pena para casos de autocolocação em perigo por parte da vítima, como se observa na Teoria da Imputação Objetiva de Roxin<sup>279</sup>.

Percebemos, portanto, que, após longos anos de esquecimento e neutralização, a preocupação com a vítima do delito surge para revitimizá-la, para focar na sua atuação como determinante para a ocorrência do crime. Surge, em outros termos, para culpá-la. São estudos, portanto, inseridos na própria lógica do paradigma de punir enquanto um sistema obcecado por atribuição de culpa às pessoas.

Não nos custa afirmar, outrossim, que, no meio social, a vítima do crime, geralmente, é lembrada a partir de um estereótipo de fracassada, como uma pessoa que, por algum equívoco, contribuiu para o crime, o que termina por afetar a consciência da própria vítima no caso concreto<sup>280</sup>.

Em uma entrevista recente, publicada aos 13 dias do mês de junho do ano de 2011, no Valor Econômico, o bispo da diocese de Guarulhos, comentando a resolução do Ministério da Saúde que, em 2005, permitiu a ocorrência de abortos

<sup>277</sup> MOLINA; GOMES, 2006, p. 76.

<sup>278</sup> “A vitimodogmática trata de analisar até que ponto pode tomar-se em consideração o comportamento da vítima, durante o fato delitivo, para determinar o grau de responsabilidade em que há de incorrer o autor do evento. Isso significa que, a depender da conduta imputável à vítima, deve-se conceder uma atenuação, senão a própria exclusão da responsabilidade penal do autor do delito”. SANTANA, 2004, p. 19.

<sup>279</sup> “*Um simples argumentum a inaiore ad ininus* chega ao resultado de que também não poderá ser punível a participação em uma autocolocação em perigo, quando houver por parte da vítima uma completa visão do risco, como no nosso caso, em que existe um suicídio praticado com dolo eventual. O alcance do tipo (*Reichweite des Tatbestands*) não abrange esta hipótese; pois, como demonstra a impunidade da participação em suicídio, o efeito protetivo da norma encontra seu limite na auto-responsabilidade da vítima”. ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 108.

<sup>280</sup> “Como a maioria das vítimas de crimes, ela lutou com sentimentos de vergonha ou culpa. Repetidamente se perguntava por que aquilo tinha acontecido com ela, por que tinha reagido daquele modo e se poderia ter agido de outra forma, *sentindo-se tentada* a concluir que tudo aquilo era de algum modo culpa sua. Se ela não tivesse esnobado o rapaz das vezes que ele tentara falar com ela... Se ela não tivesse saído naquela noite... talvez isso fosse uma punição por algo que fizera no passado”. ZEHR, Howard. **Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2008, p. 20-21.

humanitários no Brasil sem que a vítima precise fazer o Boletim de Ocorrência, afirma o seguinte absurdo:

“Vamos admitir até que a mulher tenha sido violentada, que foi vítima... É muito difícil uma violência sem o consentimento da mulher, é difícil”, comenta. O bispo ajeita os cabelos e o crucifixo. ‘Já vi muitos casos que não posso citar aqui. Tenho 52 anos de padre... Há os casos em que não é bem violência... [A mulher diz] ‘Não queria, não queria, mas aconteceu...’, diz. ‘Então sabe o que eu fazia?’ Nesse momento, o bispo pega a tampa da caneta da repórter e mostra como conversava com mulheres. ‘Eu falava: bota aqui’, pedindo, em seguida, para a repórter encaixar o cilindro da caneta no orifício da tampa. O bispo começa a mexer a mão, evitando o encaixe. ‘Entendeu, né? Tem casos assim., do ah, não queria, não queria, mas acabei deixando’. O BO é para não facilitar o aborto”, diz.<sup>281</sup>

Infelizmente, pensamentos tacanhos como esse do Bispo não são uma realidade isolada no cenário das vítimas de crimes sexuais, sobretudo vítimas mulheres. Em estudo realizado pelas pesquisadoras Martha Narvaz e Sílvia Helena Koller, intitulado *O feminino, o incesto e a sedução: problematizando os discursos de culpabilização das mulheres e das meninas diante da violação sexual*<sup>282</sup>. O estudo denuncia o processo de vitimização que mulheres e meninas sofrem desde o contexto mais íntimo, familiar, até o contexto social mais amplo, das instâncias de controle, quando possuem seus depoimentos desacreditados ou suas condutas “incriminadas”. De acordo com as pesquisadoras:

A recusa em acreditar no relato das vítimas de abuso sexual não ocorre apenas pela mãe das vítimas. Profissionais que atuam em diversos segmentos, tais como na saúde, na educação e nos sistemas de garantias de direitos da infância e da adolescência, despreparados tecnicamente (BRINO & WILLIAMS, 2003) e influenciados pela crença de que as crianças mentem e fantasiam sobre o abuso, tendem a desacreditar e a invalidar a tentativa de revelação. O tabu da sexualidade perpassa todo o tecido social, dificultando o acolhimento da revelação do abuso sexual não só pelas mães das vítimas de incesto, mas pela comunidade social e científica, o que é uma forma de (re)vitimização (ver NARVAZ, 2005). A crença de que a criança fantasia o abuso e seduz o pai abusivo parece estar associada à disseminação da psicanálise e das fantasias edípicas, tributárias da teoria freudiana da sedução. Na atualidade, alguns aspectos da psicanálise têm sido criticados (CROMBERG, 2004; KEHL, 1992, 1998), em especial no que concernem à sexualidade feminina.<sup>283</sup>

Por óbvio que essa discriminação não é uma decorrência pura e simples do

<sup>281</sup> AGOSTINE, Cristiane. Entrevista de Dom Bergonzini para Valor Econômico: a fé do bispo contra os partidos. **Valor Econômico**, São Paulo, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.votocatico.com.br/2011/06/entrevista-de-dom-bergonzini-para-valor.html>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

<sup>282</sup> Cf. NARVAZ, Martha; KOLLER, Sílvia Helena. O feminino, o incesto e a sedução: problematizando os discursos de culpabilização das mulheres e das meninas diante da violação sexual. **Revista Ártemis**, [Online], v. 6, jun. 2007. Disponível em:

<<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/2127/1885>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

<sup>283</sup> Ibid., p. 80.

afastamento da vítima do paradigma penal atual, envolvendo também a questão do machismo, muito presente e enraizado ainda na sociedade atual. Nada obstante, essa realidade serve para nos mostrar que o direito criminal e o sistema que está posto atualmente não servem para mudar essa realidade, para contribuir para que as vítimas sejam levadas a sério nas suas violações. “As vítimas ainda continuam prioridades periféricas no processo judicial. Elas são a nota de rodapé do processo criminal”<sup>284</sup>.

A preocupação em difundir e aplicar uma teoria da vítima voltada ao tratamento assistencial a esta pessoa prejudicada pelo delito, infelizmente, ainda deixa a desejar em muitos aspectos. Com efeito, é insuficiente a atenção voltada aos anseios da vítima, e com a reparação dos danos, morais, psíquicos e materiais, advindos da lesão sofrida. Setores mais modernos da vitimologia passam a tratar da necessidade de buscar direitos humanos também para as vítimas do delito, em um movimento que precisa ser incentivado, tanto na academia como também na práxis social.

De acordo com Neuman, a introdução dos direitos humanos na vitimologia de hoje serve para “brigar por um sistema de justiça que tenha em conta as necessidades da vítima e as falências dos compromissos de compensação legalmente assumidos em sede penal e civil (tradução nossa)”<sup>285</sup>.

De fato, esses temas ainda são timidamente abordados pela vitimologia. A “ressocialização” da vítima não é um objeto central na doutrina e da prática criminais. São de caráter incipiente os estudos relacionados à assistência das vítimas e os dados numéricos relativos a estas são escassos, o que torna difícil a investigação das necessidades a serem supridas com o delito.

Dessa forma, constatamos que o sistema criminal não atende aos interesses do ofendido, principal prejudicado com a ocorrência de um delito. Este tema é, por certo, um dos maiores contributos para a atual crise de legitimidade do sistema.

---

<sup>284</sup> ZEHR, 2008, p. 31.

<sup>285</sup> No original: “De tal modo se ligan a la victmologia de hoy la ratificación de los Derechos Humanos para la no humillación de las personas, bregar por um sistema de justicia que tenga em cuenta las necesidades de la victima y las falencias de los compromissos de compensación legalmente assumidos em sede penal y civil”. NEUMAN, 1984, p. 25.

### 3.4 A DIFICULDADE EM “ACORDAR” DA CRISE

Como vimos, a crise do paradigma de punir pode ser verificada tanto pelo afastamento de problemas que são fundamentais do crime – a vítima e a melhoria das condições danosas que este ocasiona – e pela resolução não satisfatória do problema que o próprio sistema criminal visa a responder, qual seja, a punição.

Não é fácil descobrir e aceitar a crise, por mais que ela esteja visível às claras. Podemos afirmar, inclusive, que grande parte dos teóricos criminais, sobretudo no Brasil, ainda estão apegados às premissas básicas do paradigma de punir e permanecem vinculados à criminologia positiva do tratamento, aplicando o direito penal como forma de corrigir e tratar os delinquentes em defesa da sociedade<sup>286</sup>.

A razão para essa dificuldade parece-nos clara.

Em primeiro lugar, o paradigma de punir, uma vez firmado enquanto modelo por excelência de ciência criminal normal, aceito pela comunidade científica, impede os teóricos, num primeiro momento, de enxergar a crise e, num segundo momento, de aceitar o que está claro. Em outros termos, nem sempre os cientistas, que são fiéis ao paradigma, são capazes de admitir a ocorrência e a relevância destas crises originadas de problemas anômalos e sem respostas como o são os problemas intrínsecos e extrínsecos ao paradigma de punir, apresentados acima<sup>287</sup>.

A confiança no paradigma aceito é tamanha que, por mais que se verifique que os novos fatos são problemas que não têm solução com base no paradigma vigente, permanece a crença de que este é o método certo de enfrentar as questões científicas, e que basta um maior empenho do investigador para almejar o sucesso.

Assim, em um primeiro momento, no afã de defesa do sistema de justiça criminal moldado para punir, a comunidade científica passa a culpar não a forma de construir o sistema – sedimentado na punição – mas a utilização das ferramentas. Em outros termos, o culpado não seria o paradigma de punir, mas a forma como se

---

<sup>286</sup> Não obstante o descrédito das ideias na Europa, no Brasil, principalmente pela ‘legitimação discursivo-ideológica’ decorrente, a ‘Escola Positiva’ foi acolhida nos discursos, dentre outros, de *Viveiros de Castro*, *Tobias Barreto*, *Paulo Egídio*, *Moniz Sodré de Aragão*, *Noé Azevedo*, *Nina Rodrigues* e mantém sobrevida no *imaginário do senso comum teórico*. Basta que se folheie alguns *Manuais*, *acórdãos* ou mesmo *alegações finais* para que se perceba que o discurso vive muito bem, consoante se infere, dentre outros momentos, nas *liberdades condicionais*, nas *aferições de periculosidade*, *aplicações da pena* e *indeterminações da execução da pena*. Cf. ROSA, 2004, p. 215.

<sup>287</sup> Cf. KUHN, 1998, p. 107.

aplica esse paradigma. O modelo é crível, a culpa é daqueles que o utilizam: a culpa não é das regras da ciência criminal, mas do cientista, esse “operador” do direito que utiliza mal as suas ferramentas. Bem estruturada, a punição teria chances de vingar, de acertar.

Essa reação de confiança no paradigma e de cegueira para os seus problemas intrínsecos é vislumbrada, no caso penal, nos movimentos de lei e ordem<sup>288</sup> e de tolerância zero, que exigem um aumento da repressão e do trabalho dos juízes, promotores e investigadores públicos, e que retroalimenta o paradigma de punir e suas regras básicas.

Como exemplo, vamos citar o movimento de tolerância zero, cujo discurso cresce em todas as partes do globo, advogando a intolerância ao crime e a necessidade de punição de toda e qualquer infração, para fazer valer as premissas do paradigma. Consoante nos ensina Scheicara, “a ideia central do pensamento ali desenvolvido é o de que uma pequena infração, quando tolerada, pode levar ao cometimento de crimes mais graves, em função de uma sensação de anomia que viceja em certas áreas da cidade”<sup>289</sup>. De acordo com os seus defensores, o movimento de tolerância zero emite uma mensagem aos desviantes no sentido de que as instâncias formais de controle estão atentas a qualquer perturbação da ordem, desde as mais leves até as mais graves, de maneira a fazer valer a lógica da prevenção geral negativa, de desestímulo à prática dos delitos<sup>290</sup>. Assim, o objetivo

---

<sup>288</sup> “A ideia central é dar uma resposta ao fenômeno da criminalidade com acréscimo de medidas repressivas decorrentes de leis penais. Nas duas últimas décadas crimes atrozos são apresentados pelo mass media e por muitos políticos como uma ocorrência terrível, geradora de insegurança e consequência do tratamento benigno dispensado pela lei aos criminosos, que, por isso, não lhe têm respeito. O remédio milagroso outro não é senão a ideologia da repressão, fulcrada no velho regime punitivo - retributivo, que recebe o nome de Movimento da Lei e da Ordem”. SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p. 261-280, mar./abr. 2009, p. 261.

<sup>289</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>290</sup> Os movimentos repressivos do direito criminal são, sem dúvidas, incentivados também pela mídia, que vende a criminalidade e a desviação como práticas rotineiras, que acontecem todo dia em cada esquina, com toda gravidade possível, engolindo crianças e alimentando monstros. Nesse sentido: No que se refere aos grandes canais de televisão, o jornal das 20 horas transmudou-se em crônica dos noticiários judiciais, que parecem subitamente formigar e ameaçar em toda parte; lá, um professor pedófilo; aqui, uma criança assassinada; mais adiante, um ônibus depredado. Os programas especiais se multiplicam nos horários nobres, como esta edição de ‘Ça peut vous arriver’, NT1 a qual, sob a rubrica das “violências escolares”, desfia a trágica história de um guri que se suicidou após uma chantagem, molecagem de pátio de escola primária, caso totalmente aberrante mas prontamente erigido a paradigma para as necessidades da audiência. As revistas semanais regurgitam reportagens que revelam “as verdadeiras cifras”, as “notícias secretas” e outros “relatórios exclusivos” sobre a delinquência, em que o sensacionalismo compete com o moralismo, sem esquecer-se de entabular periodicamente a pavorosa cartografia dos “bairros proibidos” e de debulhar

é fazer o direito criminal punitivo funcionar sempre e sempre, apesar de, na prática, manter-se no mesmo lugar, na incansável síndrome da rainha vermelha. Consoante bem sinalizado por Selma Santana:

As necessidades de defesa social, contraditoriamente, levaram a política criminal de alguns países a perspectivar a sanção penal de uma forma que, através delas, se deveria 'pagar' ou 'compensar' o desvalor do fato criminoso. É, pois, na lição de Figueiredo Dias, a doutrina do *Just desert*, ligada ao chamado *justice model*, em matéria de Política Criminal, concepções que, por um lado, reformalizaram todo o sistema, preocupando-se com a defesa dos direitos individuais em face da administração da justiça penal, tornam a reação criminal numa instituição majestática, mas político-criminalmente absurda por esvaziada de finalidades de sinal positivo e prospectivo, num mero pretium libertatis, a ser pago pelo delinqüente como efeito compensatório da prática do crime.<sup>291</sup>

Ao lado dos que não enxergam a crise, mas a falta de manejo dos instrumentos postos a disposição do paradigma, temos aqueles que entendem o problema, mas, a despeito disso, encontram nas regras da punição uma espécie de "conforto epistemológico", no sentido de um modelo de regras já construído e pronto, do qual é difícil abrir mão, porque, para tanto, seria preciso a construção de regras e teorias novas, testadas e aceitas, o que demanda tempo e esforço. Assim, ainda que descobertas a anomalia e as crises, é difícil renunciar ao paradigma porque nenhum outro conjunto de regras se mostrou apto e testado para substituir o antigo.

Dessa forma, enquanto a crise for apenas uma anomalia sem solução, sem a emergência de novas alternativas, os cientistas jamais refutam o paradigma. "Uma teoria científica, após ter atingido o status de paradigma, somente é considerada inválida quando existe uma alternativa disponível para substituí-la"<sup>292</sup>. Em outras palavras, apenas quando uma teoria estiver significativamente firmada, concebida e pronta para responder aos problemas, os cientistas aceitarão a crise e a possibilidade de mudança. Em outros termos, no período caótico, no qual não se tem uma solução pronta, nenhum cientista quer admitir a ciência sem um conjunto de regras específicas que se consubstanciem num paradigma de atuação e condução da pesquisa e dos trabalhos científicos.

A mudança, contudo, exige esforço e dedicação para a criação de novas

---

os "conselhos práticos" indispensáveis para fazer face aos perigos decretados, onipresentes e multiformes. WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 46, p. 228-225, jan./fev. 2004, p. 228.

<sup>291</sup> SANTANA, Selma Pereira de. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 156.

<sup>292</sup> Ibid., p. 108.

regras. Ocorre que, no caso criminal, o paradigma punitivo criou, na comunidade científica e na sociedade, uma espécie muito próxima ao experimento da “garrafa de moscas”, de Watzlawick narrado por Álvaro Pires<sup>293</sup>. A garrafa de moscas consiste em uma garrafa em forma de um funil ao contrário, cuja entrada é estreita e o interior é largo, conferindo para as moscas que entram na garrafa uma sensação crescente de segurança, de amplitude. Uma vez no interior da garrafa, a única maneira de sair e retornar ao mundo exterior é passando pela parte mais estreita, o que oferece medo para as moscas, que terminam buscando a saída no fundo da garrafa, o ambiente mais aberto, mas, fisicamente limitado. Ao final, a mosca termina morrendo na garrafa, mesmo que a saída não esteja bloqueada.

No ocidente, os legisladores modernos, com o projeto de ordenar o mundo, acabar com o caos do crime e separar a erva daninha criminosa das plantas úteis, construíram uma espécie de garrafa de moscas, que *nos impede de pensar o direito criminal de forma diferente e aniquila nossa capacidade criativa*. Extingue nossa capacidade de mudar o que não deu certo, apenas por medo de passar pela experiência dolorosa de fazê-lo<sup>294</sup>.

A nossa “garrafa de moscas” do paradigma criminal ocidental é tão patente que até mesmo aqueles que não encontram qualquer finalidade para o direito criminal, admitindo que melhor seria suprimi-lo, em termos práticos, mantêm a estrutura de punição, justificando-a como salvaguarda das garantias do ofensor. Referimo-nos, obviamente, aos “abolicionistas utópicos e garantistas tópicos”, a exemplo de Amilton Bueno de Carvalho e Salo de Carvalho, Aury Lopes, dentre outros, os quais, baseados na teoria agnóstica da pena de Zaffaroni, salientam que não há qualquer discurso legitimador da pena, e que, por conta disto, a tarefa dos pensadores do direito criminal é uma “política punitiva de redução de danos”<sup>295</sup>, ou seja, o

<sup>293</sup> Cf. PIRES, Álvaro. A face bélica das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado: do sistema penal regular a eliminação das garantias dos direitos fundamentais – as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 216.

<sup>294</sup> “Ora, parece-me que construímos progressivamente, no ocidente, algo de semelhante a uma garrafa para moscas em matéria de justiça criminal. Nos, particularmente, temos tanto medo de sair da nossa garrafa que toda vez que falamos em sair dela, começamos a dizer que estamos ‘civilizando’ o direito criminal, que ele vai desaparecer, que vai ser abolido, que a sociedade vai voltar a época da vingança privada (que par sinal nunca desapareceu) ou ainda que a controle social vai aumentar... Aí, por várias e infinitas razões, voltamos para o fundo da garrafa e estamos nos sufocando no fundo dela, mesmo que as esperanças ainda não tenham morrido”. Ibid., p. 219-220.

<sup>295</sup> CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 136.

estabelecimento de limites à aplicação do paradigma de punir.

Comentando, em breves linhas, o pensamento de Zaffaroni<sup>296</sup>, podemos afirmar que, na perspectiva do autor, o sistema criminal não pode ser justificado a partir de qualquer premissa racional legítima, porque não se destina à resolução de conflitos, apresentando-se como um modelo que consiste em decisões de conflitos por meio de um processo de “expropriação irreversível do direito da vítima e da consequente exclusão do sujeito passivo do protagonismo processual, substituído por um funcionário ou representante dos interesses do soberano”<sup>297</sup>. A única justificativa para o direito penal seria, pois, a força política que o mantém, uma demonstração de poder<sup>298</sup> sem qualquer racionalidade<sup>299</sup>. Nessa perspectiva, Zaffaroni estabelece semelhanças entre o sistema penal e a guerra<sup>300</sup>, enquanto demonstrações de poder dominante. Assim, a função do direito penal seria semelhante à do direito humanitário, no sentido de utilizar as garantias negativas como limites para a arbitrariedade do poder irracional exercido pelo sistema criminal<sup>301</sup>.

A fixação nessas garantias de cunho negativo, como limites ao poder de punir, serve como uma espécie de “calmante” para a mente dos críticos à legitimidade do sistema, que, calcados na premissa hermético-garantista, acreditam que cumprem bem o seu papel de lutar contra a irracionalidade do direito penal. E, por mais paradoxal que possa parecer, esses mesmos críticos da irracionalidade do sistema focado na punição utilizam o discurso garantista para manter o próprio paradigma de punir por eles criticado, esquecendo-se de que é seu papel mudar um paradigma

---

<sup>296</sup> Salo de Carvalho, baseando-se nas premissas fixadas por Zaffaroni, também assinala: “Negar as teorias da pena possibilistária não apenas concentrar os esforços para minimizar os efeitos danosos produzidos pelos aparatos punitivos, mas igualmente eliminar do discurso penal seu viés declarado (e não cumprido), retomando sua natureza política. A pena, alheia a qualquer fundamentação jurídica e desapegada de qualquer fim nobre, retornaria ao campo da política, representando manifestação concreta de poder. Tal como a guerra (modelo sancionatório), a pena representaria resposta sancionatória extrema e cruel, isenta de quaisquer justificativas” CARVALHO, 2008, p. 137-138.

<sup>297</sup> ZAFFARONI, Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 184.

<sup>298</sup> “[...] o sistema penal continuará sendo puro exercício do poder seletivo sob a aparência de um modelo jurídico que nem mesmo abstratamente resolve os conflitos”. Ibid., p. 212.

<sup>299</sup> Ibid., p. 202.

<sup>300</sup> “[...] o vínculo material entre a guerra e o sistema penal, considerando-se a função disciplinadora e verticalizante do segundo, resulta fora de qualquer dúvida, pois ambos são os instrumentos mais violentos de que se utilizam as civilizações mercantil e industrial para estender e exercer o seu poder sobre o planeta [...]”. Ibid., p. 222.

<sup>301</sup> Ibid., p. 232-233.

que não se sustenta<sup>302</sup>.

Aprofundando mais a questão, observamos ainda no discurso do “abolicionismo utópico e garantismo tópico” a aceitação do afastamento da vítima do sistema criminal, tida, na perspectiva de Salo de Carvalho, como “a maior conquista da modernidade”<sup>303</sup>, porque a vítima, envolvida emocionalmente com o fato criminoso, não teria condições de atuar com objetividade na resolução do conflito, de maneira que sua resposta apresentaria sinais claros de vingança e resposta irracional<sup>304</sup>.

Segundo nos parece, o discurso acima, além de não se basear em dados concretos, fecha os olhos para a própria lógica de vingança pública que permeia o sistema criminal punitivo, nos termos já expostos acima.

De tudo quanto expusemos, fica clara a “prisão”<sup>305</sup> que a racionalidade criminal provoca em nossas “moscas pensadoras” do sistema: uns se prendem ao paradigma, admitindo que em todos os casos ele pode servir, não precisando de qualquer mudança, mas de pensadores que utilizem corretamente as ferramentas; outros não admitem a punição, taxam-na de irracional e ilegítima, mas, por meio de um discurso *garantista*, advogam manutenção atual do paradigma, freando a capacidade criativa de mudança, de novas formas de resolução dos conflitos penais. Tudo isso esperando a utópica (e inalcançável) abolição do sistema. Um paradoxo sem resposta.

A nossa atual “garrafa de moscas”, portanto, impediu ou dificultou a descoberta da crise pelos intelectuais modernos do direito criminal. Na tentativa de algum movimento que minorasse os efeitos da crise, parcela da comunidade científica criminal iniciou uma sequência de “modificações *ad hoc* da sua teoria, a fim de

<sup>302</sup> Amilton Bueno de Carvalho apresenta posicionamento bastante semelhante: “Todavia, como ainda hoje – e só por ‘hoje’ é nosso compromisso – não se têm respostas ao intolerante máximo (aquele sem limite interno que busca limite externamente, em ultimo momento no ‘pai-Estado’), estamos naquele campo que Aury denomina ‘abolicionismo utópico e garantismo tópico: um direito penal mínimo que segue o caminho da sua abolição, na visão barattiana”. CARVALHO, Amilton de Bueno. O (im)possível julgar penal. In: FÖPPEL, Gamil (Org.). **Novos desafios do direito penal do terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Professor Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 238.

<sup>303</sup> CARVALHO. Salo de. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: \_\_\_\_\_; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p.146.

<sup>304</sup> Cf. *Ibid.*, p. 147.

<sup>305</sup> A ironia do trocadilho é inevitável. De fato, o paradigma de punir aprisiona a capacidade criativa dos pensadores do sistema, como já nos referimos.

eliminar qualquer conflito aparente”<sup>306</sup>. Nessa esteira, surgem modificações pontuais no sistema, as alternativas, às consubstanciadas por meio da descriminalização e da despenalização, que não alteram a lógica de punir, mas se prestam a tentar resolver alguns dos problemas do funcionamento do direito criminal.

A descriminalização, de acordo com Raul Cervini, ocorre quando há a retirada “formal ou de fato do âmbito do Direito Penal (de) certas condutas, não graves, que deixam de ser delitivas”<sup>307</sup>. Ainda de acordo com o escólio de Cervini, a descriminalização pode manifestar-se de duas formas: a) “formal, *de jure*”: ocorre quando o legislador retira o caráter ilícito e criminal de determinada conduta, anteriormente prevista num tipo incriminador. A conduta passa a ser permitida pelo Direito; b) descriminalização substitutiva: nesses casos, o caráter ilícito do comportamento permanece, contudo, a ilicitude se limita a outros ramos do Direito – civil, administrativo – distintos do direito penal.

Em ambos os casos, afirma Cervini:

a conduta deixa de constituir um ilícito penal, mas, na primeira variável, a solução é mais radical porque significa a eliminação de toda ilicitude, enquanto que, na última hipótese, embora o comportamento perca a antijuridicidade penal, não fica legalizado[...].<sup>308</sup>

Haveria, ainda, para Cervini, uma terceira forma de descriminalização, que seria de fato, porquanto, nestas situações, o “sistema penal deixa de funcionar sem que formalmente tenha perdido competência para tal”. Segundo o comitê Europeu sobre problemas da criminalidade, citado por Cervini, essa descriminalização:

se dá, na maioria dos casos, por razões de conveniência e legalidade. Produz-se em relação aos delitos denominados ‘sem vítimas’, aos delitos que têm sua origem no enfrentamento entre as crenças tradicionais e o pensamento moderno, e em particular, em relação aos delitos menores contra a propriedade e as infrações de trânsito, e muitas vezes o processo de descriminalização de fato pode culminar em um ato de descriminalização *de jure*.<sup>309</sup>

A descriminalização de fato pode ocorrer, por exemplo, em fenômenos como o das “Cifras ocultas” da criminalidade, já explanados em narrativa anterior, ou, ainda, em casos de mera leniência do sistema penal, que não promove a efetiva responsabilização – Cervini cita, ainda, os casos dos crimes de colarinho branco, as “cifras douradas” da criminalidade, os quais são um “subterfúgio para neutralizar os

<sup>306</sup> KUHN, 1998, p. 108.

<sup>307</sup> CERVINI, 2002, p. 82.

<sup>308</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>309</sup> Ibid., p. 84.

efeitos de uma criminalização forçada ou legitimadora”<sup>310</sup>.

Ultrapassada a breve análise acerca da descriminalização, na visão de Cervini, cumpre tratar da despenalização. Este fenômeno em questão consiste na diminuição da sanção penal cominada a uma conduta proibida. “Inclui toda gama de possíveis formas de atenuação e alternativas penais”, consoante estabeleceu o Comitê Europeu.

Podem ser considerados fenômenos de despenalização a aplicação de penas alternativas e os institutos da suspensão condicional da pena, previstos na legislação penal pátria como forma de atenuar os efeitos do cárcere. A finalidade da despenalização não é, como se depreende, a eliminação do caráter ilícito do fato, que permanece; o que se busca é minimizar os rigores da pena, aplicando uma resposta que se mostre proporcional à ofensa cometida pelo infrator.

Essas mudanças, como afirmamos, são todas pontuais, não alterando a lógica punitiva que prevalece no nosso sistema. Não respondem, apenas minoram alguns aspectos da crise do paradigma punitivo: não empoderam a vítima, não afastam o maniqueísmo da delinquência, não retiram o mito da ideologia do tratamento ressocializador. Por mais que seja difícil aceitar, a despeito das mudanças, a crise permanece e “os efeitos da crise não dependem inteiramente da sua aceitação consciente”<sup>311</sup> por parte dos cientistas.

Consoante assinala Rolim, se, contudo, o problema não estiver no modo de funcionamento do sistema criminal, mas nas próprias regras do sistema?

E se, no final das contas, estivéssemos diante de um fenômeno mais amplo do que o simples mau funcionamento do sistema punitivo? Se, em vez de reformas pragmáticas ou de aperfeiçoamentos tópicos, estivéssemos diante do desafio de reordenar a própria ideia de justiça criminal? Seria possível imaginar uma justiça que estivesse apta a enfrentar o fenômeno moderno da criminalidade e que, ao mesmo tempo, produzisse a integração dos autores à sociedade? Seria possível imaginar uma justiça que, atuando além daquilo que se convencionou chamar de ‘prática retributiva’ trouxesse mais satisfação às vítimas e às comunidades?<sup>312</sup>

Para sair da crise, é preciso criar um sistema que, ao menos parcialmente, altere a lógica punitiva construída. Possibilite uma nova forma de lidar com a criminalidade, talvez não a tratando como anormalidade, rompimento do pacto social, mas como um problema que gerou consequências que precisam ser

---

<sup>310</sup> CERVINI, 2002, p. 84.

<sup>311</sup> Ibid., p. 115.

<sup>312</sup> ROLIM, 2009, p. 236.

resolvidas, curadas.

No contexto do movimento que advoga a necessidade de mudança das regras que estruturam o paradigma de punir, encontramos o movimento diversificador, criado pelos intelectuais que, com coragem, assumiram o desafio de abandonar a “garrafa de moscas” moderna, pensando o direito criminal e que a função é mais importante que a forma.

A diversificação busca alternativas ao sistema punitivo por meio da “suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema penal mantém formalmente a sua competência”<sup>313</sup>. Implica em construir novas formas de resolução do crime, que não signifiquem o processo penal clássico.

Esta última categoria, da diversificação, é a que mais interessa para efeitos do presente estudo, porque é a solução mais adequada para tratar da crise do sistema penal, aqui abordada. Trataremos da diversificação no capítulo subsequente, no momento em que vamos introduzir o tema Justiça Restaurativa e suas bases.

---

<sup>313</sup> ROLIM, 2009, p. 85.

## 4 A JUSTIÇA RESTAURATIVA, O NOVO PARADIGMA. MUITO ALÉM DA SANÇÃO, A VALORIZAÇÃO DO PRECEITO

### 4.1 ABANDONANDO “A GARRAFA DE MOSCAS” PARA SAIR DA CRISE. QUEBRANDO OS ÍDOLOS DO PARADIGMA DE PUNIR<sup>314 315</sup>

Como vimos no capítulo anterior, o paradigma punitivo encontra-se em crise, que pode ser verificada tanto pelo afastamento de problemas que são fundamentais do crime – a vítima e a melhoria das condições danosas que este ocasiona – e pela resolução não satisfatória do problema que o próprio sistema criminal visa a responder, qual seja, a punição.

Neste capítulo, após tratarmos da crise, vamos cuidar da Justiça Restaurativa enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, surgido a partir dos movimentos de diversão das sanções penais.

Esse novo modelo foi fruto do movimento que podemos denominar de “acordar criminal”, por meio do qual uma parcela dos estudiosos, que se debruçam sobre a questão criminal, verificou a necessidade de transcender as críticas ao sistema e buscar um modelo complementar, novo, que altere a racionalidade de conceber e pensar o sistema. Sem dúvidas, essa mudança adveio com a crise, com a quebra das promessas que o paradigma de punir não podia – ou nunca pôde – cumprir.

Para sair da crise, foi preciso, então, romper com a premissa da racionalidade criminal moderna: *nem todo crime merece uma pena*, porque há crimes que podem ser resolvidos sem a necessidade de um processo doloroso, custoso, burocrático, formal, que resulta numa pena aflitiva.

Dessa forma, o “acordar” dos criminalistas começou com a percepção de que a reparação dos danos pode ser uma sanção satisfatória para determinadas espécies de crimes, prescindindo-se do modelo atual da atribuição de culpa e das penas para

---

<sup>314</sup> “Há um tempo em que é preciso abandonar as roupas usadas, que já tem a forma do nosso corpo, e esquecer os nossos caminhos, que nos levam sempre aos mesmos lugares. É o tempo da travessia: e, se não ousarmos fazê-la, teremos ficado, para sempre, à margem de nós mesmos”. (Fernando Pessoa).

<sup>315</sup> “O correr da vida embrulha tudo. A vida é assim: esquenta e esfria, aperta e daí afrouxa, sossega e depois desinquieta. O que ela quer da gente é coragem”. (João Guimarães da Rosa).

responder ao fenômeno delitivo. “Além do horizonte”, certamente, existem outras formas de responsabilização e que a punição não é a única maneira de resolver os conflitos penais, mas apenas aquela que elegemos em tempos modernos e da qual muitos de nós não consegue se dissociar.

Abandonar a “garrafa de moscas” do paradigma ocidental implicou na realização de uma leitura adequada da frase de Radbruch, quando ele assinalava que “não devemos fazer do direito penal algo melhor, mas sim algo melhor do que o direito penal”<sup>316</sup>. Essa frase pode soar abolicionista, numa leitura desavisada, mas, segundo nos parece, a compreensão dos dizeres de Radbruch, numa lógica de crise, afasta essa premissa e nos traz o respaldo para os movimentos de diversão criminal.

O melhor sentido que podemos extrair da frase de Radbruch é aquele que nos fornece Alvaro Pires:

[...] não devemos querer guardar o direito penal que temos ou mesmo o melhor direito penal possível e imaginável a qualquer preço: devemos estar sempre prontos para trocá-lo por algo melhor. Em outras palavras: não devemos absolutizar a necessidade de um sistema social chamado direito penal ou criminal.<sup>317</sup>

O que transparece da lição de Pires, é que o fundamental é não focar desesperadamente nas regras do punitivismo, tampouco fechar a possibilidade de mudança das respostas do sistema criminal: devemos focar nas funções que queremos que o sistema criminal cumpra e, a partir daí, alterar a estrutura que o constitui, para que essa estrutura sirva às finalidades almejadas. Se, para cumprir as finalidades de resolução do conflito e de direitos e garantias da sociedade for preciso mudar a forma que estrutura o sistema, que o façamos. O que não é concebível é estagnar na estrutura punitiva quando sabemos que ela não cumpre os fins a que se propõe e que dela esperamos.

Sair da crise impõe, portanto, quebrar os “ídolos da razão” que permeiam o paradigma de punir, buscando uma nova forma de estruturação do direito criminal que abandone a pena e se aproxime do direito, que valorize mais o preceito incriminador do que a sanção. Dessa perspectiva de mudança, surge a Justiça Restaurativa, cujas características veremos a seguir.

---

<sup>316</sup> RADBRUCH apud PIRES, 2005, p. 195.

<sup>317</sup> Ibid., loc. cit.

## 4.2 A JUSTIÇA RESTAURATIVA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS E FUNDAMENTOS

Consoante assinalamos no tópico anterior, o modelo atual de resolução dos conflitos criminais concebe o crime como uma ofensa ao Estado Soberano, focando sua preocupação na pessoa do delinquente e na sanção que o Estado deve-lhe aplicar. Ficam relegados, a segundo plano (quando muito), os interesses da vítima e da sociedade ofendidas pela conduta delitativa. Consoante nos ensina Howard Zehr<sup>318</sup>, no paradigma retributivo, o crime é uma violação à lei, e, dessa sorte, a meta para se alcançar a justiça, dentro desse modelo, é a descoberta do infrator, para que possa ser estabelecida a culpabilidade e um castigo justo, que inflija dor no condenado.

Verificamos, ainda, que o paradigma punitivo atual, fundado na racionalidade criminal moderna de Beccaria, traz uma conexão lógica entre o preceito primário incriminador da norma e o preceito secundário, sancionador, desta. Em outros termos, quando houver a demonstração da ocorrência de uma violação ao preceito primário – e não estejam presentes causas de exclusão da tipicidade, ilicitude do fato, da culpabilidade ou punibilidade do agente<sup>319</sup> – o Estado deve aplicar uma pena ao transgressor.

A Justiça Restaurativa surge fugindo dessas premissas assinaladas outrora. Numa primeira aproximação, pode ser explicitada como um *novo paradigma de resolução dos conflitos criminais, fundado, em linhas gerais, na inclusão da vítima, do ofensor e, quando apropriado, da comunidade, em um processo de diálogo conciliatório*, que busca outra resposta para o crime, distinta da comumente oferecida pelo sistema retributivista.

Na Justiça Restaurativa, o foco da responsabilização é distinto. Verificamos, aqui, uma alteração das lentes que utilizamos para enxergar o mundo a nossa

---

<sup>318</sup> Cf. ZEHR, 2008, p. 78.

<sup>319</sup> Importa aqui sinalizarmos, neste ponto, que estamos de acordo com a teoria quadripartida do crime, que o define enquanto fato típico, antijurídico, culpável e punível. A ausência dos requisitos de quaisquer dessas categorias exclui, portanto, o conceito de crime.

volta<sup>320</sup>. Sob este viés, o modelo restaurativo pretende alterar os pressupostos sobre o crime e justiça, com vistas a solucionar alguns problemas que não foram satisfatoriamente respondidos no modelo punitivo.

Estabelecidos estes critérios, cumpre asseverar que o primeiro passo para entender o conceito de Justiça Restaurativa é *a redefinição do conceito de crime*, o qual, no sistema restaurativo, assume uma nova conotação. No modelo punitivista predominante, o delito sempre foi considerado uma transgressão a um preceito legal (tipo criminal) estatuído por uma norma; para a Justiça Restaurativa, *o delito assume uma dúplici conotação para ser, além de uma conduta contrária à norma criminal, um ato que afeta pessoas, causando danos e estremecendo relacionamentos*.

Essa nova compreensão do fenômeno delitivo é essencial para que se possa compreender a mudança proposta pelo paradigma restaurador. É o conceito de crime, enquanto lesão pessoal, o ponto de partida de todos os demais elementos restaurativos. Como decorrência da redefinição do conceito de crime, com vistas a considerá-lo como uma violência a pessoas, tem-se que a filosofia central deste novo modelo, consoante aduziu Sérgio Ramirez, são os três “R”:

Responsabilidade, restauração e reintegração (responsabilidade, restauração e reintegração). Responsabilidade do autor, porquanto cada um deve responder pelas condutas que assume livremente; restauração da vítima, que deve ser reparada, e deste modo sair de sua posição de vítima; reintegração do infrator, restabelecendo-se os vínculos com a sociedade que também se prejudicou com o delito. (tradução nossa).<sup>321</sup>

Os três “R” destacados por Ramirez são bem elucidativos. *A restauração* é baseada na ideia de minorar ou curar as consequências advindas com o delito. Dessa forma, se o crime é mais do que uma violação legal, é um ato que ocasiona problemas concretos, conclui-se que o foco da justiça não é mais a violação à lei e às regras do Estado, ou a punição do infrator; o foco da justiça, aqui, no novo paradigma, é a *atenuação dos efeitos negativos do delito*. Partimos, então, do suposto de que a concentração excessiva nas regras processuais, na ofensa à norma, e na busca pelo culpado, desperdiça a energia que deveria ser dirigida para

<sup>320</sup> Cf. ZEHR, 2008, p. 167-168.

<sup>321</sup> “Responsibility, Restoration and Reintegrations (responsabilidad, restauración y reintegración). Responsabilidad del autor, desde que cada uno debe responder por las conductas que asume libremente; restauración de la víctima, que debe ser reparada, y de este modo salir de su posición de víctima; reintegración del infractor, restableciéndose los vínculos con la sociedad a la que también se há dañado com el ilícito”. RAMIREZ apud SALIBA, 2009, p. 145.

reparar o dano à vítima e à coletividade<sup>322</sup>.

Assim sendo, havendo uma lesão causada pelo delito, o objetivo precípua de um sistema de gestão de crime deveria ser a restauração dos efeitos dessa lesão: “o crime cria um vazio, portanto a justiça é preencher o vazio”<sup>323</sup>. Essa é a distinção básica entre a “velha” (paradigma punitivo) e a “nova” resposta (paradigma restaurador): enquanto a justiça retributiva visa à punição, e ao estabelecimento de culpa como forma de justiça, o modelo restaurador objetiva recuperar os interesses da vítima, numa visão prospectiva<sup>324</sup>.

Estabelecida a premissa de que um dos focos da justiça, nesse modelo restaurativo, é a reparação do dano causado, cumpre assinalarmos o modo pelo qual deverá ser realizada esta restituição. O primeiro passo para vislumbrarmos a reparação do prejuízo é a avaliação das necessidades da vítima. E, decerto, para que possa haver uma avaliação dos interesses do ofendido, é imprescindível a participação deste, no processo.

Cumpre salientar, outrossim, que o processo de reparação de danos não pode – nem deve – restringir-se ao âmbito material-financeiro. Não há como olvidarmos que muitos delitos ocasionam enormes prejuízos materiais para as vítimas, e estes devem ser reparados; não obstante, a reparação a que a Justiça Restaurativa faz menção vai além da meramente financeira, para abarcar uma dimensão simbólica e

---

<sup>322</sup> “Quando um mal é cometido, a questão central não deveria ser ‘o que devemos fazer ao ofensor?’, ou ‘o que o ofensor merece?’, mas sim ‘O que podemos fazer para corrigir a situação?’. Em vez de definir a justiça como retribuição, nós a definiríamos como restauração. Se o crime é um ato lesivo, a justiça significará reparar a lesão e promover a cura. Atos de restauração – ao invés de mais violação – deveriam contrabalançar o dano advindo do crime. É impossível garantir a recuperação total, evidentemente, mas a verdadeira justiça teria como objetivo oferecer um contexto no qual este processo pode começar”. ZEHR, 2008, p. 175-176.

<sup>323</sup> Ibid., p. 179.

<sup>324</sup> Esse entendimento também se coaduna com o exposto pela Rede europeia de Pontos de contacto nacionais para a Justiça Restaurativa: “*Artigo 2.º Definição e formas de justiça restaurativa*: Para efeitos da presente decisão, o termo ‘justiça restaurativa’ refere-se a uma visão global do processo de justiça criminal em que as necessidades da vítima assumem a prioridade e a responsabilidade do infractor é realçada de uma maneira positiva. A justiça restaurativa denota uma abordagem lata em que a reparação material e imaterial da relação confundida entre a vítima, a comunidade e o refractor constitui um princípio orientador geral no processo de justiça criminal. O conceito de justiça restaurativa abrange um conjunto de ideias que é relevante para diversas formas de sancionamento e de tratamento de conflitos nas várias fases do processo criminal ou com ele relacionados. Embora até à data a justiça restaurativa tenha encontrado expressão principalmente em diversas formas de mediação entre as vítimas e os infractores (mediação vítima-infractor), estão cada vez mais a ser aplicados outros métodos, como, por exemplo, o debate em família. Os governos, a polícia, os órgãos de justiça criminal, as autoridades especializadas, os serviços de apoio e assistência à vítima, os serviços de apoio ao infractor, os investigadores e o público estão todos implicados neste processo.” UNIÃO EUROPEIA, 2002.

psicológica, como, por exemplo, a prática de atividades do ofensor em favor da vítima ou da comunidade ou uma petição de desculpas<sup>325</sup>.

Estabelecida a meta da restauração, insta assinalarmos que o paradigma restaurador propõe, ainda, a *responsabilização do ofensor*. Esta característica é importante, e deve ser mencionada, *para demonstrar que a adoção de práticas restaurativas não significa impunidade, tampouco leniência com o infrator*. Com efeito, a Justiça Restaurativa não deixa de conceber que o crime gera obrigações para o ofensor, que deve ser responsabilizado, e deve, na medida do possível, reparar o dano causado a sua vítima.

Inclusive, a nova concepção do crime, aqui já salientada, auxilia na compreensão das obrigações do ofensor com relação a sua vítima. Com efeito, no paradigma punitivo, o infrator acredita que seu único interlocutor é o Estado, esquecendo-se, por completo, da sua vítima. Ao se deparar com o ofendido, no processo restaurativo, nasce a concepção de que o Estado é meramente secundário, e de que as responsabilidades do ofensor são voltadas para a sua vítima concreta. O infrator, então, nesta nova perspectiva, deixa de ver sua conduta como uma mera abstração formal (tipo criminal), para perceber que o seu ato trouxe lesões a uma pessoa concreta. A partir dessa nova visão, ele pode, portanto, “compreender e reconhecer o dano e agir para corrigir a situação”<sup>326</sup>.

A responsabilidade, no contexto restaurador, difere substancialmente daquela que ocorreria dentro de um paradigma de natureza punitivo, porquanto, neste caso, esta responsabilização perpetrar-se-ia por meio da punição do infrator, ou, consoante explanou Howard Zehr, por meio do rebaixamento do “ofensor ao nível onde foi parar a vítima”, uma “tentativa de vencer o malfeitor anulando sua alegação de superioridade”<sup>327</sup>. Esta dor infligida ao condenado, contudo, poderá não produzir qualquer bem à vítima, tampouco recuperará o seu prejuízo<sup>328</sup>. E, além de não trazer consequências positivas ao ofensor e ao ofendido, não produz, segundo pensamos, justiça<sup>329</sup>.

---

<sup>325</sup> Cf. PALLAMOLLA, 2009, p. 89.

<sup>326</sup> ZEHR, 2008, p. 189.

<sup>327</sup> Ibid., p. 182.

<sup>328</sup> Cf. ROLIM, 2009, p. 246.

<sup>329</sup> Consoante bem aduziu Marcos Rolim: “Em alguns casos, especialmente em crimes graves praticados com violência, o sofrimento do infrator pode oferecer algum tipo de “conforto” à vítima. Nos EUA, por exemplo, familiares de pessoas que foram assassinadas possuem o direito de assistir à

No caso do modelo de gestão do crime, ora em comento, o que se observa é que a responsabilização é realizada com base na tentativa de soerguer a vítima a sua posição anterior, sem que o agressor necessite ser rebaixado. As atenções são voltadas para amenizar o sofrimento e as perdas causadas à vítima. Temos, verdadeiramente, uma mudança radical de conceitos.

Por fim, cumpre mencionar a *reintegração*. Este último critério diz respeito à tentativa de restabelecer os relacionamentos lesados com a ocorrência do delito. Com propriedade, é inteligível que o delito causa danos não só à vítima, mas, também, à comunidade, e ao ofensor.

Causa prejuízos à comunidade, porque esta se vê desarmonizada, insegura e amedrontada com a ocorrência do crime, e, em outros termos, causa prejuízos, também, ao ofensor, que, em regra, necessita de apoio financeiro, psicológico e emocional para aprender a lidar com as consequências dos seus atos.

Por meio da reintegração, os envolvidos devem tentar, com ajuda de mediadores, uma reaproximação, com vistas a fortalecer os relacionamentos sociais lesados. Afirmemos que o objetivo precípuo da reintegração é afastar ideias maniqueístas sobre o crime – tais quais as defendidas no sistema punitivo tradicional.

Por óbvio, como salientou Howard Zehr, essa reintegração pode não ser total, mas qualquer ponto entre a extrema hostilidade e um forte relacionamento já é um progresso em termos de reintegração social.<sup>330</sup> Para finalizar essa primeira etapa, cumpre transcrever as elucidativas palavras de Marcos Rolim, que bem sintetiza o assunto:

Para a Justiça Restaurativa o procedimento padrão das sentenças criminais contemporâneas impede que esse infrator seja colocado em face das circunstâncias de dor e prejuízo produzidas por seu ato. No processo criminal moderno, ele jamais se obrigará a conhecer essa realidade. Tampouco será confrontado pelo desafio de fazer algo que permita diminuir a dor da vítima ou repor o prejuízo que ele próprio causou. Em um sistema

---

*execução dos condenados à morte. Nesse ponto, o que devemos nos perguntar é se esse sentimento de conforto moral não é exatamente o mesmo que vingança e se, por decorrência, uma sociedade que permite que seus instrumentos de justiça sejam identificados com a vingança pode produzir, de alguma forma, Justiça (grifo nosso). Na verdade, o que as punições produzidas pela Justiça Criminal permitem é que ambos, infrator e vítima, fiquem piores. A retribuição tende a legitimar a paixão pela vingança e, por isso, seu olhar está voltado, conceitualmente, para o passado. O que lhe importa é a culpa individual, não o que deve ser feito para enfrentar o que aconteceu e prevenir a repetição do que aconteceu (grifo nosso)". ROLIM, 2009, p. 247.*

<sup>330</sup> Cf. ZEHR, 2008, p. 177.

retributivo, o que se espera do infrator é que ele suporte sua punição; para a Justiça Restaurativa o que importa é que ele procure restaurar ativamente a relação social quebrada. Para isso, os procedimentos restaurativos deverão considerar a situação vivida pelo infrator e os problemas que antecederam e agenciaram sua atitude. Assim, paralelamente aos esforços que o infrator terá que fazer para reparar seu erro, caberá à sociedade oferecer-lhe as condições adequadas para que ele possa superar seus mais sérios limites como, por exemplo, déficit educacional ou moral ou condições de pobreza ou abandono.<sup>331</sup>

Ultrapassada a questão tripartida da resposta restaurativa, qual seja, a busca pela restauração, responsabilização e reintegração, cumpre observarmos que, não só pela resposta, o novo modelo distingue-se do velho. Por certo, não se pode olvidar que, além de oferecer uma solução distinta, o principal traço desse novo modelo restaurativo é a *forma como essa nova resposta será construída*.

Ao contrário do que se concebe no sistema retributivo – no qual a resposta é verticalizada, imposta pelo Estado Juiz ao criminoso, sem qualquer participação da vítima e/ou da comunidade direta ou indiretamente<sup>332</sup> afetada pelo crime –, no novo modelo, a resposta tem que ser construída, mediante o diálogo entre as partes do conflito. O Estado atua, por intermédio de um mediador, como intérprete da vontade das partes, sem a imposição de uma decisão sobre o caso concreto. Reapropriação do conflito para os seus verdadeiros “donos”, sem, no entanto, significar um retorno à justiça privada vingadora é, sem dúvidas, uma principal característica desse novo modelo.

Com efeito, consoante aduziu Howard Zehr:

O importante não é apenas o que acontece, mas também o modo como se chega à decisão. *A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós*. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. *Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça*.<sup>333</sup>

Quando cuidamos do paradigma punitivo, destacamos a questão da marginalização da vítima e da sociedade no processo criminal. Isto porque, naquele

<sup>331</sup> ROLIM, 2009, p. 245.

<sup>332</sup> No que concerne aos delitos cujos bens jurídicos são supraindividuais, atingindo toda a sociedade, existe discussão na doutrina acerca da admissibilidade dos procedimentos de justiça restaurativa. Isto porque, uma vez que os mencionados delitos não possuem vítima certa, e ocasionam prejuízos à coletividade, não haveria, em tese, a possibilidade de realização de acordo, mediante ofendido e ofensor. Segundo nos parece, malgrado sejam necessárias adaptações do procedimento restaurativo nos mencionados delitos, não se pode excluir a possibilidade de implementação de programas de restauração, nesses casos, porquanto a reparação dos danos e minoração das consequências danosas, bem assim as alternativas ao cárcere, são soluções que beneficiam toda a sociedade. Trata-se, contudo, de assunto que não é pacífico e que extrapola os limites do presente estudo, de modo que se trouxe à baila apenas à título ilustrativo.

<sup>333</sup> ZEHR, 2008, p. 192.

modelo de gestão do crime, a vítima seria um expectador do processo, que atuaria neste, apenas, como uma simples informante, pouco importando suas reais aspirações e necessidades que nasceram com a prática delitiva. Em outros termos, a vítima era vista como coadjuvante de todo o processo, como um personagem que poderia, unicamente, assistir e observar os outros decidirem o justo castigo do sujeito causador do “problema”.

No paradigma restaurador, a concepção é diametralmente oposta. A preocupação com a construção da resposta é fundamental, e demonstra a necessidade de empoderamento das partes do conflito. O ofensor, a vítima e a comunidade devem tentar, mediante um processo restaurativo, encontrar a melhor solução que o caso determine<sup>334</sup>. São protagonistas do fenômeno delitivo e ao estado é delegado um papel de coadjuvante colaborador.

Por conseguinte, diante de tudo que foi assinalado, é perceptível a revolução que o paradigma restaurativo propõe. Há que se afirmar, contudo, que o objetivo precípua do modelo restaurador não é a resolução de todos os problemas que advêm da criminalidade. Pode ser concebido como uma nova visão, que procura solucionar os conflitos mais prementes, mais urgentes, que não foram sanados pelo “paradigma punitivo tradicional”<sup>335</sup>. O objetivo precípua da justiça restaurativa é controlar as consequências do crime, auxiliar que vítimas e ofensores sigam em frente, *apesar do crime*.

Cumpramos, outrossim, o caráter complementar do modelo em questão. Isto porque, não se trata, o presente paradigma de gestão do crime, na etapa de desenvolvimento atual, de um método substitutivo ao Direito Criminal

---

<sup>334</sup> Esta forma de resolução participativa da justiça criminal foi assinalada pela ONU, como um dos princípios da justiça restaurativa: “Os programas de justiça restaurativa baseiam-se na crença de que as partes do conflito precisam estar ativamente envolvidas na resolução e na mitigação das consequências negativas deste. São baseados, também, em alguns casos, na vontade de retornar à decisão local, construída pela comunidade. Esses princípios são também vistos como uma maneira de encorajar a pacificação do conflito, para promover a tolerância e inclusão, construindo respeito pela diversidade e promovendo práticas de responsabilização comunitária (tradução nossa)”. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Handbook on restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006, p. 5.

<sup>335</sup> “A justiça restaurativa *não tem como objetivo principal reduzir a criminalidade, mas reduzir o impacto dos crimes sobre os cidadãos, sem quaisquer aspirações retributivas ou pseudo-preventivas*. [...] o novo conceito é simples: as balanças da justiça não são mais vistas como uma ponderação entre o dano causado pelo criminoso e a aflição infligida ao criminoso em seguida, pois isto só aumenta a soma total e dano e aflição no mundo (1992, p. 525). *O paradigma restaurativo, assim, é construído a partir das falhas do sistema vigente, pois sua proposta é evitar o pior do velho sistema (o punitivo), sem introduzir novos problemas*”. SICA, 2007, p. 37.

tradicional. *De fato, o modelo restaurador é um modelo de justaposição, que deve ser colocado ao lado do modelo tradicional punitivo.*

Com efeito, não se olvida que, para situações-limite, cometidas por ofensores verdadeiramente temerários – crimes graves, cujo conceito vai ser encontrado em cada comunidade –, para os casos de crimes sem vítima – os chamados crimes vagos, cuja vítima não detém personalidade jurídica – e para aquelas situações nas quais as partes não queiram, voluntariamente, adotar o processo restaurador, é possível mantermos, ao menos por hora, um direito punitivo e repressor, que deve atuar com humanidade, pautado na legalidade estrita, na proporcionalidade, e deve, de igual sorte, permitir à vítima o direito de manifestar-se sobre as consequências do ato danoso.

Não obstante, para as ofensas cotidianas, de pequena e média gravidade, que, efetivamente, não colocam em risco a sobrevivência da sociedade, ou seja, para a criminalidade normal e ordinária, é necessário pensarmos em uma nova resposta, que consiga resolver os problemas, em vez de criar tantos outros.

Esta dialética da justaposição é fundamental para modificar a forma como a sociedade concebe o crime, e, decerto, contribuir para melhoria das condições em que (sobre)vivem ofensores e ofendidos. Por conta disto, o paradigma restaurador é parcialmente modificador do paradigma punitivo.

Para finalizar, cumpre esboçar um conceito de Justiça Restaurativa, que sintetize tudo que já foi exposto. Nesse diapasão, afirme-se que se entende por Justiça Restaurativa um novo modelo de gestão do crime, que se foca numa redefinição do fenômeno delitivo, com vistas a criar para o ofensor a obrigação de restaurar, material e simbolicamente, o dano causado ao ofendido e à comunidade. Esta responsabilização do ofensor será construída mediante um processo de diálogo conciliatório, que vai envolver todos aqueles que foram diretamente ofendidos com a prática delitiva. Ao final deste processo, buscar-se-á a reintegração das relações sociais lesadas pelo crime.

Concluimos, portanto, que a concepção restaurativista aqui apresentada é aquela focada no processo e na finalidade, é dizer, é uma visão construída por meio

de “processos negociados e finalidades restaurativas”<sup>336</sup>, numa visão mais restrita de Justiça Restaurativa. Malgrado existam outras duas concepções de Justiça Restaurativa, fundadas no processo ou na finalidade, segundo nos parece, a visão minimalista, aqui adotada, é a que mais se coaduna com o ideal restaurador de mudança de paradigma.

#### 4.3 AS CARACTERÍSTICAS REVOLUCIONÁRIAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Neste subtópico da pesquisa, com lastro em tudo o que sinalizamos anteriormente, já é possível concluirmos pela *modificação parcial* do paradigma punitivo propugnada pelo modelo restaurador.

Com lastro na obra traduzida de Kuhn, uma ciência extraordinária, que modifica, total ou parcialmente, a ciência padrão, precisa ser necessariamente inconciliável com a sua antecessora, refutando total ou parcialmente os pressupostos desta, criando uma nova racionalidade científica e modificando a visão de mundo dos cientistas<sup>337</sup>.

Feitas essas pertinentes observações, devemos apresentar as razões pelas quais defendemos que o paradigma restaurador representa uma *ruptura parcial* em relação ao paradigma punitivo, afastando a aplicação deste para alguns casos de fenômenos criminosos, consoante trataremos a seguir.

O primeiro ponto para entendermos esta mudança de paradigma já foi assinalado e diz respeito à modificação da concepção do crime. O paradigma restaurador abandona a premissa de abstração do paradigma de punir, deixando de conceber o crime, unicamente, como uma ofensa à norma penal do Estado para o

---

<sup>336</sup> JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 171.

<sup>337</sup> “A recepção de um novo paradigma requer, com frequência, uma redefinição da ciência correspondente. Alguns problemas antigos podem ser transferidos para outra ciência ou declarados absolutamente ‘não-científicos’. Outros problemas anteriormente tidos como triviais ou não-existentes podem converter-se com um novo paradigma, nos arquétipos das realizações científicas importantes. [...] A tradição científica normal que emerge de uma revolução científica é não somente incompatível, mas muitas vezes incomensurável com aquela que a precedeu”. KUHN, 1998, p. 138.

compreender como um ato que prejudica pessoas concretas<sup>338</sup>.

Essa mudança na percepção do crime – alteração das lentes – vai propiciar a modificação da racionalidade criminal moderna. Como vimos, a racionalidade criminal que fundamenta o paradigma obriga a aplicação conjunta das normas de comportamento às normas de sanção, de modo que a primeira não pode ser reconhecida sem que ocasione a aplicação da segunda. No paradigma restaurador, *a punição passa a ser uma mera faculdade, para os fatos não abrangidos pela Justiça Restaurativa*. Na justiça restaurativa, se o crime é visto como um dano concreto, o principal foco passa a ser a visão prospectiva, centrada nas possibilidades do infrator de atuar para minorar as consequências do crime, a partir do consenso obtido pelo diálogo. A punição assume um ponto secundário e residual, portanto.

A assunção de papel secundário para a punição e o foco na reparação vão propiciar uma mudança na teoria do direito e do processo criminal, sobretudo no modo de aferição das garantias constitucionais criminais e nas regras do processo. Apenas para adiantarmos, a Justiça Restaurativa, por ser fruto de uma racionalidade criminal nova – facultativa da punição – modifica a concepção das garantias criminais, não mais verificáveis unicamente como garantias negativas do ofensor frente ao Estado – legalidade, devido processo legal, dentre outras – mas, também, enquanto garantias prestacionais a que fazem jus o ofensor e a vítima do sistema criminal.

É preciso assinalarmos, ainda, que, firmado e cumprido o acordo restaurativo feito entre ofensor e vítima, haverá a extinção do processo crime e o afastamento total das pretensões do Estado com relação àquele fato delituoso, que foi resolvido pelo paradigma restaurativo. Em outros termos, a resposta do paradigma restaurador não convive, segundo pensamos, com a resposta do paradigma punitivo: o verdadeiro sentido da justiça restaurativa é afastar a punição, não

---

<sup>338</sup> Neste sentido, destacamos o pensamento de Howard Zehr; “A lente atual se fundamenta naquilo que é pouco usual e bizarro. As regras criadas para essas exceções são a norma, valem para as ofensas ordinárias. Alguns ofensores são tão inerentemente perigosos que precisam ficar presos. Alguém tem que tomar essa decisão com base em regras e salvaguardas de direito. Algumas ofensas são tão hediondas que requerem tratamento especial. Mas a reação a esses casos especiais não deveria ser a norma. Portanto, nossa abordagem seria a de identificar o que o crime significa e o que deveria acontecer normalmente quando ele acontece, reconhecendo as necessidades impostas por algumas exceções”. ZEHR, 2008, p. 170.

podendo conviver com esta, sequer para atenuar a pena<sup>339</sup>. Qualquer tentativa de misturar reparação com punição, conquanto traga consequências positivas para a vítima no caso concreto, não é por nós vista como o paradigma restaurador, uma vez que a lógica de punir é incompatível com a visão restaurativa.

Por fim, uma observação importante: o restaurativismo não é uma mudança total de paradigma que intenta exterminar por completo o modelo punitivo, porque a Justiça Restaurativa admite o seu recorte inicial e determina que, para casos mais considerados socialmente graves (conceito obtido a partir de cada contexto social e histórico, por meio de um diálogo entre os atores sociais), o sistema punitivo deve permanecer em vigor, apesar da crise, uma vez que a comunidade, ainda focada na ideia de perigosidade, não tem condições concretas de aceitar a reparação como única resposta. Para esses casos, infelizmente, o paradigma restaurativo não pode, ainda, ser a regra, porque iria contrariar um dos objetivos precípuos do direito, de manutenção da paz social.

Demais disto, devemos, ainda, afirmar que a mudança de paradigmas é parcial porque o paradigma novo, restaurador, é aplicado, segundo defendemos, apenas para os casos em que haja uma vítima determinada, nos quais haja um consenso e uma voluntariedade da vítima e do ofensor de participar e permanecer no processo de restauração. A justificativa para isso é que obrigar autor e vítima a um processo de acordo representaria uma verdadeira violência aos seus direitos e uma imposição de condutas, algo que a Justiça Restaurativa veda.

Assim, para os casos de crimes de alta gravidade, nos crimes sem vítima determinada (vagos) ou crimes de pequena e média gravidade nos quais não haja voluntariedade do início ao fim do processo restaurativista, a Justiça Restaurativa não é aplicável. Reconhecemos, aqui, essa limitação.

Por conta disto, a nossa conclusão é a de que a Justiça Restaurativa, destrutiva do paradigma punitivo nos casos em que é aplicada, que modifica a racionalidade criminal, a visão de mundo dos cientistas e determina a modificação

---

<sup>339</sup> Nesse ponto, ousamos discordar da Professora Selma Santana, que inclui, dentro dos casos de Justiça Restaurativa, a reparação que atenua a pena do paradigma de punir. “A reparação deve constituir uma ‘terceira via’ do Direito Penal, ao lado da pena e da medida de segurança. A reparação substituiria *ou atenuaria* a pena naqueles casos nos quais convenha, tão bem ou melhor, aos fins da pena e necessidades da vítima. A inclusão no sistema penal, sancionador da indenização material e imaterial da vítima, significa que o Direito Penal se afasta da idéia abstrata e aproxima-se da realidade social”. SANTANA, 2010, p. 72.

de regras de direito e processo é, de fato, um novo paradigma de gestão dos conflitos criminais.

#### 4.4 OS PROCESSOS RESTAURATIVOS

Neste ponto, objetivamos tratar de uma das formas de procedimento restaurativo, qual seja, a mediação criminal. De acordo com o artigo 01 da Resolução nº 12/2002 da ONU, são, também, programas de cunho restaurativo, além da mediação vítima-ofensor, a conciliação, a reunião familiar ou comunitária (*conferencing*) e os círculos decisórios (*sentencing circles*).

A mediação entre a vítima e o ofensor é o processo mais antigo e conhecido<sup>340</sup> em termos de Justiça Restaurativa, o que justifica, portanto, sua maior utilização por parte dos países que adotam esse modelo<sup>341</sup>. Conquanto a mediação criminal seja o processo restaurativo mais empregado, os outros procedimentos de Justiça Restaurativa, já citados, vêm, diuturnamente, ganhando espaço.

Apenas a título ilustrativo, os processos distintos da mediação criminal são: a reunião familiar ou comunitária, também conhecida como conferências de família (*family group conferencing*), consistente na participação, no processo restaurativo, da vítima, do ofensor, e, além destes protagonistas, de familiares e amigos de ambos; nas conferências, tal como na mediação criminal, vislumbra-se a presença de um facilitador, que interferirá na resolução do conflito. O procedimento é semelhante ao da mediação, apenas diferenciando-se desta no quesito participação, que, na conferência de família, é mais amplo do que na mediação vítima ofensor.

Os círculos restaurativos, por seu turno, envolvem a participação da vítima, do ofensor, dos seus respectivos familiares e amigos, e, ainda, do Magistrado, do Defensor (público ou privado), do Órgão Acusador e do Policial ou Delegado de Polícia. Neste programa restaurativo, todos os participantes sentam-se frente a

---

<sup>340</sup> Segundo Raffaella Pallamolla, países como Canadá e Estados Unidos, assim como alguns países europeus, já se utilizam da Mediação Criminal há, pelo menos, 20 anos. Cf. PALLAMOLLA, 2009, p. 107.

<sup>341</sup> De acordo com David Miers, a mediação vítima-agressor se expandiu no continente Europeu, passando a ser adotada pela República Checa, em 2000; a Noruega, em 2003; a Polónia, em 2003; Portugal, em 1999, a Eslovénia, em 2001; Espanha, em 2001 e a Suécia, em 2002. MIERS, 2003, p. 51.

frente, e devem alcançar um consenso sobre a melhor solução que o caso demande<sup>342</sup>. Os círculos restaurativos objetivam, outrossim, alcançar mecanismos de apoio ao infrator e à vítima, de forma a prevenir futuros inconvenientes.

Após apresentarmos, de forma sucinta, os demais programas restaurativos, de acordo com a ONU, passa-se, doravante, à conceituação da mediação, como procedimento aplicável em qualquer ramo do Direito. Após a conceituação, trataremos das espécies de mediação e do papel do mediador, para, então, relacionar a mediação e a Justiça Restaurativa e tratar dos princípios correlatos ao programa restaurativo em questão.

#### 4.4.1 O Conceito de Mediação

A mediação criminal, consoante já se adiantou, trata-se do procedimento restaurativo mais antigo, e, por conseguinte, mais largamente utilizado. Precipuamente, antes de adentrar na “vertente” criminal da mediação, abordar-se-á o conceito genérico de mediação.

Por mediação entende-se um processo de resolução dos conflitos por meio do qual as partes diretamente envolvidas – vítima e ofensor, no caso criminal –, buscam resolver um determinado problema que as acomete, auxiliadas por uma terceira pessoa, imparcial e estranha à natureza conflitual. O terceiro, durante o procedimento, auxiliará as partes na busca de um possível acordo, que “possa ser verdadeiro e justo para elas”<sup>343</sup>.

O traço predominante na mediação é a participação do terceiro sujeito, equidistante, que não possui interesse no conflito a ser solucionado. Este terceiro, chamado de mediador, deverá, apenas, auxiliar a comunicação das partes diretamente envolvidas no conflito, as quais deverão discutir e, a depender do caso, chegar a um acordo, que não deve ser obrigatório, tampouco imposto.

O acordo, quando ocorre, é firmado, unicamente, pelas partes, cabendo ao

---

<sup>342</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2006, p. 22.

<sup>343</sup> AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa**: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 95.

mediador a função meramente auxiliar, facilitadora. Por conseguinte, *percebemos que o traço predominante na mediação é a autonomia das partes, que deverão encontrar a melhor solução que o caso demande.*

Demais disso, na mediação, há o efeito de empoderamento das partes, as quais, atuando na qualidade de parceiros “corresponsáveis pela solução da disputa”<sup>344</sup> e não de adversários, são auxiliadas por uma terceira pessoa, apta a facilitar o diálogo e o possível pacto restaurativo.

A característica de empoderamento das partes, consubstanciada na autonomia e voluntariedade na gestão do seu próprio conflito, é o elemento distintivo entre a mediação e demais formas alternativas de resolução dos conflitos, a exemplo da conciliação e da arbitragem.

Conforme assentou Leonardo Sica, na arbitragem, a avença entre as partes restringe-se à designação de um “sujeito neutro, terceiro e competente”<sup>345</sup> ao qual é delegada a decisão do problema. De forma eventual, poderão, ainda, as partes decidirem sobre os “limites de eficácia da decisão”<sup>346</sup>, mas nunca sobre qual a melhor solução para o conflito particularizado. *A decisão, na arbitragem, não é das partes, como na mediação, e sim do árbitro, terceiro escolhido por estas para o deslinde do problema.*

Sobreleve-se, por manifestamente oportuno, que a mediação tampouco se confunde com a conciliação, porque, nesta, o terceiro neutro sugere às partes a melhor forma de resolução do conflito, balanceando os interesses dessas<sup>347</sup>.

O que percebemos, a claras luzes, é que a diferenciação basilar entre conciliação e mediação é a função do terceiro em ambos os procedimentos: na conciliação, o terceiro, além de facilitar a comunicação, tem um papel importante de direcionamento, consistente em apontar qual a melhor resolução, a mais adequada, para o caso concreto, ao passo que, na mediação, o terceiro não deve, na qualidade de mediador, direcionar a vontade das partes do conflito.

É imperioso destacarmos, outrossim, que não há semelhanças entre o

---

<sup>344</sup> VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008, p. 37.

<sup>345</sup> SICA, 2007, p. 50.

<sup>346</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>347</sup> Ibid., loc. cit.

procedimento em questão e a *plea bargaining*, do direito norte americano. De acordo com Raffaella Pallamolla, na *plea bargaining* “a negociação não se dá entre as partes diretamente envolvidas (vítima e ofensor), mas entre promotor e advogado de defesa”<sup>348</sup>. Por certo, a diferenciação da mediação para a *plea bargaining* é manifesta, porquanto no sistema norte-americano, somente o ofensor, por intermédio de seu advogado, “negocia” a acusação, não cabendo à vítima qualquer manifestação ativa.

Consoante sinaliza Luiz Alberto Warat:

A mediação seria uma proposta transformadora do conflito porque não busca a sua decisão por um terceiro, mas, sim, a sua resolução pelas próprias partes que recebem auxílio do mediador para administrá-lo. A mediação não se preocupa com o litígio, ou seja, com a verdade formal contida nos autos. Tampouco tem como única finalidade a obtenção de um acordo. Mas, visa, principalmente, ajudar as partes a redimensionar o conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que determinam um choque de atitudes e interesses no relacionamento das pessoas envolvidas. O mediador exerce a função de ajudar as partes a reconstruírem simbolicamente a relação conflituosa.<sup>349</sup>

Percebemos, portanto, que a característica principal da mediação, traço diferenciador, é a autonomia das partes quanto aos meios de solução do seus próprios conflitos.

Convém, ainda, sinalizarmos que o conceito de Justiça Restaurativa, aqui proposto, não se assemelha com o sistema conciliatório (mal) posto pela Lei dos Juizados Especiais Criminais. A proposta contida na lei dos Juizados Especiais Criminais é fruto do ideal de diversão e descriminalização<sup>350</sup> dos processos criminais brasileiros, que objetiva a diminuição de soluções paleorrepressivas<sup>351</sup> no Direito Positivo pátrio.

O novo modelo consensual objetivou a introdução de soluções menos complexas para o fenômeno delitivo, que relativizem o processo criminal tradicional<sup>352</sup>, obtidas mediante processo pautado na informalidade, na oralidade, na simplicidade e, sobretudo, na necessidade de reparação dos prejuízos sofridos pela

<sup>348</sup> PALLAMOLLA, 2009, p. 108.

<sup>349</sup> WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001, p. 80.

<sup>350</sup> Sobre a distinção entre diversão e descriminalização, ver 1.3.

<sup>351</sup> Segundo ensinam Grinover e outros, as soluções paleorrepressivas são caracterizadas por “aumento das penas, corte de direitos e garantias fundamentais, tipificações novas, sanções desproporcionais e endurecimento da execução criminal”. Cf. GRINOVER et al., 2005.

<sup>352</sup> Cf. CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 64.

vítima. Representa, portanto, uma forma de responder à crise de legitimação do direito criminal.

As discussões da doutrina pátria, com vistas à introdução do sistema consensual de resolução dos conflitos criminais no direito brasileiro, originaram-se antes mesmo do advento da atual Carta Política, de 1988. Não obstante, com a promulgação da nova Ordem Constitucional, a possibilidade de inserção de modelos de diversão no processo criminal restou manifesta, sobretudo, em função da redação do artigo 98, I<sup>353</sup>.

Dessa forma, após a apresentação de alguns projetos de Lei infraconstitucional, foi editada a Lei que instituiu os Juizados Especiais Criminais no âmbito estadual, a Lei nº 9.099/95. O mencionado dispositivo legal trouxe mecanismos distintos de resolução do conflito criminal, que podem ser enquadrados dentro dos modelos de diversão<sup>354</sup> e de descriminalização.

Os novos mecanismos introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, que podem ser enquadrados como diversão, são a transação criminal e a conciliação. A transação criminal consiste no:

[...] ato jurídico por meio do qual o Ministério Público e o autor do fato, atendidos os requisitos legais e na presença do magistrado, acordam em concessões recíprocas para prevenir ou extinguir o conflito instaurado pela prática de fato típico, mediante o cumprimento de uma pena consensualmente ajustada (diversa da privativa de liberdade).<sup>355</sup>

O instituto da transação criminal é, portanto, expediente por meio do qual o Órgão Ministerial desiste de oferecer denúncia em desfavor do acusado, o qual, por seu turno, aceita cumprir uma pena restritiva de direitos, sem a ocorrência de processo criminal. Saliente-se, preliminarmente, que a transação criminal pressupõe

<sup>353</sup> “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações criminais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2012.

<sup>354</sup> Segundo Manuel da Costa Andrade, o ideal de diversão trata-se de “[...] uma reacção contrafática à frustração do comportamento desviante evitando-se, num caso, a condenação e, em ambos, a audiência de julgamento, reconhecidamente a ‘cerimónia degradante’ mais amplificadora das sequelas da estigmatização”. ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (Org.). **Jornadas de direito processual penal: o novo Código de processo criminal**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 322.

<sup>355</sup> SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75.

a análise rarefeita dos elementos integrativos do crime: acaso não se vislumbre, precariamente, fato típico, ilícito, culpável e punível, não há que se falar em possibilidade de transação criminal, e, sim, em arquivamento do feito, por ausência manifesta de justa causa.

A conciliação, por seu turno, é ato por meio do qual a vítima do delito e o suposto autor do fato, auxiliados por um conciliador, na presença de seus respectivos patronos, acordam sobre a composição dos danos resultantes do delito. Os efeitos da conciliação criminal são dependentes da espécie de ação criminal a que o crime esteja condicionado: se for ação criminal privada ou condicionada à representação, a composição dos danos resultante da conciliação ocasiona renúncia ao direito de queixa/representação, e, por conseguinte, tem-se a extinção da punibilidade. Se a ação criminal for pública e incondicionada, o acordo não tem o condão de extinguir a punibilidade, e o processo seguirá o seu curso normal, servindo a composição dos danos apenas como fator de redução da possível pena aplicada ao caso.

Em apertadíssima síntese, esse é o modelo conciliatório inserto no sistema criminal brasileiro, fruto de alternativas para a superlotação e deslegitimação do modelo punitivo de resposta ao delito.

Importa salientarmos, após delineadas as características do modelo conciliatório (mal) posto pela Lei dos Juizados Especiais Criminais, que a referida proposta inserta no Ordenamento Jurídico pátrio não possui relação com o modelo restaurativo aqui proposto.

Isto porque, na *práxis* do Juizado, vislumbra-se a lógica inconsequente de sobreposição de dois sistemas distintos (consensual e punitivo), uma vez que, em um mesmo ambiente, judicial, propõe-se a antecipação de uma pena restritiva de direitos, configurando uma pressão de negociação sob a ameaça do poder punitivo . Dessa forma, constata-se que há uma verdadeira negociação da pena, ou, nas palavras de Leonardo Sica, “[...]uma troca de favores, escambo de *jus puniendi* por cestas básicas, que pouco beneficia o acusado [...] e não atende aos anseios da vítima [...]”<sup>356</sup>, um procedimento tipicamente voltado para “esvaziar prateleiras”, com viés utilitarista.

---

<sup>356</sup> SICA, 2007, p. 149.

Demais disto, os Juizados, com a sua definição de infrações criminais de menor potencial ofensivo (crimes cuja pena máxima não ultrapasse dois anos e contravenções criminais), culminou com o retorno de casos bagatelares<sup>357</sup> à esfera do Judiciário, situações estas que, pelo filtro da subsidiariedade, sequer deveriam pertencer ao sistema formal de controle criminal.

Cumpra assinalar, ainda, a pertinente crítica esposada por Geraldo Prado, no sentido de que a fase investigativa do Juizado é praticamente nula, porquanto se inseriu a malfadada espécie do “termo circunstanciado”, no qual a vítima declara seu posicionamento sobre o fato, e o caso é remetido ao Judiciário, sem que antes exista qualquer lastro probatório mínimo, que sirva como filtro ao início da persecução criminal<sup>358</sup>.

Ressaltemos, outrossim, que a Justiça Restaurativa em nada se assemelha ao sistema do *plea bargaining*, no contexto da qual o acusado é praticamente coagido pelo Órgão Ministerial e pelo Juiz a aceitar o acordo, com vistas a evitar o processo, e a vítima, é excluída por completo deste procedimento, sem que suas necessidades prementes sejam atendidas. Na lição de Faria Costa:

Na verdade, o delinquente confessa o crime simulado (p. ex., um homicídio simples, quando praticou um homicídio qualificado) que não cometeu para esconder, com conhecimento do Ministério Público, o crime ‘dissimulado’, em relação ao qual haveria, suponha-se, por parte da acusação, dificuldade de prova. Verifica-se, pois, como em qualquer negociação, uma cedência de ambas as partes, mas, mais do que isso, o que se constata, como ponto essencial, é a diminuição do risco de incerteza da decisão judicial. Em termos simplistas, poder-se-ia dizer que a sentença era pronunciada nos gabinetes do representante do Ministério Público. O Juiz, quando muito, vai tão-só contestar simbolicamente um negócio que as partes anteriormente celebraram.<sup>359</sup>

<sup>357</sup> Na linha do consignado por GERALDO PRADO, a criação dos juizados teve o condão de “[...] levar para o sistema aquele conjunto muito grande de infrações criminais que integravam a chamada cifra oculta, crimes sequer noticiados e não investigados, e que ao fazerem parte dessa cifra oculta justamente pelo grau mínimo de lesão ao bem jurídico (lesões corporais de natureza leve, eventualmente o crime de ameaça), eram tratados por métodos investigados segundo a denominada resolução alternativa de disputas”. PRADO, Geraldo. *Transação penal: alguns aspectos controvertidos*. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>358</sup> “Quem hoje frequenta um juizado especial criminal sabe que estes juizados estão processando mensalmente centena de casos de infrações de menor potencial ofensivo porque agora, de acordo com o art. 69 da Lei nº 9.099/95, quando alguém se considera vítima de uma infração de menor potencial ofensivo se dirige ao delegado de polícia, relata sucintamente o que lhe aconteceu, e o delegado de polícia, no lugar de instaurar inquérito policial, edita um termo circunstanciado, documento sintético no qual faz constar o relato em questão e encaminha este material ao juizado especial criminal”. Ibid.

<sup>359</sup> COSTA, José Francisco de Faria. *Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos?* **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 61, 1985, p. 28.

Trata-se, o *plea bargaining*, de um modelo bastante questionável, sobretudo do ponto de vista ético, porquanto o ofensor e o Ministério Público protagonizam uma verdadeira mentira processual para facilitar a existência de alguma acusação, normalmente por crime mais leve, porque não foram reunidas as provas necessárias para o crime mais grave<sup>360</sup>.

No modelo restaurador, nos termos expostos, as concepções são distintas. Primeiramente, não se observa a paradoxal tentativa de conciliar dois paradigmas efetivamente diferentes entre si: na lógica restauradora, o processo consensual e o processo punitivo são modelos de justaposição, mas, cada um, possui a sua individualidade e o seu espaço, de maneira que não são utilizados ao mesmo tempo – como nos Juizados Criminais.

Sem embargo, o que se vê no sistema restaurador é a natureza extrajudicial do processo mediativo, uma vez que a mediação criminal e o acordo restaurativo devem, preferencialmente, ser realizados por mediadores que não sejam o magistrado – para evitar a contaminação subjetiva –, e, ainda, devem ser realizados em ambientes não-solenes, fora dos “muros” dos prédios judiciais.

Cumpramos salientarmos, de igual sorte, que no processo restaurativo, é imprescindível a participação da vítima e do ofensor no contexto de deliberação da melhor solução que o caso demande. Não se permite, pois, a negociação do acordo em troca do *jus puniendi*, como no modelo dos juizados, mas, sim, um consenso sobre qual a melhor resposta, que atenda aos ideais de responsabilização, reintegração e restauração.

Para finalizar a pertinente distinção, importa assinalarmos que a Justiça Restaurativa não deve atuar em casos bagatelares: por certo, sua atuação deve estar circunscrita às situações nas quais o Direito Criminal precise intervir, de maneira que a blindagem inicial, pelo Órgão acusador, é imprescindível.

Resulta claro, portanto, que o modelo conciliatório escolhido pelo legislador

---

<sup>360</sup> Infelizmente, o anteprojeto de reforma do código penal Brasileiro, elaborado por comissão de juristas convocada pelo Senado, adota esse modelo altamente questionável do ponto de vista ético e fecha completamente os olhos para os modelos de democratização da justiça penal pautados na Justiça Restaurativa. No texto do anteprojeto, a barganha vem estabelecida no artigo 105, ao lado da questionável figura da colaboração com a Justiça. Cf. BRASIL. Comissão de juristas para a elaboração do Anteprojeto do Código Penal. **Relatório Final**. Relator: Pedro Taques. Brasília, 18 jun. 2012a. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

brasileiro não se confunde com a proposta restauradora.

Exposto o conceito de mediação, como procedimento autocompositivo de resolução de conflitos pelas partes diretamente envolvidas nele, cumpre tratar, adiante, das espécies suas espécies.

#### **4.4.2 Espécies de Mediação**

O processo de mediação não é singular, e pode ser realizado de diversas formas. Dessa maneira, observamos que, a depender da singularidade procedimental observada, estaremos diante de uma espécie distintas de mediação.

No que concerne à maneira de participação dos envolvidos no conflito, podemos caracterizar a mediação em direta e indireta. A primeira, direta, consiste no encontro pessoal entre as partes, as quais, auxiliadas por um mediador, conversam sobre a melhor forma de resolver a questão controvertida. É a forma mais tradicional de mediação, mais largamente utilizada.

A mediação indireta, por seu turno, surgiu como uma variação da mediação direta. Com efeito, em muitas ocasiões, era comum que as pessoas envolvidas em um conflito não tinham interesse em se encontrar, frente a frente. Em outros casos, também de forma frequente, era visível um nítido desequilíbrio de poder entre as partes, de maneira que o diálogo entre estas, com vistas a atingir um determinado pacto, seria infrutífero. Dentro deste contexto, surgiu a mediação indireta, na qual não há o encontro entre a vítima e o ofensor, mas entre estes e o mediador, separadamente. Assim, o diálogo ocorre indiretamente, por meio de conversa com o mediador.

A mediação pode, ainda, ser caracterizada de forma distinta da sinalizada em linhas anteriores. Nesse caso, observamos não a maneira pela qual será realizada a mediação – direta ou indireta –, mas, sim, qual seria o objetivo almejado com a realização do processo mediativo.

Com efeito, tradicionalmente, a mediação era focada no acordo a ser avençado pelos participantes. Tratava-se, portanto, de uma “Mediação Satisfativa”, desenvolvida pela Escola de Harvard.

Essa espécie de mediação, de cunho satisfativo, prioriza a natureza objetiva do conflito<sup>361</sup>, e baseia-se em técnicas de *negociação* dos conflitos. Neste diapasão, o foco mediativo estaria na separação das pessoas do problema; isto significa que *não há a preocupação em trabalhar com os sentimentos das partes, tampouco de melhorar a relação entre estes, mas, basicamente, em encontrar um acordo vantajoso para ambas as partes, que determine “ganhos mútuos”*<sup>362</sup>.

Na espécie de mediação em questão, a emoção não tem valor preponderante, sendo utilizada, apenas, em momento inicial. Consoante asseverou Carla Aguiar, valoriza-se

[...] a expressão das emoções no início do processo, como um efeito de catarse, para que as pessoas se acalmem e consigam pensar melhor. Não se trata de trabalhar com os sentimentos das pessoas, é apenas um instrumento utilizado para que os mediandos consigam extravasar todas as suas emoções. Tem como princípios a imparcialidade, a neutralidade e a equidistância, entendendo o conflito como um movimento caótico que precisa ser colocado em ordem.<sup>363</sup>

O processo baseia-se numa oitiva alternada, por meio da qual uma das partes ouve, silenciosamente, a outra parte abordar o seu ponto de vista da situação problemática; ao final, sem modificar as versões, as partes devem chegar, auxiliadas pelo mediador, a um acordo que melhor atenda aos interesses de ambas.

Exatamente por não focar no aspecto relacional, contentando-se, unicamente, com o quesito factual, a mediação satisfativa da escola de Havard preocupa-se com aquela determinada situação problema, sem considerar questões remotas, que influenciaram na ocorrência do conflito. Decerto, nas palavras de Carla Aguiar, o principal objetivo é desvendar a simples causa, sem, contudo, contextualizar o problema.

A mediação satisfativa ou tradicional, justamente por não priorizar o componente relacional, vem, paulatinamente, sendo abandonada nos processos autocompositivos presentes, visto que a ausência de preocupação com as relações e com os “conflitos subjacentes ao conflito aparente”<sup>364</sup>, podem culminar com o a ausência de comprometimento efetivo, e, demais disto, descumprimento do pactuado.

---

<sup>361</sup> Cf. VASCONCELOS, 2008, p. 74.

<sup>362</sup> Ibid., p. 77.

<sup>363</sup> AGUIAR, 2009, p. 106.

<sup>364</sup> Ibid., loc. cit.

Com vistas a solucionar a lacuna oriunda da “mediação satisfativa” – consubstanciada na ausência de foco nas relações interpessoais das partes envolvidas –, surgiram as espécies de mediação focadas, não necessariamente no acordo a ser produzido, mas na relação a ser construída.

Neste contexto, destaquemos a “Mediação Circular Narrativa”. Esta espécie corresponde a um processo que agrega, ao modelo tradicional de Harvard, premissas de teoria dos sistemas.

Como se infere da própria denominação, nesta espécie mediativa, há a *preocupação com a circularidade e a interdependência das pessoas*. A mediação, então, focaliza na necessidade de compreensão da outra parte, suas particularidades, interesses, objetivos e características. Com evidência, na espécie “Circular Narrativa”, a causalidade não é mais imediata, tal como no modelo de Harvard. Para que as partes compreendam uma a outra, mediante um processo conversação, facilitada por um terceiro estranho, é preciso analisar não a causa imediata que determinou aquela situação problema, mas o conjunto de causas remotas, anteriores, que, de alguma forma, contribuíram para o deslinde conflitual.

Com espeque nas lições de Carla Aguiar:

O modelo circular-narrativo propõe aumentar as diferenças. Ao contrário do entendimento do método identificado como de Harvard, acredita que as pessoas chegam a uma Mediação em situação de ordem, assumindo posições rígidas que as impedem de encontrar alternativas e soluções às suas questões. A introdução do caos promove a flexibilização do sistema, possibilitando às pessoas encontrarem uma nova ordem de possibilidades. Fomenta reflexões, mudança de significados e busca a transformação das histórias trazidas nos encontros.<sup>365</sup>

Na vertente Circular-narrativa, as histórias inicialmente trazidas pelos participantes são desconstruídas, com vistas à construção de uma história nova, alternativa, obtida a partir de uma comunicação focada na interdependência entre as pessoas.

Importa destacarmos, ainda, a existência de uma terceira vertente, a chamada Mediação Transformativa. Aqui, observamos, outrossim, a influência da Teoria Sistêmica, da mesma maneira que na “Mediação Circular-Narrativa”.

A mediação transformativa possui características semelhantes à da forma anterior, Circular-Narrativa, especialmente no que concerne à busca da causalidade

---

<sup>365</sup> AGUIAR, 2009, p. 108.

remota, à necessidade de trabalhar os sentimentos das pessoas, e, demais disto, na alteridade, ou seja, na descoberta de que o homem é um ser social, que depende dos demais seres a sua volta.

#### Na Mediação Transformativa,

[...] o foco inicial está na apropriação (“capacitação”, “auto-afirmação”) dos mediandos, de modo que seus atores – pessoas, grupos, comunidades – recuperem reflexivamente seu próprio poder restaurativo, afastando-se de modelos em que um ‘expert’ decide “conceder” poder às pessoas “objeto”.<sup>366</sup>

A espécie Transformativa recebe este adjetivo porque visa a modificar a característica destrutiva do conflito, com base na ética da alteridade. A despeito de possuir pontos em comum com a espécie Circular-Narrativa, não se confunde com esta.

Com efeito, na mediação transformativa, o processo não vislumbra a desestabilização das pessoas, com a desconstrução das histórias iniciais e criação de uma história alternativa, como na mediação Circular-Narrativa. Nesta vertente em questão, o foco é o empoderamento das partes, com vistas a oferecer “aos mediandos a oportunidade de desenvolver e integrar suas capacidades de autodeterminação e responsividade aos outros”<sup>367</sup>.

Por conseguinte, o mérito da mediação transformativa é o incremento do poder das partes, que devem protagonizar o seu conflito e, por meio do processo mediativo, recuperar a sua autoestima, rompida com o problema vivenciado.

Explicitadas as espécies mediativas, compete, em linhas conclusivas, afirmar que a mediação de cunho transformativo parece ser a mais completa, dentre as espécies acima delineadas, porquanto objetiva a reconstrução da relação rompida, sem, contudo, negligenciar a importância do acordo. Decerto, as relações necessitam ser resgatadas, já que o homem é um ser social que necessita interrelacionar-se com os demais a sua volta. Concordamos, portanto, com Warat, quando afirma que “a mediação não tem como objetivo prioritário a realização de um acordo” mas, sim, “a produção da diferença, instalando o novo na temporalidade”<sup>368</sup>.

Não obstante, não podemos olvidar que, em determinados casos, a reconstrução das relações pode ser particularmente difícil, em virtude do grau do

<sup>366</sup> VASCONCELOS, 2008, p. 86.

<sup>367</sup> Ibid., p. 87.

<sup>368</sup> WARAT, 2001, p. 84.

conflito sinalizado. Por conta disto, ainda que a mediação da Escola de Harvard, focada, unicamente, no acordo, não seja o parâmetro ideal, não se pode desconsiderar que, em alguns casos, será ela o modelo ideal a ser utilizado, com vistas a resolver os inconvenientes do problema que envolve as partes mediadas.

#### 4.4.3 Valores e Princípios do Processo Restaurativo

Os valores da justiça restaurativa são elementos essenciais para a compreensão dos princípios que devem nortear o processo, porquanto estes são derivados daqueles outros. Dessa forma, para a correta compreensão do tema, apresentar-se-ão, primeiro, os valores restaurativos para, ato contínuo, apresentar os princípios do sistema.

Os valores restaurativos, conforme lição de Chris Marshall, Jim Boyack, E Helen Bowen<sup>369</sup> são aqueles que diferenciam a justiça restaurativa de outras formas de resolução dos conflitos penais. Os principais valores apresentados foram listados pelos mencionados autores, e correspondem a:

- a) *participação*: as pessoas diretamente envolvidas no fenômeno delitivo devem integrar o processo restaurador, de forma a encontrar a melhor solução que o caso demande. Tendo em vista este valor, os profissionais do Estado atuam como meros auxiliares das partes no processo, e não como protagonistas – como ocorre com o Promotor de Justiça, no paradigma punitivo;
- b) *respeito*: todos os que participam do processo restaurativo devem ser tratados com respeito, independentemente “de suas ações, boas ou más, ou de sua raça, cultura, gênero, orientação sexual, idade, credo e status social”<sup>370</sup>. O respeito à dignidade da pessoa humana deve nortear o curso do processo restaurativo;
- c) *honestidade*: “na justiça restaurativa, a verdade produz mais que a

---

<sup>369</sup> MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005, p. 271.

<sup>370</sup> Ibid., p. 271.

elucidação dos fatos e o estabelecimento da culpa dentro dos parâmetros estritamente legais; ela requer que as pessoas falem aberta e honestamente sobre sua experiência relativa à transgressão, seus sentimentos e responsabilidades morais.”<sup>371</sup>. Em outros termos, na Justiça Restaurativa, é essencial que as pessoas sejam honestas com as suas falas, apresentando todos os fatores que levaram àquela situação. Somente com a honestidade vai ser possível encontrar a melhor solução;

- d) *humildade*: por este valor, deve-se entender que o processo restaurativo deve ser norteado para reconhecer a falibilidade e a imperfeição humana;
- e) *responsabilização*: de acordo com este valor restaurativo, o causador de um dano a outrem deve ser responsabilizado, com a obrigação de reparar os prejuízos causados ao ofendido;
- f) “*empowerment*”: o crime, consoante ensinam Chris Marshall, Jim Boyack, e Helen Bowen, retira o poder de autodeterminação das vítimas, porquanto representa um momento no qual outra pessoa exerceu o controle sobre elas. O modelo restaurativo, na medida em que inclui a vítima no processo de solução, para que afirme quais são suas necessidades, devolve a esta o poder que lhe foi retirado. No processo, também se observa concessão de poderes de resolução ao ofensor, que, em vez de receber a punição verticalizada, também participa da maneira pela qual a reparação dos danos ocorrerá;
- g) *reparação de danos*: esse valor não foi destacado, expressamente, por Marshall, Boyack e Bowen, mas é preciso afirmar que a restauração dos prejuízos causados à vítima é um valor que deve nortear qualquer processo restaurativo. Isto porque, não haveria como falar em restauração, se as necessidades prementes da vítima não fossem satisfeitas pelo ofensor ou pela sociedade;

Apresentados os valores restauradores, faz-se mister tratar dos princípios restaurativos. Os princípios a serem aqui abordados foram enumerados na Carta de

---

<sup>371</sup> MARSHALL; BOYACK; BOWEN, 2005, p. 271.

Araçatuba<sup>372</sup>, documento exarado no I Simpósio Brasileiro de justiça restaurativa, realizado no mês de abril de 2005. Estes princípios são uma decorrência direta dos valores a que se propõe a justiça restaurativa.

Segundo a Carta de Araçatuba, são princípios da Justiça Restaurativa:

- a) *plena informação sobre as práticas restaurativas anteriormente à participação e os procedimentos em que se envolverão os participantes; autonomia e voluntariedade para participação das práticas restaurativas, em todas as suas fases; e respeito mútuo entre os participantes do encontro:* esses princípios decorrem, necessariamente, dos valores de participação e respeito. Para que todas as partes possam participar ativamente, e para que haja respeito entre elas, é indispensável que todos sejam informados previamente sobre o procedimento, bem como que todos aceitem participar do processo;
- b) *co-responsabilidade ativa dos participantes; atenção à pessoa que sofreu o dano e atendimento de suas necessidades, com consideração às possibilidades da pessoa que o causou; envolvimento da comunidade pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação:* decorrem da reparação dos danos, do empoderamento, e da responsabilização do ofensor;
- c) *atenção às diferenças sócio-econômicas e culturais entre os participantes; atenção às peculiaridades sócio-culturais locais e ao pluralismo cultural; garantia do direito à dignidade dos participantes; promoção de relações equânimes e não hierárquicas:* decorrem dos valores de respeito e humildade, acima elencados;
- d) *expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito; facilitação por pessoa devidamente capacitada em procedimentos restaurativos; observância do princípio da legalidade quanto ao direito material; direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;*
- e) *integração com a rede de assistência social em todos os níveis da*

---

<sup>372</sup> Cf. SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, 1., 2005, Araçatuba. **Carta de Araçatuba:** princípios de justiça restaurativa. Araçatuba, 30 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/pdfs/cartadearacatuba.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2009.

*federação; interação com o Sistema de Justiça.*

Para finalizar, cumpre fazer uma advertência: os princípios aqui enunciados não são taxativos, nem uniformes, mas, tão-só, guias de procedimento, que podem variar de acordo com a comunidade que utilize o modelo restaurador. De fato, em respeito ao pluralismo e às características locais, não se poderia pretender um modelo uniforme para todas as comunidades envolvidas no processo.

#### **4.4.4 A Mediação e a Justiça Restaurativa**

Nesta fase do trabalho, após identificarmos o conceito e as espécies de mediação, bem assim o papel do mediador, cumpre traçar um paralelo entre esta forma autocompositiva de resolução dos conflitos e a Justiça Restaurativa.

Como elucidamos, a Justiça Restaurativa é um novo paradigma de resolução dos conflitos que busca outras respostas para a solução do fenômeno delitivo, distintas da pena aflictiva, comumente utilizada. A nova solução a ser alcançada objetiva, sobretudo, a reparação dos prejuízos – materiais, financeiros, emocionais, entre outros – ocasionados à vítima do delito, reparação esta que será feita por meio da responsabilização do ofensor.

Já destacamos, outrossim, que a Justiça Restaurativa propõe, além de uma distinta solução, uma diferente maneira de construção da resposta delitiva. Sob este viés, o Restaurativismo oferece às partes diretamente afetadas com o delito – ofensor e vítima – a chance de atuarem, diretamente, no processo de resolução do problema.

Sob este ângulo, a relação entre Justiça Restaurativa e mediação consubstancia-se na ideia de que esta é uma das formas de conferir aos envolvidos no problema criminal o empoderamento necessário à resolução dos seus conflitos, mediante uma via alternativa de responsabilização.

Em outros termos, a mediação, enquanto processo de resolução de controvérsias, corporificado por meio de um diálogo facilitado, constitui uma das formas de se almejar a nova resposta ao conflito delitivo, propugnada pela Justiça Restaurativa.

Importa assinalarmos, contudo, que, consoante bem destacado por David Miers, os conceitos de justiça restaurativa e mediação podem ser, ao mesmo tempo, mais amplos e mais restritos. Nas palavras do autor:

O conceito de justiça restaurativa é mais restrito do que o conceito de mediação, uma vez que se confina à área criminal. Mas é mais amplo pelo facto de contemplar uma variedade de possíveis respostas por parte do infractor que nada têm que ver com mediação, como sejam a indemnização (sic) determinada pelo tribunal ou a prestação de trabalho tendente à reparação, quer como medida de diversão quer como parte de um acordo, integrado na sentença, com uma entidade estatal. O conceito de mediação é mais amplo do que o de justiça restaurativa uma vez que abrange conflitos em contextos não criminais. É no entanto mais restrito porquanto, em contexto criminal, se centra apenas nas relações estabelecidas entre vítima e infractor em sede de mediação. Mesmo aqui pode ser ainda mais restrito caso abranja apenas a mediação directa e não a indirecta.<sup>373</sup>

Observamos, assim, que a mediação pode ser utilizada para outros conflitos, extracriminais, enquanto que a Justiça restaurativa pode utilizar-se de outros métodos, distintos do mediativo. Resulta desta conclusão a assertiva de que ambos os conceitos são, ao mesmo tempo, mais amplos e mais restritos.

Estabelecida a assertiva acima assinalada, cumpre registrar a natureza da mediação criminal e do acordo restaurativo, no contexto da Justiça Restaurativa e do Sistema criminal.

Neste sentido, torna-se imperioso assinalar que a mediação criminal é instituto que guarda relação com o Direito Criminal e com o Direito Processual criminal. Isto porque, a mediação, enquanto processo focado na relação e no acordo, representa uma nova forma de processo criminal, de viés trilateral – Estado, vítima e ofensor – ao lado do processo criminal de natureza bilateral, típico do paradigma punitivo.

O processo criminal tradicional é bilateral, porque, no seu contexto, o Estado, representado pelo Ministério Público, atua na persecução criminal, no intuito de investigar e comprovar a materialidade e a autoria delitivas, para, ao final, aplicar uma pena aflictiva ao condenado. Nesse processo, há um nítido jaez contraditório, com o ofensor sempre pugnando resistir à pretensão estatal punitiva. Trata-se, ainda, de processo focado na estrita legalidade, com respeito a todas as *garantias negativas* que o acusado possui em face do poderio estatal. Por fim, observamos que a vítima, nesse processo, é uma mera coadjuvante, informante do sistema criminal, que não tem atuação relevante na solução do deslinde. O Processo

---

<sup>373</sup> MIERS, 2003, p. 53.

bilateral é, pois um velho conhecido da doutrina e da prática processual criminal.

A mediação, por seu turno, é um novo tipo de processo criminal, trilateral, no qual a solução para o problema criminal é obtida mediante um acordo, firmado entre a vítima e o ofensor, com auxílio do Estado, responsável por propiciar, por exemplo, a mediação, o ambiente adequado e a capacitação dos mediadores. A responsabilização do ofensor, aqui, é consensual, obtida mediante um acordo entre este e o ofendido, com vistas a apaziguar, diminuir, os efeitos danosos do crime.

Assim, o processo restaurativo, instrumentalizado pela mediação, é um processo criminal colocado ao lado do procedimento bilateral, do paradigma punitivo. Observemos, nesse sentido, o pensamento de Selma Santana:

Junto ao procedimento contraditório, figurará, cada vez mais, uma segunda forma procedimental, a consensual. Isso significa que o processo contraditório tradicional deve ser completado com regras independentes para um processo consensuado, uma vez que nesse tipo de processo deve-se chegar a acordos cuja conclusão, licitude, conteúdo e limites sejam determinados legislativamente, mediante um aparato especial de regras.<sup>374</sup>

Verificamos, portanto, que a mediação é vista como instrumento do processo, incluído no sistema criminal, demonstrada, assim, a relação da mediação com o Direito Processual Criminal.

Consectário lógico da ideia de mediação, como instrumento de o processo criminal, de vertente trilateral, é a conclusão de que o acordo resultante desse processo configura, a todas as luzes, “solução jurídico-criminal autônoma do delito”<sup>375</sup>. Em outros termos, a reparação – que pode ser material ou simbólica –, obtida mediante processo restaurativo, é considerada resposta criminal, ao lado da pena e da medida de segurança.

A razão de assim ser considerada é óbvia. Por certo, se a mediação constitui instrumento do processo criminal, a solução dela advinda não poderia ter outra natureza, que não fosse a criminal. Diante desta conjuntura, descarta-se, desde logo, qualquer visão da reparação como forma de “privatização” do Direito Criminal, já que a resposta restaurativa é a terceira via da solução criminal.

Esta assertiva é corroborada por Roxin, quando dispõe que:

---

<sup>374</sup> SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-criminal autônoma do delito**. 2006. 533 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006, p. 115.

<sup>375</sup> Expressão utilizada por Selma Pereira Santana, em sua tese de Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Cf. *Ibid.*

Pessoalmente, entendo que a reparação, integrada ao Direito Criminal, não é uma pena; porquanto, o que quer que a pena possa ser, será, em qualquer caso, uma intervenção coercitiva nos direitos do autor do delito. A reparação, contudo, é sempre, ou com muita freqüência, uma prestação voluntária; e quando se exorta um autor de delito a cumprir com suas obrigações já civilmente fundamentadas, também não se está intervindo em seus direitos. A reparação, além disso, não constitui um objetivo da pena: se assim o fosse, então o Direito civil seria um objetivo da pena. Ela tampouco é medida de segurança. Porque as medidas de segurança têm uma orientação puramente de prevenção específica, enquanto que a reparação persegue os objetivos, no mínimo equivalentes, da prevenção genérica positiva. Considero-a uma sanção independente, ou seja, uma reação jurídico criminal com elementos em parte civis, que não resulta em um novo objetivo da pena, e sim serve aos objetivos tradicionais da pena, de prevenção integrativa e de prevenção especial.<sup>376</sup>

Advirta-se, ainda, que, a reparação obtida mediante acordo, enquanto resposta criminal que é, deve guardar intrínseca relação com as finalidades deste direito. Isso significa que a utilização da mediação criminal deve ser incentivada sempre que, com a sua realização, for possível encontrar as finalidades preventivas, que deve(riam) nortear o Sistema Criminal.

Desta forma, a reparação deve buscar a prevenção positiva, como reforço da crença da sociedade na possibilidade de reparação dos danos advindos do crime, e, por conseguinte, no respeito às normas. Deve almejar, ainda, finalidades preventivo especiais negativas, de maneira a evitar a atuação do mesmo ofensor na prática de novos delitos<sup>377</sup>. Para a perfeita compreensão da matéria, é importante a transcrição dos ensinamentos de Selma Santana:

A reparação do dano, segundo esta compreensão, não constitui uma questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização dos fins da pena: ela possui um importante efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as conseqüências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima, e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois 'só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito.<sup>378</sup>

Cumprido, ainda, assinalar que a mesma doutrina que concebe a reparação enquanto consequência jurídico criminal autônoma do delito sinaliza para a ideia de que a mediação criminal, e o acordo dela advindo, guarda relação intrínseca com o

<sup>376</sup> ROXIN apud SANTANA, 2006, p. 286.

<sup>377</sup> Importa destacar que excluimos do contexto das finalidades da reparação a prevenção especial positiva, porque, a nosso juízo, a ideia de ressocialização afronta completamente a dignidade da pessoa humana, uma vez que não respeita a individualidade dos cidadãos. Nesse sentido, ver as críticas à ideologia do tratamento, contidas no item 1.

<sup>378</sup> SANTANA, op. cit., p. 103-104.

princípio da subsidiariedade criminal e da carência de tutela criminal. Isto porque, a reparação à vítima ocasionaria um afastamento do sistema criminal de controle, de maneira que este não se afiguraria mais necessário. Sob esta perspectiva, observem-se as palavras de Leonardo Sica:

O acordo obtido através da mediação afeta os critérios de carência e necessidade de tutela criminal, de tal forma que o resultado seria a renúncia à tutela pela satisfação da vítima, pela reparação do dano ou pelo alcance de finalidades preventivas, derivado da estabilização das expectativas normativas. Mesmo a interpretação do princípio da *ultima ratio*, considerado como uma barreira para a intervenção criminal quando outros meios de tutela tenham tratado da situação satisfatoriamente, indica que a mediação deve ser compreendida como uma reação criminal autônoma que se inicia com a instauração dos procedimentos criminais judiciais.<sup>379</sup>

*Venia concessa*, não parece ser esta, contudo, a melhor hermenêutica. Sem embargo, por subsidiariedade criminal, entende-se a desnecessidade de incidência deste próprio direito, uma vez que outras formas de controle social, jurídicas ou não, conseguiriam resolver o problema solicitado. O princípio da subsidiariedade é um desdobramento do Princípio da Intervenção Mínima, que concebe o direito criminal enquanto *ultima ratio*, do sistema, tendo em vista que sua violenta sanção só dever ser imposta nos casos mais graves de desvio de conduta social, que lesionem bens jurídicos relevantes.

Depreendemos, pois, que o princípio da subsidiariedade destina-se a afastar da *tutela criminal, do sistema criminal*, condutas que podem ser sancionadas por outros ramos do direito, a respeito do direito administrativo ou civil. Desta forma, não haveria incidência criminal com relação a estas situações particularizadas.

Estabelecida a premissa, importa ressaltar que a consequência lógica do tratamento do acordo restaurativo sob o viés da subsidiariedade criminal implicaria na assertiva de que este acordo não pertenceria ao sistema de controle criminal, por estar fora dele. Seria extrínseco ao direito criminal, com ele não se relacionando, por constituir outro patamar.

Essa ideia, todavia, parece-nos flagrantemente inconciliável com o padrão de Justiça restaurativa que se explicitou oportunamente. Isto porque, como já salientado, a Justiça Restaurativa não assume viés abolicionista, de sorte a substituir o direito criminal. Ao revés, a intenção do novo modelo é de justaposição à atual ideia, de maneira que, se (e quando) as partes assim consentirem, a solução

---

<sup>379</sup> SICA, 2007, p. 78.

para o conflito não deve ser imposta, verticalizada, e sim almejada de forma horizontal, mediante um consenso.

O que se almeja com a Justiça Restaurativa é *a mudança do paradigma da resposta criminal e a construção de uma nova resposta, com a redefinição do crime como ato lesivo às pessoas e não ao Poder do Estado*. Não há, destarte, qualquer alusão abolicionista, de substituição do direito criminal, até mesmo porque, caso a mediação não redunde em acordo, o processo será imediatamente remetido às instâncias tradicionais de controle.

Afirmemos, outrossim, que, se o fato não detém a importância necessária para ser abrangido pelo direito criminal, porquanto outros ramos do direito satisfatoriamente o controlariam, o mesmo não deve, sequer, ser remetido ao processo restaurativo. Conforme já sinalizado, a Justiça Restaurativa, por meio de seus diversos procedimentos, destina-se a resolver *conflitos criminais*, por meio de um processo trilateral; se o conflito não é criminal, mas meramente civil ou administrativo, não há que se falar em utilização de procedimentos restaurativos, uma vez que esta atitude redundaria no agigantamento do sistema criminal de controle, contrariando, inclusive, a premissa de *ultima ratio*.

Desta forma, concluímos que a relação não é de subsidiariedade, enquanto princípio que visa afastar a tutela criminal, e sim de *desnecessidade de aplicação de uma pena tradicional, aflitiva*, em virtude da ocorrência de processo consensual que conseguiu reparar os efeitos danosos do crime.

#### **4.4.5 Fases de Utilização do Processo Mediativo**

Explicitada a natureza jurídica da mediação e do acordo dela advindo, cumpre abordar a temática relativa à fase de encaminhamento do caso ao processo restaurativo.

Sob este viés, assevere-se que o envio do processo à mediação pode ocorrer em cinco momentos, conforme elucidou Raffaella Pallamolla<sup>380</sup>: Na Fase policial, pré-acusação, podendo ser realizado pelo Ministério Público ou pelo Polícia

---

<sup>380</sup> PALLAMOLLA, 2009, p. 100-101.

Judiciária; na fase pós-acusação, mas antes do processo. O envio é pelo Órgão Ministerial; na fase judicial, antes do julgamento; na fase judicial, no momento do julgamento; na fase prisional, utilizada como alternativa à prisão, ou como atenuação à pena privativa de liberdade.

Como forma de salvaguardar as garantias negativas do acusado em face do Estado, a melhor solução parece ser o encaminhamento do caso à Justiça Restaurativa, e à mediação criminal, na fase pós-acusação, e antes do processo criminal, como forma de evitar a ocorrência do processo, e, demais disto, de maneira a evitar o arbítrio policial.

Com efeito, a primeira hipótese de envio do processo à mediação é temerária, podendo resultar em arbitrariedades, especialmente no caso brasileiro. Isto porque a polícia brasileira, de ordinário, não se encontra suficientemente aparelhada para definir e qualificar o fato criminal, tampouco para fazer a necessária filtragem, entre os casos que merecem a tutela criminal e aqueles que a dispensam. Pensamos, por conseguinte, que à polícia judiciária competiria a colheita de elementos informativos acerca das circunstâncias fáticas que lastreiam o caso, com a necessária participação do ofensor, do ofendido e dos seus respectivos procuradores.

Após a colheita de informações, o caso seria encaminhado ao Ministério Público, Órgão responsável por verificar se a situação concreta possui os requisitos básicos para submeter-se ao processo criminal – conduta que constitui crime, lastro probatório idôneo, respeito à legalidade criminal, entre outros. Até aqui, não vislumbramos muita novidade com relação à fase preliminar do paradigma punitivo, com a diferença que, para a Justiça Restaurativa, é essencial que as partes integrem o processo de colheita de elementos informativos, requerendo, inclusive, diligências – o que, no sistema investigativo brasileiro, no qual predomina a práxis inquisitiva, é uma grande novidade.

Finalizada a análise Ministerial, e concluindo-se pela necessidade de envio prosseguimento do processo criminal, o Ministério Público deve, ainda, observar se o caso é passível de envio aos programas restaurativos. Essa limitação vai depender da previsão existente em cada diploma legal. Em Portugal, apenas a título

exemplificativo, foi editada a Lei nº 21/2007<sup>381</sup>, cujo artigo 2º há a previsão de envio do processo à mediação em casos de crime com procedimento de queixa ou acusação particular. Mais adiante, a lei limita o envio dos casos, estabelecendo, por exemplo, que a mediação não poderá ser realizada no caso de crimes cuja pena abstrata prevista exceda o limite de 05 anos, crimes sexuais, de peculato, entre outros casos.

Vislumbradas as características exemplificadas, o Promotor deverá perguntar às partes se estas desejam participar do processo mediativo. Diante desta conjuntura, duas soluções podem haver: as partes, voluntariamente, concordam em participar do processo mediativo, e, ato contínuo, o caso é enviado a um mediador capacitado, ou, o revés, as partes não vislumbram qualquer possibilidade de mediação, e o processo segue o seu rito bilateral.

*É fundamental, para a funcionalidade da medida, que as partes consintam em participar do programa, de forma livre, sem ordens ou qualquer tipo de pressão psicológica.* A Justiça Restaurativa, enquanto novo paradigma que visa chamar as partes envolvidas à resolução do problema deve, por certo, ser compreendida como um *direito destas, e não como uma obrigação*. Se fosse procedimento obrigatório, todas as vantagens desse sistema seriam afastadas, já que não se pode obrigar alguém a se envolver diretamente com algo que não lhe interessa, minimamente. Demais disto, como já se destacou, a resolução nº 12/2002 da ONU<sup>382</sup> determina, em seu artigo 13, que a voluntariedade deve, sempre, nortear a inclusão de casos no sistema restaurativo.

O envio dos casos, nos moldes do explicitado alhures é, segundo pensamos, a melhor opção, o que, decerto, não impede que o processo seja enviado, consoante bem destacou Leonardo Sica, no momento anterior à sentença, mas posterior à acusação. Isto porque, como assevera o referido autor, “interessam (à Justiça Restaurativa) as entradas que evitam o processo e possibilitam uma solução extra-

---

<sup>381</sup> Cf. PORTUGAL. Lei nº. 21/2007, de 12 de junho. **Diário da República**, n. 112, Lisboa, 12 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

<sup>382</sup> Cf. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº. 12, de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resolucao-200212-do-conselho-econmico-e.html>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

processual”<sup>383</sup>, solução esta que se afigura mais consentânea com a ideia restaurativa de mudança de paradigma, porquanto evita a “sobreposição e acumulação de dois modelos”<sup>384</sup> cujas bases são inconciliáveis.

Em linhas conclusivas, saliente-se que o envio do caso à mediação após a sentença condenatória não constitui, em regra, a melhor opção, uma vez que pode ocasionar *bis in idem*, já que o infrator pode ser submetido a duas responsabilizações – pena e acordo restaurativo –, e, além disso, porque não evita os custos do processo bilateral e a natureza excludente da vítima. Ademais, após a existência de sentença condenatória, afigura-se pouco provável que o infrator e a vítima pretendam solucionar a controvérsia, por meio da mediação.

Depreendemos, portanto, que as melhores fases de envio do processo à mediação ocorrem antes da acusação, ou antes da sentença, como maneira de encontrar uma solução restaurativa extraprocessual comum.

---

<sup>383</sup> SICA, 2007, p. 30.

<sup>384</sup> *Ibid.*, loc. cit.

## 5 RACIONALIDADE RESTAURADORA: A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE NO DIREITO CRIMINAL

“O conflito no modelo estatal é manifestado pelo litígio, forma legalmente convencionalizada, segundo a qual o Estado-Juiz aponta a decisão correta: a lei no caso particular. Entretanto, com essa visão, o conflito é desqualificado e varrido para debaixo desse remédio-simulacro chamado processo. Na condição de Juiz Estadual tenho verificado que o conflito, as pessoas (Paulo, Maria, João), os verdadeiros atores da vida, são esquecidos em nome de autor/réu, prazos, preclusões. Os protagonistas (advogados, promotores e juízes) contentam-se com a resolução na forma da lei sem qualquer ponte para o futuro: quais as conseqüências da decisão? Resolveu o conflito?”

Alexandre Morais da Rosa

*“A justiça precisa ser vivida, e não simplesmente realizada por outros e notificada a nós. Quando alguém simplesmente nos informa que foi feita justiça e que agora a vítima irá pra casa e o ofensor para a cadeia, isto não dá a sensação de justiça. Não é suficiente que haja justiça, é preciso vivenciar a justiça”.*

Howard Zehr

### 5.1 A MODERNIDADE LÍQUIDA E A ASCENSÃO DO INTÉRPRETE

Como já destacamos nos capítulos anteriores, a punição, como necessidade, começa a ser desenhada a partir do antigo regime e o paradigma de punir firma-se, em definitivo, na modernidade, agregando o ideal organizador e planejador que sustentou a razão e o sonho modernos. Dessa forma, não podemos olvidar que o paradigma atual é fruto de uma racionalidade penal moderna que o sustentou e justificou durante séculos.

Consoante também já fora destacado, a crise da modernidade, consubstanciada na redução das ambições de planejamento perfeito da sociedade e quebra de instituições também repercute no paradigma de punir, quebrando parcela da confiança no funcionamento deste e, sobretudo, na deslegitimação da punição e suas funções.

Nosso objetivo, nesse ponto, é entender esse fenômeno de “liquefação” da modernidade, suas respectivas características e conseqüências, para, em seguida, conectar essa crise com o nascimento do novo paradigma restaurador – demonstrado no capítulo anterior – e a compatibilidade deste com o novo contexto

sociocultural que vem se firmando.

Nesse sentido, para começar a tratar da crise, precisamos nos focar no ponto primordial da modernidade: a busca pela *ordenação a partir das regras da razão*, que culminava com a classificação e segregação das coisas e pessoas no mundo em categorias, as quais eram divididas, por uma classe de sujeitos pensantes, em entidades boas ou más, aproveitáveis ou não, plantas úteis ou ervas daninhas<sup>385</sup>. Essa classificação ocorria por meio de juízos de valor atribuídos a certas características, que, quando positivos, pregavam a conservação e reprodução, e, quando negativos, pregavam a eliminação. Assim é que concordamos com Bauman quando este estabelece a sociedade moderna, por meio da sua racionalidade ordenadora, pregava um mundo livre não só do erro, mas da possibilidade de errar<sup>386</sup>.

Além do erro, a ambivalência, a possibilidade de se atribuir a um mesmo objeto duas características em princípio opostas, também era a planta inútil a ser combatida pela modernidade.

A realidade foi demonstrando, contudo, que a ambivalência e os erros nas escolhas são características inerentes ao próprio ser humano, impossíveis de serem extirpadas mesmo que se lance mão de uma razão convincente. Em outros termos, por maiores que fossem os esforços, dificilmente essas qualidades negativas seriam extirpadas do convívio social<sup>387</sup>.

Diante deste contexto, muito se falou na sociologia sobre a crise da modernidade e o soergimento de uma nova realidade que não era mais moderna e sim pós-moderna. Bauman também aventou essa possibilidade pós moderna e utilizou essa terminologia em alguns dos seus estudos<sup>388</sup> antes de escrever “modernidade líquida”, a exemplo do livro *Legisladores e intérpretes*. Nada obstante, nos avanços de pesquisa e amadurecimento, o próprio Bauman sinalizou que a notícia de “morte” da modernidade e nascimento da “pós-modernidade”, como uma era distinta e diferenciada da anterior foi exagerado, e conduziu a alguns equívocos

---

<sup>385</sup> Ver 2.4, item no qual já abordamos o tema com as devidas referências.

<sup>386</sup> Cf. BAUMAN, 2011b, p. 13.

<sup>387</sup> Sobre o tema, ver 3.1.

<sup>388</sup> Temos, como exemplo, o livro *Legisladores e intérpretes*, no qual, apenas em prefácio, Bauman utiliza a expressão modernidade líquida. Durante todo o texto, e até mesmo no título, a expressão utilizada é a pós-modernidade. A expressão pós-modernidade também é utilizada em dois outros títulos, como *Vida em fragmentos e Modernidade e ambivalência*.

de interpretação do contexto atual<sup>389</sup>.

Com efeito, consoante sinaliza Bauman, o que se deve ter em mente é que não vivemos em uma realidade de abandono ou fim da modernidade para que possamos falar em pós-modernidade, ou seja, em uma etapa posterior que possa substituir aquilo que conhecemos como modernidade. Em verdade, continuaríamos “mais modernos e obsessivos do que nunca”<sup>390</sup>.

Alguns pontos são cruciais para entender que não vivemos uma fase oposta à modernidade, mas, apenas, uma modernidade sem ilusões de solidez (modernidade líquida). Podemos sistematizar em três etapas, a partir de uma comparação breve entre os dois contextos sociológicos.

Na modernidade sólida, que se firma a partir do século XVIII, o objetivo era “fundir” as estruturas do antigo regime para construir novos sólidos, aptos a guiar os padrões da sociedade. Isso é perfeitamente verificável a partir da substituição do Deus religião pelo Deus razão<sup>391</sup>, colocando a racionalidade humana como nova regra ordenadora da sociedade moderna. Esse provisório “derretimento” para a reconstrução de novos padrões sólidos objetivava alcançar um ponto de chegada, consubstanciado na sociedade perfeita, livre da ambivalência e dos estranhos, na qual a tarefa primordial seria a contemplação de tudo quanto fora construído a partir das lúcidas regras da razão. Nesse contexto, afastar a ambivalência, a contingência, o erro e a imperfeição era uma ordem: a sociedade do futuro, magnífica, não poderia conviver com características valoradas negativamente; era preciso extirpar os defeitos<sup>392</sup>.

Sobrevinda a crise e a percepção de que essa sociedade perfeita a contemplar não seria alcançada e que a extinção das características, tidas como maléficas, era

---

<sup>389</sup> “Com o tempo, fui ficando cada vez mais desconfortável com o a ‘pós-modernidade’, como ‘termo guarda-chuva’ para a ampla gama de transformações que marcava a sociedade emergente”.

BAUMAN, 2011a, p. 111.

<sup>390</sup> “O que achei menos aceitável nessa idéia foi a presunção de que ‘a era da modernidade’ terminou e que estamos, por assim dizer, já no ‘lado oposto’, ou pelo menos perto de entrar nele. Parecia inaceitável e errado, porque, até onde eu saiba, éramos modernos por completo; na verdade, mais modernos do que nunca; ou seja: voltamos a lâmina afiada da ‘faca modernizadora’ contra a própria modernidade, contra seus próprios produtos do passado. Éramos, de fato, tal como nossos predecessores imediatos, modernizadores compulsivos obsessivos”. Id., 2010, p. 11. Em outro momento, no livro *Bauman sobre Bauman*, o autor reafirma o quanto salientado nas linhas acima. Cf. Id., 2011a, p. 112.

<sup>391</sup> Cf. Id., 2011b, p. 35.

<sup>392</sup> Cf. Id., 1999, p. 9.

uma tarefa impossível de se realizar<sup>393</sup>, *a sociedade se rearranja, reorganiza, para compreender o mundo a partir de estruturas líquidas*. A modernidade líquida – termo que, consoante acreditamos, mais define os tempos atuais, por não pregar um abandono do ser moderno, mas uma releitura – é um esforço contínuo para a manutenção das estruturas líquidas, um “esforço perpétuo para a conversão em líquido”<sup>394</sup>.

Se os ancestrais da modernidade sólida derretiam para, em seguida, solidificar as estruturas, na realidade atual, a proposta é um “estado permanente de liquidez”, de fluidez, de maleabilidade, *que vai repercutir na forma de nas instituições e padrões a serem produzidos e utilizados*. Isto porque, “os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas ‘até segunda ordem’”, ou seja, todos os planos manter-se-ão em vigor se e até que cumpram a função que lhes foi determinada<sup>395</sup>. A instrumentalidade da forma e dos fundamentos para atingir uma determinada função são vetores centrais da modernidade líquida, porque, a partir de então, *os planos e projetos só serão mantidos até que sejam convenientes para atingir a função que é determinada*, e serão abandonados a partir do momento em que não sejam mais úteis. O momento atual é, pois, de “reconciliação com a liquidez”<sup>396</sup>.

Outro ponto é fundamental no momento contemporâneo: o crescimento da

---

<sup>393</sup> “Os que lutam contra outros ambíguos são atraídos para a batalha pela perturbadora experiência da ambivalência que eles desejariam claramente reprimir ou esmagar; os situados na extremidade receptora dessa luta são, como num espelho, expostos a pressões contraditórias e atraídos em direções mutuamente opostas”. BAUMAN, 2011a, p. 95.

<sup>394</sup> Id., 2010, p. 12.

<sup>395</sup> “O que a modernidade em sua versão antiga enxergava como o iminente ponto final de sua tarefa, como o início do tempo de descanso e ininterrupto e purificado regozijo das realizações passadas, agora tratamos como uma *farta morgana*, uma miragem: em nossa perspectiva, não havia no final do caminho qualquer linha de chegada, qualquer sociedade perfeita, totalmente boa ‘sem melhoramentos a contemplar’. A mudança perpétua seria o único aspecto permanente (estável, ‘sólido’, se se quiser assim dizer) de nossa forma de viver. A pós-modernidade, como ela se apresentava naquele momento, era a modernidade despojada de suas ilusões”. BAUMAN, 2010, p. 12.

<sup>396</sup> “A partir dessa conclusão, só havia um pequeno passo a se dar para definir como ‘líquido-moderna’ aquela forma emergente de vida, aquela forma que era moderna de uma maneira radicalmente diferente daquilo que havíamos testemunhado (e de que havíamos participado) antes. Uma forma de vida digna de nota sobretudo por sua reconciliação com a idéia de que, assim como todas as substâncias líquidas, também as instituições, os fundamentos, os padrões e as rotinas que produzimos são e continuarão a ser como estas, ‘até segunda ordem’; que elas não podem manter e não manterão suas formas por muito tempo. Em outras palavras, que entramos em um modo de viver enraizado no pressuposto de que a contingência, a incerteza e a imprevisibilidade estão aqui para ficar. Se o ‘fundir a fim de solidificar’ era o paradigma adequado para a compreensão da modernidade em seu estágio anterior, a ‘perpétua conversão em líquido’ ou o ‘estado permanente de liquidez’ é o paradigma estabelecido para alcançar e compreender os tempos mais recentes – esses tempos em que nossas vidas estão sendo escritas”. Id., 2010, p. 13.

percepção de que a ambivalência e a contingência não podem ser afastadas e que é preciso aceitar a divergência e a pluralidade, intrínsecas à natureza e à diversidade dos indivíduos que compõem as sociedades.

A discussão sobre a aceitação da divergência advém dos movimentos pluralistas, nos âmbitos sociológico, político e jurídico, os quais pregam o afastamento da racionalidade “como projeto de totalidade acabada e uniforme, mas como constelação que se vai refazendo e que engloba a proliferação de espaços públicos, caracterizados pela coexistência das diferenças”<sup>397</sup>.

O movimento pluralista traz para o espaço técnico o pluralismo vislumbrado no mundo real<sup>398</sup> – formado por entidades do mundo marcadas pela “essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade”<sup>399</sup>, que possuem distintos modos e essências de vida – com o objetivo de efetivar o verdadeiro sentido de democracia, pautado no prisma substancial e não mais formal.

A partir do pluralismo técnico – do mundo para a metodologia – objetiva-se implantar o respeito à diversidade, à diferença, ao dissenso e à contradição. Ao contrário da prática típica do “estado jardineiro”, de extirpar o diferente, a erva daninha, o movimento pluralista que começa a se afirmar a partir do século XX, tem como, meta a incorporação do outro, incluindo-o nos espaços de participação social<sup>400</sup>, nos espaços científicos e políticos<sup>401</sup> grupos de pessoas com costumes e práticas diferentes, aceitando o conflito e os métodos de consenso como inerentes ao Estado Democrático de Direito.

O pluralismo difunde a tolerância e o afastamento do monismo individualista,

---

<sup>397</sup> WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001, p. 169.

<sup>398</sup> “Trata-se de admitir a ‘diversidade’ de seres do mundo, realidades díspares, elementos ou fenômenos desiguais e corpos sociais semi-autônomos irreduzíveis entre si. O sistema pluralista provoca difusão, cria uma normalidade estruturada na proliferação das diferenças, dos dissensos e dos confrontos”. Ibid., p. 176.

<sup>399</sup> Ibid., p. 172.

<sup>400</sup> “O pluralismo sociológico se consolida na medida em que socialmente se ampliam os papéis, as classes e as associações profissionais no âmbito da sociedade industrial”. Ibid., loc. cit.

<sup>401</sup> “Quanto ao pluralismo político, sua territorialidade incorpora proposições que se pautam pela rejeição de toda e qualquer forma de concentração e unificação do poder ou força de ação monolítica (política, ideológica ou econômica”. É estruturado “em práticas de direção descentralizadas, realçando a existência de um complexo corpo societário formado pela multiplicidade de instâncias sociais organizadas e centros autônomos de poder, que, ainda que antagônicos ou mantendo conflitos entre si, objetivam restringir, controlar ou mesmo erradicar formas de poder unitário e hegemônico, principalmente a modalidade suprema de poder corporificado no Estado”. Ibid., p. 173.

culminando para a aceitação de uma sociedade organizada e “constituída por núcleos dispersos e não similares”<sup>402</sup> que possuem voz ativa na construção das estruturas sociais.

Enquanto movimento redefinidor da racionalidade moderna, incluindo uma nova ética de sujeitos distintos e, ainda assim, dignos de respeito, o pluralismo prega, além da autonomia e da diversidade, já enunciadas, os princípios da participação – consubstanciado na atuação mais direta dos cidadãos em espaços de decisão, em substituição à completa atuação representativa nos espaços públicos – e da descentralização e localismo – no sentido de conferir maior poder a “núcleos dispersos e não similares”<sup>403</sup> articulados de forma descentralizada ao poder central estatal.

O pluralismo confere ao direito as bases para uma constante mudança de premissas, aptas à construção de “uma teoria do conflito que mostre como o conflito pode ser entendido como uma forma de produzir, com o outro, a diferença, ou seja, de inscrever a diferença no tempo como produção do novo”<sup>404</sup>. Em outras palavras, o pluralismo inclui na pauta do direito a percepção de que, as diferenças do conflito são positivas para a construção de normas e teorias e que o “estranho” não pode ser eliminado, e sim respeitado.

O pluralismo, por certo, visto na sua perspectiva mais democrática e consentânea com os ditames do Estado Democrático de Direito, não se aproxima do anarquismo, mas, sim, do equilíbrio e da harmonia entre interesses díspares de “núcleos naturais, família, classes, ações profissionais”, suplantando a posição do individualismo, típica da modernidade sólida. Para finalizar, vamos citar os ensinamentos de Warat:

Quem é o outro? Como entramos em relação com ele? Como podemos falar dele? As respostas que, geralmente, foram dadas na modernidade eram totalitárias, reducionistas, manipuladoras, eurocênicas, egocênicas, etnocênicas. Respostas todas que procuraram dissolver o outro em sua alteridade, para terminar devorado pelos modelos hegemônicos, que pertenciam à cultura referencial colocada em posição de domínio. Modelos de egos coletivos ou egos-padrões aterradores que pretendem se amparar nos saberes instituídos. É um ego logocêntrico que considera a alteridade como duplicação de nossa própria subjetividade como medida de tudo alheio a nós. É a violência de reduzir o outro a nós. [...]. A transmodernidade começa a impor uma nova visão de outridade, para que o poder não seja a

---

<sup>402</sup> WOLKMER, 2001, p. 177.

<sup>403</sup> Ibid., p. 176.

<sup>404</sup> WARAT, 2001, p. 82.

condição última de sentido, para nos situar mais além da violência, para que possamos encontrar, na cumplicidade com o outro, os segredos do amor (amar é socorrer a debilidade do outro).<sup>405</sup>

Essa percepção de Warat sintetiza a transição operada pelo pluralismo, por meio da qual o outro deixa de ser estranho para ser um sujeito que deve ser integrado na comunidade de diferença.

Por certo, a mudança na conformação do mundo – de sólido para líquido, nos termos acima enunciados – vai repercutir, sensivelmente, no *papel que se espera do intelectual das ciências sociais*, num paulatino abandono do posto de legislador para a assunção do papel de intérprete.

Com efeito, na modernidade sólida, predominava um projeto de mundo como uma “totalidade ordenada”<sup>406</sup>, a atividade intelectual que mais se espera é aquela vislumbrada na “metáfora do legislador”<sup>407</sup>. Em outros termos, no contexto sólido, o intelectual assume um papel de sujeito portador de afirmações “autorizadas e autoritárias que arbitrem controvérsias de opiniões e escolham aquelas que, uma vez selecionadas, se tornem corretas e associativas”<sup>408</sup>. O intelectual assume uma posição especial para ser destacado dos demais, sujeito dotado de qualidades positivas que lhe conferem uma autoridade apreender o conhecimento e para ditar regras da razão, que ajudarão no projeto de conformação da sociedade perfeita do futuro<sup>409</sup>.

Nesse contexto de modernidade sólida, o papel do intelectual legislador culmina com a formação de uma racionalidade “de um discurso de referência objetiva, mediante uma relação (ou o esquema) sujeito/objeto, que poderá por isso se dizer teórico [...] e com uma validade que se pretende medir pelo próprio objecto referido”<sup>410</sup>. De fato, o legislador moderno vai debruçar-se sobre os demais sujeitos, sem o objetivo de tratá-los como semelhantes, como sujeitos de direito, mas como

---

<sup>405</sup> WARAT, 2001, p. 206.

<sup>406</sup> BAUMAN, 2010, p. 18.

<sup>407</sup> Ibid., p. 19.

<sup>408</sup> Ibid., p. 20.

<sup>409</sup> “O elemento unificador, como o novo termo (intelectuais) sugeria de forma vaga, era o papel central desempenhado pelo intelectual em todas as ocupações. A intimidade compartilhada com o intelecto não apenas separou esses homens e mulheres do restante da população, como também determinou certa semelhança em seus direitos e deveres. Mais importante, deu aos encarregados dos papéis intelectuais o direito (e o dever) de dirigir-se à nação em nome da razão, situando-se acima das divisões partidárias e dos interesses materiais sectários. E também vinculou ao seu pronunciamento a veracidade e a autoridade moral exclusivas que só uma posição de porta-voz pode lhe conferir”. Ibid., p. 40.

<sup>410</sup> NEVES, 1993, p. 35.

objetos sobre os quais se volta o estudo, com o intuito de *descobrir a verdade e explicar o outro*.

Na modernidade líquida, o perene esforço de liquefação das instituições, a constante aceitação da contingência e da pluralidade vão conduzir ao paulatino abandono das pretensões autoritárias para inserir, na pauta da atividade intelectual, um esforço para interpretar e compreender as categorias de sujeitos que antes eram vistas como objetos, de modo a incluí-los, a partir do esforço linguístico entre iguais, no processo de construção da racionalidade.

Consoante assinala Bauman,

A estratégia pós-moderna de trabalho intelectual é aquela mais bem caracterizada pela metáfora do papel do intérprete. *Consiste em traduzir as afirmações feitas no interior de uma tradição baseada em termos comuns, a fim de que sejam compreendidos no interior de um sistema de conhecimento fundamentado em outra tradição. Em vez de orientar-se para selecionar a melhor ordem social, essa estratégia objetiva facilitar a comunicação entre participantes autônomos (soberanos) (grifo nosso). Preocupa em impedir as distorções de significado no processo de comunicação. Para este fim, promove a necessidade de penetrar em profundidade o sistema estrangeiro de conhecimento do qual a tradição deve ser feita.*<sup>411</sup>

O que a própria classe espera dos intelectuais que tomaram consciência da modernidade líquida é o abandono gradual do pedestal da autoridade para a assunção de um compromisso de vislumbrar as pessoas, plurais, ambivalentes e contingentes que são, num contexto de horizontalidade, para que o outro seja descoberto e visto como alguém que tem a contribuir com a formação de opinião, e não mais para quem se deve dirigir o discurso salvador.

A ascensão do intérprete, no contexto da modernidade líquida, absorve algumas características “giro linguístico” filosófico, por meio do qual observamos o gradual abandono da filosofia da consciência, típica da modernidade sólida, para o firmamento da filosofia da linguagem. O “giro linguístico” promove a transformação da linguagem em peça fundamental para a obtenção do conhecimento e da verdade, na transição do “paradigma de conhecimento de objetos para o paradigma do conhecimento entre sujeitos capazes de falar e agir”<sup>412</sup>. A “nova filosofia”, fundada na razão comunicativa, demonstra a “passagem da certeza da cognição e da

<sup>411</sup> BAUMAN, 2010, p. 21.

<sup>412</sup> HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 413.

cognição como certeza para a cognição como consenso argumentativo”<sup>413</sup>.

A nova racionalidade, de inclusão do outro e da linguagem, é verificada a partir de uma referência que perde contornos contemplativos do objeto para assumir “uma atividade comunicativa, numa relação entre sujeitos segundo o esquema sujeito/sujeito” ou seja, por meio de uma manifestação de “discurso argumentativo, troca comunitária e dialógico-dialética de argumentos”<sup>414</sup>. Precisamos de uma maior digressão para compreender esse ponto, nos termos do subtópico abaixo.

### 5.1.1 Da Filosofia da Consciência à Filosofia da Linguagem

Com efeito, a conjuntura que se forma a partir da modernidade sólida permite o desenvolvimento e o firmamento da filosofia da consciência, enquanto forma de obtenção do conhecimento e da verdade. A modernidade sólida, com a razão ordenadora do mundo livre do pecado, propiciou que a filosofia centrasse-se na autofundamentação e autocertificação de suas respectivas premissas epistemológicas<sup>415</sup>. Em outros termos, os tempos modernos incentivaram a filosofia a se voltar à “tarefa de apreender o seu tempo”<sup>416</sup>.

A filosofia da consciência, inaugurada com a modernidade, é regida pelo princípio da subjetividade, formulado a partir da ideia de reflexão de uma classe especial de sujeitos cognoscentes que transformam e produzem o mundo da razão em substituição ao mundo divino<sup>417</sup>. Essa classe especial de sujeito cognoscentes – bem representada na metáfora do legislador – põe-se frente às entidades do mundo com uma postura privilegiada de superioridade<sup>418</sup>, considerando aquelas entidades a partir de uma perspectiva objetiva e desencantada<sup>419</sup>, apta a ser apreendida e

---

<sup>413</sup> LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 44, n. 0, p. 43-59, 2006, p. 45.

<sup>414</sup> NEVES, 1993, p. 37.

<sup>415</sup> Cf. HABERMAS, 2000, p. 24.

<sup>416</sup> Ibid., p. 25.

<sup>417</sup> “Com Lutero, a fé religiosa tomou-se reflexiva; na solidão da subjetividade, o mundo divino se transformou em algo posta por nos. Contra a fé na autoridade da predicação e da tradição, o protestantismo afirma a soberania do sujeito que faz valer seu discernimento: a hóstia não mais que farinha, as relíquias não são mais que ossos. Depois, Declaração dos Direitos do Homem e Código Napoleônico realçaram o princípio da liberdade da vontade como o fundamento substancial do Estado, em detrimento do direito histórico”. Ibid., p. 26.

<sup>418</sup> Cf. Ibid., p. 414.

<sup>419</sup> Cf. Ibid., p. 26-27.

justificada pelo intelecto para ser tratada de acordo com as corretas regras da razão.

O princípio da subjetividade denota, outrossim, a preocupação com a *validade do método de obtenção do conhecimento*, partindo de um monólogo do sujeito cognoscente com si próprio, sem se preocupar com a troca linguística, com a linguagem, enquanto método de conhecer.

Podemos verificar essa preocupação com a consciência do sujeito cognoscente como tema central da filosofia na modernidade. Apenas para ilustrar, escolhendo alguns dos maiores nomes da filosofia moderna para traçar uma genealogia breve, é possível ver que o estudo é voltado para a consciência, para uma metodologia adequada a ser seguida por quem se debruça sobre o objeto a ser conhecido.

Em Descartes, no célebre *Regras para a direção do espírito*, o filósofo enuncia os passos a serem seguidos pelo sujeito cognoscente para apreender o objeto do conhecimento. O objetivo é, portanto, estabelecer um conjunto de etapas para a obtenção do conhecimento por parte do sujeito da razão. Dentre o desenho metodológico de Descartes, o sujeito cognoscente deve “orientar o espírito para emitir juízos sólidos e verdadeiros sobre tudo o que se lhe depara” (Regra I)<sup>420</sup>, por meio compreensão global dos objetos das ciências, que estão conexas entre si<sup>421</sup>; deve, ainda, abandonar as premissas fixadas por outros cientistas, procurando apreender aquilo que a sua razão deduz com certeza (Regra III). Descartes defende, outrossim, o método dedutivo (Regra V), ou seja, o método consubstanciado na fixação de premissas gerais das quais se descobrem premissas específicas, a partir de um degrau do conhecimento<sup>422</sup>.

Descartes afirma, ainda, no seu texto, que, na construção do seu método de pesquisa, com vistas a alcançar a pesquisa de verdade, é necessário rejeitar todos os fatos, argumentos e opiniões decorrentes do costume sobre os quais ele pudesse supor a menor dúvida, com o fito de observar se, após esta rejeição, remanesceria algo incontestável.

Essa rejeição de qualquer opinião sobre a qual pairasse a menor dúvida, por sua vez, fez com que Descartes tivesse a necessidade de se apoiar em algo

---

<sup>420</sup> DESCARTES, René. **Regras para a direcção do espírito**. Lisboa: Edições 70, 1997, p. 4.

<sup>421</sup> Cf. Ibid., loc. cit.

<sup>422</sup> Cf. Ibid., p. 10.

verdadeiro, que fosse, nas suas próprias palavras, “alguma coisa”. Assim, Descartes percebeu que, se tudo era falso, ele próprio, que pensava, seria a verdade por ele buscada, para sustentar o seu método. Isto porque, a contestação das demais coisas, conduzia à certeza da verdade dos seus próprios pensamentos. Deste modo, o autor apoiou-se em uma verdade: “eu penso, logo existo”<sup>423</sup>, assertiva esta que, para ele, era sólida e correta, de forma que qualquer outra suposição contrária não teria o condão de abalar-lhe o crédito.

A verdade concebida por Descartes – “eu penso, logo existo”<sup>424</sup>- conduziu-o à certeza de que as coisas por ele concebidas, de forma clara e distinta, são todas verdadeiras, de modo que a dificuldade seria, apenas, a de notar quais são essas coisas concebidas de maneira distinta.

Descartes, após fincar a premissa acima assinalada, iniciou uma reflexão a respeito de suas dúvidas, chegando, então, à conclusão de que o seu ser, que a tudo questionava, não era perfeito, uma vez que não conhecia tudo. “Conhecer é perfeição maior do que duvidar”<sup>425</sup>, disse Descartes no seu discurso sobre o método.

Desta conclusão acerca da sua imperfeição, Descartes procurou buscar como aprendera a pensar em “algo mais perfeito do que ele”<sup>426</sup>. Esta procura de Descartes por um pensamento de “algo mais perfeito do que ele” não poderia surgir “do nada”, uma vez que isto era evidentemente impossível. Demais disto, Descartes segue afirmando que esta busca pelo ente perfeito também não poderia ser realizada por meio de seus pensamentos, uma vez que os seus pensamentos eram imperfeições, e, desta forma, não alcançariam algo superior e perfeito.

Diante deste impasse, Descartes concluiu que este pensamento de algo superior e perfeito foi colocado nele por uma “natureza de fato perfeita”, a qual possuía “todas as perfeições que ele poderia ter alguma idéia”, ou seja, para resumir em uma palavra, que fosse Deus. E esta entidade perfeita e superior, Deus, havia inculcado no próprio Descartes todos os pensamentos que o mesmo possuía, de forma a fazê-lo dependente daquele ser<sup>427</sup>.

---

<sup>423</sup> Cf. DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Nova Cultural, 1991, p. 20.

<sup>424</sup> Cf. *Ibid.*, p. 19.

<sup>425</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>426</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>427</sup> “A isto acrescentei que, admitido que conhecia algumas perfeições que eu não tinha, não era o único ser que existia [...], mas que devia necessariamente haver algum outro mais perfeito, do qual eu

Verifica-se, portanto, que, para Descartes, a existência de Deus estava conectada na busca por algo perfeito e superior à sua razão, do qual esta dependia, enquanto entidade imperfeita e em busca de verdades do mundo.

Estabelecido o conceito do surgimento de Deus para Descartes, cumpre responder a segunda parte do questionamento, concernente à contribuição do método cartesiano para a construção de Deuses na sua pesquisa.

A construção de deuses na pesquisa, de acordo com Descartes, consiste no estabelecimento de uma premissa geral, considerada verdadeira e perfeita, a qual, por estas características, é considerada Deus. Esta premissa maior, verdadeira, é o ponto inicial, incontestável, que servirá de base para que o sujeito cognoscente construa toda a sua pesquisa.

Não é nosso objetivo aqui traçar e cuidar de todo o trabalho de Descartes, mas, apenas, sinalizar a preocupação do autor em criar uma metodologia voltada para a formação da consciência do intelectual.

Francis Bacon, na obra *Novum Organum*, estabelece o seu método para a obtenção do conhecimento a partir da definição de quatro ídolos que comprometem a elaboração de uma pesquisa. Esta definição desses ídolos resulta da sua compreensão empirista da gnoseologia, ou seja, *da sua convicção de que o sujeito cognoscente só pode conhecer o seu objeto por meio da experiência, realizada por fatos metodicamente organizados, que determinam a criação de verdades*

---

dependesse e de quem tivesse recebido tudo o que possuía. Pois, se eu fosse sozinho e independente de qualquer outro, de maneira que tivesse recebido, de mim próprio, todo esse pouco mediante o qual participava do Ser perfeito, poderia receber de mim, pelo mesmo motivo, todo o restante que sabia faltar-me, e ser assim eu próprio infinito, eterno, imutável, onisciente, todopoderoso, e enfim ter todas as perfeições que podia perceber existirem em Deus. Pois, de acordo com os raciocínios que acabo de fazer, para conhecer a natureza de Deus, tanto quanto a minha o era capaz, era suficiente considerar, a respeito de todas as coisas de que encontrava em mim qualquer idéia, se era ou não perfeição possuí-las, e tinha certeza de que nenhuma das que eram marcadas por alguma imperfeição existia nele, mas que todas as outras existiam. Dessa forma, eu notava que a dúvida, a inconstância, a tristeza e coisas parecidas não podiam existir nele, porque eu mesmo apreciaria muito ser desprovido delas. Ademais, eu tinha idéias acerca de muitas coisas sensíveis e corporais; pois, apesar de presumir que estava sonhando e que tudo quanto via e imaginava era falso, não podia negar, não obstante, que as idéias a respeito não existissem verdadeiramente em meu pensamento; porém, por já haver reconhecido em mim com bastante clareza que a natureza inteligente é distinta da corporal, considerando que toda a composição testemunha dependência, e que a dependência é evidentemente uma falha, julguei a partir disso que não podia ser uma perfeição em Deus o ser composto dessas duas naturezas, e que, em consequência, Ele não o era, mas que, se existiam alguns corpos no mundo, ou então algumas inteligências, ou outras naturezas, que não fossem totalmente perfeitos, seu ser deveria depender do poder de Deus, de tal maneira que não pudessem subsistir sem Ele por um único instante".  
DESCARTES, 1991, p. 20-21.

particulares, das quais se podem induzir a generalidade de outras verdades.

As críticas dirigidas à pesquisa, por meio da definição de ídolos, da forma como concebida por Bacon, afigura-se como uma crítica ao racionalismo de Descartes, ou seja, uma crítica à formação do conhecimento com base na razão do homem, no “labor da mente”<sup>428</sup>.

De acordo com Bacon, os quatro ídolos que comprometem o trabalho de pesquisa são: a) *os ídolos da tribo*; b) *os ídolos da caverna*; c) *os ídolos do foro*; d) *os ídolos do teatro*. Passemos, pois, ao exame separado de cada um desses ídolos, bem assim da maneira pela qual estes atrapalham, de acordo com o posicionamento de Bacon, a realização correta de uma pesquisa.

Os *ídolos da tribo* são aqueles “fundados na própria natureza humana, na própria tribo ou espécie humana”. Correspondem, portanto, ao intelecto humano, constituído das percepções, dos sentidos e da mente do homem. De acordo com Bacon, os ídolos da tribo comprometem a qualidade da realização de uma pesquisa, porque “o intelecto humano é semelhante a um espelho que reflete desigualmente os raios das coisas, e, dessa forma, as distorce e corrompe”<sup>429</sup>.

Em outros termos, o intelecto humano, “ídolo da tribo”, atrapalharia a pesquisa e a produção do conhecimento pelo sujeito cognoscente, porque atuaria de modo a fazer com que este sujeito despreze as razões contrárias às suas opiniões, rejeitando os “eventos afirmativos” que não se compactuem com o intelecto, e prestando atenção, apenas, às afirmações ou fatos que comprovam as suas percepções, sentido e mentalidade já arraigada.

Demais disto, afirma Bacon que o intelecto expõe a perigo a realização da pesquisa, porque não aceita a existência de limites, de modo que “não se pode deter ou repousar, sempre procura ir adiante”<sup>430</sup>. Desta forma, o intelecto não interrompe a busca pelo conhecimento, e, buscando algo a mais, o que está “mais além, acaba por retroceder no que está mais próximo, ou seja, nas causas finais, que claramente derivam da natureza do homem e não do universo”<sup>431</sup>. Esta inexistência de limites ocasiona, segundo Bacon, a corrupção da filosofia.

---

<sup>428</sup> BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 2005, p. 2.

<sup>429</sup> Ibid., p. 13.

<sup>430</sup> Ibid., p. 16.

<sup>431</sup> Ibid., p. 17.

Assinalemos, ainda, que Bacon assevera que o sentimento, a vontade e os afetos (circunstâncias que influenciam o intelecto) culminam com a afetação da seriedade da pesquisa, visto que conduzem à impaciência na investigação.

Os *ídolos da caverna*, por seu turno, são os homens enquanto indivíduos. Seriam originados “na peculiar constituição da alma e do corpo de cada um; e, também, na educação, no hábito ou em eventos fortuitos”<sup>432</sup>.

Esta segunda espécie de ídolos, enunciada pelo autor, compromete a realização da pesquisa, porque faz com que o homem apegue-se às ciências por conta de sua afinidade com os autores ou descobridores desta. E, desta forma, estes homens, “quando se dedicam à filosofia e às especulações de caráter geral, distorce e corrompe-as em favor de suas anteriores fantasias”<sup>433</sup>.

Os *ídolos do foro*, de acordo com Bacon, são aqueles provenientes das interrelações dos indivíduos entre si. Decorrem do intercâmbio de ideias proporcionado pela convivência do homem com os seus semelhantes. Os “ídolos do foro”, na visão de Bacon, são os mais perturbadores da pesquisa. O comprometimento da pesquisa dá-se, nestes casos, por meio das palavras, que são impostas ao intelecto por meio destes ídolos. E esta imposição de palavras culmina com a reflexão da força destas sobre o intelecto, de modo a tornar a filosofia e as ciências sofisticadas e inativas.

Por fim, Bacon aponta como ídolo comprometedor da realização da pesquisa os *ídolos do teatro*, os quais consistem no convencimento do homem, e na agregação ao intelecto deste, de ideias advindas das correntes e doutrinas filosóficas. De acordo com o autor, “as filosofias adotadas ou inventadas são entre tantas fábulas, produzidas e representadas, que figuram mundos fictícios ou teatrais”<sup>434</sup>. Os ídolos do teatro contribuem para a crença infundada dos homens nestas correntes do pensamento, e aniquilam qualquer pesquisa tendente a abominar os erros das doutrinas filosóficas assimiladas. Assim, segundo Bacon, os ídolos do teatro, enraizados no intelecto, tornam difícil o acesso à verdade da pesquisa, comprometendo a produção do conhecimento pelo sujeito.

Como podemos observar, nesse breve resumo do pensamento de dois

---

<sup>432</sup> BACON, 2005, p. 18.

<sup>433</sup> Ibid., p. 19.

<sup>434</sup> Ibid., p. 14.

importantes filósofos ocidentais da modernidade, a preocupação central é a forma de obtenção do conhecimento científico pelo sujeito cognoscente, a partir do método adequado de apreensão intelectual do objeto de estudo.

A racionalidade moderna, portanto, a partir da filosofia da consciência do sujeito “terminou construindo em mito as condições de sua razão”<sup>435</sup>. Conforme enuncia Warat:

Kant foi um compulsivo da fundamentação racional, sendo o grande responsável pelos efeitos míticos dos fundamentos racionais. O grande relato mítico que ajudou a construir nos fez crer que a ciência, a moral, a política e o Direito obteriam legitimação a partir de um grande relato emancipatório. A razão única iluminaria a verdade, em um sistema harmônico. Era a verdade garantida pela autonomia, pela neutralidade e pela pureza. Eram verdades completas e imaculadas, Era um grande relato fundador que a tecnologia que organiza a emergência da Idade Digital desarticulou sem piedade, isto é, impondo a técnica legítima pela eficiência e não pelos relatos.<sup>436</sup>

Demais disto, a preocupação com a consciência do sujeito cognoscente, ilustrada no pensamento da modernidade, culminou no fenômeno que Habermas, baseado em Hurssel, vai denominar de reificação, ou seja, de transformação do outro em coisa, em um objeto a ser estudado, e esquecimento dos produtos humanos enquanto tais: “reificação implica”, portanto, “que o homem é capaz de esquecer a própria autoria do mundo humano e, além disso, que a dialética entre os produtores humanos e seus produtos perdeu-se para a consciência”<sup>437</sup>. O costume de reificar o outro vai transformar o mundo em um “mundo desumanizado”.

Apel, apesar da discordância que nutre em relação a alguns pontos da filosofia de Habermas – em especial, na ligação deste com Hurssel – vai opor-se à separação entre sujeito e objeto que, nos seus dizeres, não vê como

necessário, em princípio, prestar contas ao fato circunstancial de que nas ciências sociais como nas ciências humanas, o próprio objeto da cognição seja, em princípio, um sujeito virtual da ciência; ou, mais exatamente: um co-sujeito do cientista, que interessa a esse último não apenas como tema da observação, da descrição e da ‘elucidação’ comportamental, mas também, e até primeiramente, como parceiro na comunicação e portanto também como tema da compreensão de intenções de sentido.<sup>438</sup>

O crescente movimento de valorização do pluralismo das sociedades atuais e de “respeito” pela própria natureza humana, contingente e ambivalente por si

---

<sup>435</sup> WARAT, 2001, p. 185.

<sup>436</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>437</sup> HABERMAS, 2000, p. 113.

<sup>438</sup> APEL, Karl-Otto. **Transformação da filosofia**: o a priori da comunidade de comunicação. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. v. 2, p. 305.

própria, vão impor uma mudança desse pensamento filosófico que norteou os legisladores da modernidade sólida. Nesse ponto, observamos o já referido “giro linguístico”, que culmina com a modificação do próprio paradigma filosófico: *da filosofia transcendental da consciência para a filosofia da linguagem*.

A guinada epistemológica de redefinição da postura do sujeito cognoscente pode ser sintetizada, aprioristicamente, como a mudança “da ocupação do filósofo com a própria consciência para a ocupação com a linguagem”<sup>439</sup>, numa perspectiva tendente a afastar não só o foco sobre as “capacidades psíquicas” do sujeito das ciências sociais, mas, sobretudo, por “eliminar o problema da consciência enquanto sujeito da cognição científica (por oposição aos objetos)”<sup>440</sup>.

Nessa particular necessidade de abandonar o paradigma da filosofia da consciência, em busca do paradigma da linguagem, estão de acordo tanto Habermas quanto Apel, a despeito das controvérsias que as teorias de ambos vão ter em si.

A filosofia da linguagem, em oposição à filosofia da consciência, implica na “modificação do procedimento filosófico em relação à verdade, que, de monológico, passa a ter uma dialógica discursiva”<sup>441</sup>. A mudança deu-se a partir da percepção, por parte da própria lógica das ciências sociais, que não se pode insistir na filosofia do sujeito sozinho em sua consciência, o qual, a partir de um movimento metódico solitário, de racionalização ou observação, desenvolve o conhecimento, abstraindo da *comunicação* com o mundo exterior<sup>442</sup>. Em verdade, hoje é possível demonstrar ao cientista social que o suposto discurso individualista da obtenção do conhecimento já está afastado a partir do momento em que ele, na condição de membro de uma comunidade científica, simplesmente “acata argumentos aos quais confere validação”<sup>443</sup>, porque, ao alcançar esse ponto, o pensador já está pressupondo “um jogo de linguagem público”<sup>444</sup>, de modo a construir suas conclusões com base na linguagem com o mundo.

Assim, o atual momento filosófico é de incluir a linguagem não mais como

---

<sup>439</sup> APEL, 2000, p. 358.

<sup>440</sup> Ibid., p. 178-179.

<sup>441</sup> LUDWIG, 2006, p. 44.

<sup>442</sup> “[...] um indivíduo não pode pensar em ‘algo como dito’ a partir das conquistas de sua própria consciência”. APEL, op. cit., p. 357.

<sup>443</sup> Ibid., p. 358.

<sup>444</sup> Ibid., loc. cit.

objeto do conhecimento, mas como *próprio meio de alcançar esse conhecimento*, ou seja, da “condição de possibilidade linguística da cognição”<sup>445</sup>. Em outros termos, a linguagem passa a ser vista como meio para a possibilidade de aquisição e validação do conhecimento<sup>446</sup>.

Nesses termos, o atual filósofo passa a conhecer a partir das trocas linguísticas entre ele, enquanto sujeito cognoscente, e os demais sujeitos sociais, não mais vislumbrados como objetos. O conhecimento deixa de ser uma atividade solitária para ser uma atividade compartilhada por meio da linguagem, no sentido de que só é possível conhecer estando inserido numa comunidade linguística<sup>447</sup>.

Sob este ponto particular, estão de acordo tanto Apel quanto Habermas em suas premissas de modificação filosófica, para a adoção da razão comunicativa em substituição à filosofia da consciência. A diferenciação entre ambos consiste, nas palavras do próprio Apel, em “diferenças de estratégias de conceituação e, respectivamente, de argumentação”<sup>448</sup>. Não nos compete tratar desse tema, porque extrapolaria a análise que é necessária para o desenvolvimento desta dissertação.

Nada obstante, como já sinalizamos outrora, o giro linguístico não se caracteriza somente pela possibilidade de conhecimento a partir da linguagem. Na premissa de transformação filosófica, insere-se a *preocupação da linguagem enquanto meio de validação e certificação do conhecimento adquirido*.

Se se coloca, contudo, a linguagem como meio de aquisição do conhecimento,

---

<sup>445</sup> APEL, 2000, p. 354.

<sup>446</sup> Cf. LUDWIG, 2006, p. 43. O autor continua esclarecendo afirmando: “Nos limites dessa demarcação, é importante frisar que esse *giro* da filosofia não significa a inclusão da linguagem na condição de mais um tema relevante para a reflexão filosófica. Trata-se de um *giro* da própria filosofia, uma *virada* no modo de se entender a filosofia. Nesse novo paradigma, a linguagem passa da condição de *objeto* da reflexão para a *condição de fundamento* de todo pensar. Filosofar significa filosofar a partir da linguagem, e esta na *condição* de *médium* irrecusável e inultrapassável do *sentido* e *validade* de todo saber”. Ibid., p. 44.

<sup>447</sup> De certa forma, essa mudança paradigmática já havia sido antecipada anos antes, com Heidegger, a partir do conceito de *dasein* – ser-aí no mundo - e do fim da filosofia, que deve ser concebido como substância e, ao mesmo modo, como sujeito. Não é nosso objetivo, contudo, uma digressão tão profunda acerca dos fundamentos históricos que propiciaram o aparecimento da filosofia da linguagem, porque esta é vista, nesse trabalho, como um ponto para a compreensão e a justificação da nova racionalidade criminal moderna, pautada a partir do diálogo e do consenso. Para verticalização do tema da influência Heideggeriana no paradigma da linguagem, cf. HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: \_\_\_\_\_. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983; ROSA, 2004, p. 185, 193.

<sup>448</sup> APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da “teoria crítica”: recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004, p. 24. Apel continua afirmando: “Nesse sentido, somos ambos herdeiros do *hermeneutic-linguistic-pragmatic-turn* da filosofia contemporânea e concordamos com pensadores como Wittgenstein, Heidegger, Gadamer, Searle e, ainda Richard Rorty”. Ibid., loc. cit.

em substituição ao método solitário da filosofia transcendental, ou seja, da linguagem enquanto “pressuposto ultimo da filosofia”<sup>449</sup>, é imprescindível, então, que nos questionemos, de maneira apriorística, *o que poderia ser entendido como linguagem*, apta a produzir o conhecimento.

Apel, debruçando-se sobre essa questão, vai fornecer o conceito de linguagem *trancendental hermenêutico*, que define a linguagem enquanto pressuposto do conhecimento como “um consenso intersubjetivo de todos os virtuais participantes do jogo de linguagem quanto à regra ideal do uso da palavra”<sup>450</sup>. Em outros termos, a linguagem seria identificada como um acordo prévio e mútuo de sentido dos signos linguísticos, pactuado pelos comunicantes de diferentes sociedades linguísticas<sup>451</sup> no plano pragmático, de aplicação da linguagem. Esse prévio acordo obtido entre os sujeitos comunicantes consubstanciaria a linguagem em sentido de pressuposto do conhecimento na nova filosofia<sup>452</sup>.

Para finalizar esse tópico, devemos tratar da segunda consequência da filosofia da linguagem na mudança paradigmática em relação à filosofia da consciência, em Apel, que diz respeito à utilização da linguagem não só como método de possibilidade de apreensão do conhecimento, mas, também, como método de *validação da verdade desse conhecimento obtido*. A discussão sobre os meios de validação da verdade, a partir do paradigma da linguagem, é fundamental para afastar o relativismo e estabelecer uma fundamentação última para a filosofia. Seguindo os ensinamentos de Tércio Sampaio de Ferraz Jr.:

Quem argumenta sempre pressupõe que pode chegar, no discurso, a resultados verdadeiros, ou seja, que a verdade existe. Mas quem argumenta também pressupõe que o seu parceiro comunicativo é capaz de alcançar, em princípio, o conhecimento da verdade. E esta situação é incontornável. Trata-se do *a priori da argumentação*: quem quer que se disponha a filosofar não pode abrir mão desta pretensão à verdade, pois fazê-lo significaria abrir mão de sua própria competência para argumentar. Mesmo alguém que, em nome de uma dúvida existencial, pretenda quebrar

<sup>449</sup> APEL, 2000, p. 396.

<sup>450</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>451</sup> Cf. Ibid., p. 399.

<sup>452</sup> “A meu ver, o que importa em uma reconstrução consequente da filosofia transcendental à luz do conceito transcendental hermenêutico de linguagem é a substituição do ‘ponto mais alto’ da epistemologia kantiana, isto é, da ‘síntese transcendental da apercepção’ enquanto unidade de consciência objetual, pela síntese transcendental da interpretação mediatizada pela linguagem – constituinte na validação pública da cognição – enquanto unidade do acordo mútuo quanto a alguma coisa em uma comunidade de comunicação. Com isso, em lugar da consciência em geral, suposta metafisicamente por Kant, e que garante desde o início a validação intersubjetiva da cognição, surge o princípio regulador da formação da crítica de consensos em uma comunidade ideal de comunicação, que só pode ser construída na comunidade comunicacional real”. Ibid., p. 402.

esse pressuposto, acaba por confirmá-lo, já que ainda estará argumentando.<sup>453</sup>

Nesse sentido, *a filosofia da linguagem, em Apel, vai objetivar uma validação última da verdade*<sup>454</sup>, abstraindo de premissas metafísicas, para alcançar premissas pragmáticas transcendentais. Assim é que podemos afirmar que, na razão comunicativa apeliana, em primeiro lugar, a obtenção da verdade abandona premissas dedutivas, ou seja, a verdade, agora, não decorre mais da dedução de alguma coisa em outra coisa, promovendo ao retorno ao infinito. No escólio de Alexandre Morais da Rosa, a partir da filosofia da linguagem, “o conceito de verdade como adequação perde sentido, uma vez que a *verdade* será o *ente* em seu *ser-descoberto* pelo *ser-aí*, já inserido *no-mundo* e não de um conhecimento do *sujeito universal, a-histórico, eterno*, em relação ao objeto”<sup>455</sup>.

Em Apel, a validação da verdade vai ocorrer por meio da obediência às regras elementares do discurso da linguagem. A primeira dessas regras, já sinalizada acima, diz respeito ao acordo mútuo entre os signos linguísticos, para a formação do próprio conhecimento<sup>456</sup>.

Em segundo lugar, a validação da verdade vai ocorrer pela obediência de duas condições normativas elementares da linguagem: a igualdade entre os participantes, em sentido material (e não só formal) consubstanciada na impossibilidade de exclusão de comunicantes; na realização de um discurso livre, sem coações reais ou ocultas, a partir do qual todos possam se expressar por meio da

<sup>453</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Prefácio. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004, p. 13.

<sup>454</sup> De acordo com Habermas, a fundamentação última da verdade é impossível. De acordo com o autor, “Não precisamos manter o pleito de fundamentação última da ética, nem mesmo em consideração à sua relevância presumível para o mundo da vida. As situações *morais* do dia-a-dia não carecem da iluminação dos filósofos. [...] A ética filosófica tem, quando muito, uma função esclarecedora diante das confusões que ela mesma ocasionou na consciência das pessoas cultas – portanto, apenas conforme o ceticismo de valores e o positivismo jurídico se estabeleceram como ideologias profissionais e ingressaram, por meio do sistema de ensino, na consciência cotidiana”. HABERMAS apud APEL, 2004, p. 35.

<sup>455</sup> ROSA, 2004, p. 192.

<sup>456</sup> “Mas como se podem harmonizar essas decisões da consciência moral dos indivíduos segundo regras normativas, de tal modo que elas possam assumir a responsabilidade pela Práxis social? Aqui se pensará sobre a formação pública da vontade por meio de um ‘convênio’ (Übereinkunft), pelas quais se institui, no campo da democracia liberal, e em conformidade com a idéia, a fundação do direito positivo e da política. Ao que parece, as decisões subjetivas da consciência moral – e mediatizadas por elas também as carências subjetivas dos indivíduos adequadas a cada situação – são unificadas por meio de convenções no sentido de uma decisão volitiva assumida responsabilmente por todos – seja por meio de negociações conciliatórias, seja por meio de votações; e as resoluções a que se chega criam, elas mesmas, os fundamentos de todas as normas intersubjetivamente obrigatórias – à medida que possam almejar validação no âmbito da vida pública”. APEL, 2000, p. 423.

linguagem<sup>457</sup>. Podemos inferir, já dessas condições normativas relativas à igualdade de participação e liberdade de fala, que a validação do conhecimento vai efetuar-se por meio do método argumentativo da linguagem, com o fito de obter o consenso de uma comunidade real de pessoas.

Terminamos, nesse ponto, a nossa digressão filosófica acerca da mudança paradigmática da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, cientes de que esse tema foi abordado de maneira tangencial, apenas nos pontos que mais interessam ao desenvolvimento deste trabalho de dissertação. Sem dúvidas, a apresentação da filosofia da linguagem não se exauriu neste ponto, de maneira que o tema comporta muitas discussões as quais, contudo, extrapolam a necessidade atual do trabalho.

### 5.1.2 O Intérprete e a Linguagem

O abandono, por parte do intelectual, da preocupação com a sua consciência (vista a partir de um monólogo metodológico de descoberta do método adequado de percepção da verdade), para a inclusão da linguagem intersubjetiva com o mundo, vai contribuir para a ascensão da categoria do intelectual intérprete. O giro linguístico, promovido pela filosofia da linguagem, vai ser fundamental para a percepção de que o conhecimento não pode ser formado, construído, unicamente, a partir de uma relação independente entre o sujeito cognoscente e o objeto cognoscível, este último representado pelas entidades do mundo. A ideia de que a razão não é um “mundo acessível a poucos”, mas um processo construído da relação sujeito/sujeito da linguagem social do mundo plural, contribui, sem dúvidas, para o descrédito do pedestal autoritário da intelectualidade e, conseqüentemente, para ascensão de uma categoria distinta de intelectuais, os intérpretes.

A atual compreensão do sujeito que se põe ao conhecimento (intelectual) dos demais cidadãos que o cercam enquanto sujeitos, e, *mais do que isso, como sujeitos que contribuem para a sua atividade intelectual a partir da linguagem, vista sob a perspectiva hermenêutica do consenso* introduz o senso de respeito ao

---

<sup>457</sup> “Propõe, nosso filósofo, a substituição do eu penso pelo eu argumento; a passagem do eu para a comunidade; o abandono do pensar o pensado para pensar o consensualizado”. LUDWIG, 2006, p. 48.

próximo e de respeito às diferenças existenciais do próximo. A partir do paradigma filosófico da linguagem, com a percepção de que o outro não é mais o objeto sobre o qual se debruça um sujeito com qualidades especiais, pensamos estar afastada a reificação do próximo, nos termos sinalizados anteriormente.

Essa guinada linguística, contudo, não nos parece ser suficiente para a compreensão do novo intelectual no cenário social da modernidade líquida. Além da incorporação do processo de conhecimento a partir da linguagem, não mais como atividade solitária da razão individual, o intelectual pôde perceber que as pessoas – vivas e plurais desse mundo líquido – não eram mais o objeto sobre o qual a ciência iria debruçar-se, mas agentes que devem fazer parte do processo intelectual, a partir de uma relação horizontal com o sujeito cognoscente. Em outros termos, as entidades do mundo já não podem mais ser vistas como simples objeto de estudo, porque, nas ciências sociais, o produto do trabalho científico é construído a partir de relações com pessoas, sujeitos, o que corrobora com o nascimento de uma atividade intelectual sujeito/sujeito.

O giro linguístico da filosofia da linguagem, como assinalamos, além de apresentar a linguagem como a forma de aquisição do conhecimento, traz a necessidade de fundamentação última e universal da verdade, a partir de contornos pragmáticos. Esta questão necessita ser discutida quando se fala em ascensão da categoria do intérprete.

Com efeito, consoante assinala Apel, o giro linguístico vai promover uma “fundamentação última estritamente reflexiva”<sup>458</sup> da verdade, abandonando premissas metafísicas e premissas de fundamentação tradicional dedutiva (ou indutiva e abdutiva, ou seja, de fundamentação de “alguma coisa a partir de algo diferente”<sup>459</sup>). Em outros termos, de acordo com a perspectiva filosófica vislumbrada em Apel, será possível abandonar as premissas metafísicas e da filosofia tradicional, do modo de validar o conhecimento, para obtermos novas formas de certificação, pautadas no caráter pragmático de “regressão reflexiva àquilo que, na situação da argumentação filosófica, é irrecorrível e, portanto, não carece de fundamentação”.

Bauman vai apresentar sua discordância com relação às possibilidades de validação da verdade e de fundamentação última do conhecimento da ética do

---

<sup>458</sup> APEL, 2004, p. 76.

<sup>459</sup> Ibid., loc. cit.

discurso, sinalizando que essa perspectiva da filosofia da linguagem, como a apresentada por Apel, não deixa de apresentar um aspecto legislativo. Isto porque, de acordo com essa perspectiva, a postura prescritiva, de estabelecer uma verdade válida e aceita, típica dos legisladores da modernidade, não é abandonada, ainda que justificada a partir da linguagem. De acordo com Bauman:

O bom intérprete é aquele que lê o significado de forma adequada – e não há necessidade (ou assim se pode esperar) de alguém para atestar as regras que orientam a leitura do significado e, desse modo, tornar a interpretação válida ou competente; alguém que peneire as boas interpretações, separando-as das ruins. A estratégia de interpretação, porém, difere de todas as estratégias de legislação de um modo fundamental: *ela abandona abertamente, ou deixa de lado como irrelevante para a tarefa em questão, a hipótese da universalidade da verdade, do juízo e do gosto*; ela se recusa a estabelecer diferença entre comunidades que produzam significados; aceita os direitos de propriedade dessas comunidades, e estes como o único fundamento de que os significados comunalmente baseados possam necessitar. O que resta para os intelectuais é interpretar tais significados em benefício daqueles que não são da comunidade que está por trás do significados: mediar a comunicação entre “províncias finitas” ou comunidades de significado.<sup>460</sup>

Em outros termos, consoante se extrai da linha de pensamento Baumaniana, a preocupação que norteia Apel acerca da fundamentação última da verdade, na esteira da filosofia da linguagem, permanece com o seu tom legislativo, ou seja, o filósofo permanece com um dom especial de professar a verdade, ainda que esta seja obtida de forma pragmática, por meio de uma troca linguística consensual entre os sujeitos da comunicação, a partir de um discurso livre e igual. Na verdade, a postura de universalização da verdade é vista, a partir da nossa compreensão acerca das ideias de Bauman, como um resquício da postura daqueles que “estão particularmente muito próximos nos valores fundamentais que sustentam e determinam a qualidade da sociedade como um todo”, ou seja “dos guardiães da verdade e da objetividade, condição que eleva seus olhares acima do plano dos interesses restritos de grupo e dos preconceitos partidários”<sup>461</sup>.

Segundo nos parece, Bauman tem razão em assinalar que a ideia de verdade última faz com que a classe de intelectuais não consiga desapegar-se de premissas legislativas. Em verdade, quando se fala na possibilidade de obter uma fundamentação universalmente válida, a partir da filosofia da linguagem, não se abandona a certeza legislativa típica dos intelectuais da modernidade sólida.

---

<sup>460</sup> BAUMAN, 2010, p. 267.

<sup>461</sup> Id., 2011b, p. 300.

Nesse ponto, pensamos que a solução entre essa controvérsia deve ser obtida a partir de uma cedência recíproca entre os dois pensamentos extremos. Assim, a postura do intérprete deve ser vislumbrada como aquela responsável por extrair as razões argumentativas, a partir da comunidade linguística, mas se respeitando certos *standarts* ou regras básicas – tais como as fixadas por Apel, a exemplo das regras elementares da linguagem, vistas no subtópico anterior – para que seja garantida uma segurança minimamente firme de que o produto da troca linguística pode ser validado.

Nada obstante, essa validação da verdade – vista por Bauman como resquício legislativo – não é, de forma alguma, universal, nos termos da modernidade sólida, de projeto imutável e verdade universalmente e objetivamente válida, que não pode ser abandonado e que deve permanecer em vigor, abstraindo-se as condições de tempo e lugar. Estamos no contexto da modernidade líquida: a segurança é aquela possível para a nossa atual necessidade, para a atual conjuntura de troca linguística da comunidade, sem prejuízo de futura substituição no decorrer da história, caso as condições extraídas da comunidade real de comunicação sejam modificadas.

Em outros termos, no contexto da modernidade líquida em que vivemos, o argumento, obtido a partir do paradigma da linguagem, traz uma “certeza provisória”, necessária para conformar e validar a verdade alcançada naquele momento. No contexto líquido, o argumento não pode mais legislar eternamente, porque o mundo é incorrigivelmente plural e as verdades não são.

## 5.2 A LINGUAGEM E A MODIFICAÇÃO DA RACIONALIDADE DO SISTEMA CRIMINAL: DA OBRIGAÇÃO PARA A FACULDADE DE PUNIR

Após realizarmos a necessária digressão da modernidade líquida, ascensão do intérprete e formação do modelo filosófico pautado na linguagem e no consenso, é chegado o momento de relacionarmos o que fora sinalizado no tópico antecedente com a modificação da racionalidade do sistema criminal.

Para melhor tratamento da matéria, resolvemos cindir os temas nos termos dos subtópicos apresentados a seguir.

### 5.2.1 O Caráter Legislador do Paradigma de Punir: Os Réus e as Vítimas como Objeto de Estudo do Jurista<sup>462</sup>

De acordo com o esboço teórico que fizemos nas linhas anteriores, a filosofia da consciência foi a forma de pensar característica da modernidade sólida, no bojo da qual uma pequena classe de seres especiais colocava-se diante das entidades do mundo, a partir de uma postura de superioridade para as analisar sob o prisma objetivo, da reificação. As discussões filosóficas resumiam-se à metodologia adequada, a partir da investigação individual do sujeito cognoscente, para atingir um conhecimento verdadeiro. Não havia a preocupação do sujeito cognoscente como participante das interrelações com aquelas “entidades do mundo”, os outros sujeitos, de modo que a intersubjetividade intrínseca ao ser social que se debruça sobre as ciências sociais foi, muitas vezes, esquecida.

Esse paradigma filosófico repercutiu e repercute, muito, no modelo punitivo que predomina, ainda hoje, na solução dos conflitos penais. Consoante já salientamos, o paradigma de punir resulta na chamada “expropriação dos conflitos pelo estado” a partir da criação de sujeitos especiais, encarregados em impor aos indivíduos uma solução para o acontecimento delitivo.<sup>463</sup>

No paradigma de punir, há *um conjunto de justificativas que conduzem à obrigação da aplicação de uma pena sempre que houver a confirmação de um preceito primário incriminador, propugnando a unicidade entre a norma primária e a norma secundária do tipo criminal, conectadas entre si como um todo indissolúvel*. Sem quaisquer dúvidas, esse todo indissolúvel, antes demonstrado, conduz à incansável preocupação com a pena, e com a necessidade de justificá-la, uma vez que é a pena a resposta primordial ao acontecimento delitivo<sup>464</sup>.

---

<sup>462</sup> “Nos conhecemos a história: Moisés desceu da montanha. Carregava nos braços as regras, gravadas no granito, ditadas por alguém do além do alto das montanhas. Moisés era apenas um mensageiro, as pessoas – numerosa população – eram os receptores controlados pelo alto. Mais tarde Jesus e Maomé agiram de acordo com os mesmos princípios”. (Nils Christie)

<sup>463</sup> Cf. FOUCAULT, 2002.

<sup>464</sup> “O foco na pena traz outro efeito pouco estudado: a desvalorização do preceito, ou a supervalorização da sanção em detrimento do preceito, o que resulta numa evidente falha de comunicação: ‘matar alguém’ ou ‘subtrair coisa alheia móvel’ são considerados problemas apenas

Essa solução não é pensada junto com os sujeitos envolvidos, a partir de seus interesses e suas opiniões, mas, ao revés, é imposta a esses, muitas vezes sem questionar as reais necessidades daquela vítima concreta e da comunidade. A situação é bem elucidada nas palavras de Howard Zehr:

O rapaz traumatizado que cometeu o delito transformou-se num criminoso e foi, portanto, tratado como uma abstração, através de estereótipos. A moça ferida tornou-se uma vítima, mas suas necessidades provavelmente receberam pouca ou nenhuma atenção. Os eventos se tornaram um crime, e o crime foi descrito e tratado em termos simbólicos e jurídicos estranhos às pessoas envolvidas. Todo o processo foi mistificado e mitificado, tornando-se assim uma ferramenta útil a serviço da mídia e do processo político.<sup>465</sup>

Assim, na racionalidade do paradigma de punir, podemos observar a presença marcante de sujeitos estatais responsáveis pela persecução e decisão do conflito criminal, em uma postura de superioridade frente aos jurisdicionados, no sentido de que aqueles sujeitos decidem a “melhor” resolução para o conflito de uma perspectiva abstrata, pautada na aplicação da lei e distanciada da vivência concreta dos envolvidos no fenômeno delitivo, e, sobretudo, distanciada desse processo de diálogo entre os reais protagonistas do crime<sup>466</sup>.

A responsabilização pelo crime é pensada sempre em termos de sanção, identificada com pena, decorrente do descumprimento de um preceito primário incriminador, cuja titularidade de aplicação cabe ao Estado enquanto sujeito lesado, ainda que mediatamente. Essa sanção é sempre coercitiva, imposta por meio da força, e, acima de tudo, prevalece, acerca dela, o entendimento de que não há coincidência de dever endonormativo entre a violação e a sanção, já que esta é diferente do preceito violado<sup>467</sup>.

No paradigma de punir, o diálogo ocorre entre o Juiz, o Promotor/Procurador e o advogado do réu, sempre vinculado a questões técnicas e no curso de argumentações que, ao final, vão interferir no conhecimento do Juiz. Nesse

---

*pele fato de serem condutas às quais se comina uma pena e não pelo fato de a vida e o patrimônio serem valores dignos de respeito e proteção*”. SICA, 2007, p. 42.

<sup>465</sup> ZEHR, 2008, p. 57.

<sup>466</sup> “Moisés e seus funcionários poderiam ter colocado nomes nisto: violência, roubo, comportamento indecente, assassinato. Ele poderia aplicar o termo geral ‘crime’. Eles poderiam distribuir papéis como ‘vítimas’, ‘agressores’ e ‘testemunhas’. E eles veriam qual pena seria aplicada àqueles designados como agressores”. CHRISTIE, Nils. *Civilidade e estado*. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997, p. 245.

<sup>467</sup> Cf. MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 193.

processo, “a vítima e o ofensor tornam-se expectadores que não participam de seu próprio processo”<sup>468</sup>, ou seja, que não participam diretamente da decisão de suas próprias vidas<sup>469</sup>.

No paradigma de punir, “não parece haver qualquer intenção ‘visível’ de se ‘conversar’ com o público leigo, agora tratado apenas como uma coleção de objetos ‘sobre os quais atuar’”<sup>470</sup>. Vítima e réu são, portanto, tratados como meros objetos do desenrolar do processo crime. Há uma intrincada linguagem técnica que não permite o diálogo com os protagonistas do crime, tampouco propicia o entendimento destes sobre o tecnicismo que envolveu o desenrolar da decisão. Temos, em verdade, um paradigma de punir que promove uma verdadeira comunicação no estilo “torre de babel”! Na nossa prática judiciária, na qualidade de advogada de réus e vítimas, por diversas vezes presenciamos a angústia destes quando deparados com o ambiente formal dos fóruns e delegacias, sem entender a linguagem falada pelos “doutos da lei”.

Demais disto, no desenrolar processual, a visão dos profissionais do direito – Advogados, Juízes e Promotores – é bem ilustrada na metáfora do legislador, porque estes atuam como portadores de um conhecimento especial instrumental, com o objetivo primordial de falarem e decidirem a vida do réu no processo crime, num procedimento copiado, conforme sintetizado por Hulsman, “da doutrina julgamento final’ e do ‘purgatório’ desenvolvida em algumas variedades da teologia cristã ocidental”<sup>471</sup>.

Os personagens do direito atuam, portanto, na qualidade de substitutos do “outro”, excluindo esse outro do processo decisório de resolução do crime. Nesse particular, não podemos deixar de concordar com Hulsman, quando este assenta:

Argumentaríamos que as atividades de profissões e as burocracias somente podem ser uteis a clientes quando são guiadas por uma participação ativa de todas as pessoas em cujo nome estão trabalhando. No referencial da justiça criminal, não há – em princípio – nenhum espaço para tal participação e orientação. Quando a polícia está trabalhando dentro de um referencial de justiça criminal, tende a não ser mais dirigida pelos desejos e reclamações das pessoas que apresentaram a queixa, mas pelas exigências do procedimento legal que estão preparando. O queixoso – a pessoa que pediu providências para a polícia torna-se, ao invés de um guia

---

<sup>468</sup> ZEHR, 2008, p. 76.

<sup>469</sup> Já cuidamos dessa questão alhures, mas não nos custa referir novamente que a vítima é a principal excluída de todo o processo, em um sistema que não foi criado para ela;

<sup>470</sup> BAUMAN, 2011b, p. 314.

<sup>471</sup> HULSMAN, 1997, p. 199.

para as suas atividades, uma ‘testemunha’. Uma testemunha é, principalmente, uma ‘ferramenta’ para levar procedimentos legais a um fim com sucesso. De forma comparável, o modelo de procedimentos no tribunal impede – ou de qualquer jeito torna extremamente difícil – que a vítima expresse livremente sua visão da situação ou entre numa interação com a pessoa que está fazendo o papel de suposto agressor no tribunal.<sup>472</sup>

Dentro do contexto do paradigma de punir, é verdade, muitos juristas de formação vanguardista já começam a defender a interpretação e aplicação do direito e da decisão processual penal a partir da filosofia da linguagem, abandonando a postura isolada do sujeito cognoscente distanciado do mundo.

Alexandre Morais da Rosa, apenas para citar um exemplo, vai assinalar que a decisão no processo penal deve ser vista como *bricolage* de significantes, ou seja, a atividade do juiz deve se assemelhar ao trabalho do *bricoler*, que “executa um trabalho sem que exista um plano rígido previamente definido, mas que se deixa levar pelos utensílios que possui à mão, construindo, remontando, colando, integrando, com o material disponível”<sup>473</sup>. Assim, afirma, o juiz deve trabalhar sem descartar todos os significantes do que ocorre no processo, com depoimento de partes, testemunhas e demais meios probatórios produzidos<sup>474</sup>. Em outros termos, o que vai assinalar Alexandre Morais da Rosa é que os Magistrados (um-juiz) ao proferirem a decisão, vão obter a verdade processual possível, não a partir de regras metódicas ideais, mas por um processo “vertido na e para linguagem”<sup>475</sup>. Nesse sentido, o autor faz um contraponto

Os “juristas de ofício” trabalham com conceitos pré-dados pelo “senso comum teórico”, enquanto o *jurista-bricoler* maneja *significantes*. Não que faça muita diferença na base, dado que na verdade ambos somente possuem *significantes*. Mas o “jurista de ofício” está preso aos conceitos fornecidos – *prêt-à-porter* – pelo *senso comum teórico* e suas indústrias (doutrina e jurisprudência), ao passo que o “jurista-bricoler” aceita deslizar/ousar *com e nos significantes*, num processo ético (**Dussel**) de atribuição de sentido realizado com os “outros”, partes no processo, e o *Outro*.<sup>476</sup>

A construção da decisão a partir da linguagem fica clara no pensamento do autor em questão, uma vez que este concebe o juiz não mais como o sujeito sozinho em sua consciência jurídica que é responsável por descobrir a verdade, mas como o

<sup>472</sup> HULSMAN, 1997, p. 200.

<sup>473</sup> ROSA, 2004, p. 367.

<sup>474</sup> “De sorte que, no *ato decisório*, é o *um-magistrado* que(m) monta, a partir das pretensões de validade enunciadas pelas partes (Cap. 7o), o que se chama de ‘verdade processual’, lançando mão das provas, dos *significantes* produzidos validamente, manejando a técnica de ‘bricolage jurídica’, ou seja, construindo com o que tem à mão, sem o pretendido controle racional total”. *Ibid.*, p. 369.

<sup>475</sup> *Ibid.*, p. 372.

<sup>476</sup> ROSA, 2004, p. 369.

sujeito responsável por extrair a verdade a partir dos *significantes* trazidos ao processo pelas partes.<sup>477</sup>

Não temos dúvida de que essa forma de conceber a decisão no processo penal é positiva, preocupando-se com a valorização do diálogo entre partes para a construção do resultado final e afastando a postura do juiz inquisidor tão frequentemente arraigada na práxis judiciária brasileira. Nos casos de manutenção do paradigma de punir, pensamos não haver melhor forma de assegurar o contraditório, a produção probatória e a ampla defesa para a formação da sentença penal – condenatória ou absolutória.

Nada obstante, essa concepção do processo de decisão a partir da analogia com o *bricoleur*, ou seja, a partir da percepção de que o magistrado deve construir a verdade analisando o trabalho trazido aos autos pelas partes, conquanto traga benefícios para a resolução dos casos que permanecem no cenário do paradigma de punir, não deve continuar sendo a única opção. Isso por duas grandes razões: em primeiro lugar, a linguagem técnica de princípios e regras jurídicas permanece inacessível para o réu - que se posiciona por meio de seu advogado e, em segundo lugar – e também para a vítima – que, por vezes, não participa da formação desse convencimento, mormente porque, na maioria dos casos, não dispõe de meios para custear um assistente de acusação, ficando de fora do desenrolar do processo crime.

As verdadeiras partes do conflito, portanto, permanecem alijadas e afastadas da decisão, sendo noticiadas da “justiça” final do processo pelos outros, os técnicos do saber jurídico. Além disso, a resposta alcançada no caso final continua a ser punitiva, ou seja, uma resposta que não tem o condão de aparar as arestas materiais e emocionais causadas pelo delito.

---

<sup>477</sup> Não é mais o descobridor de verdades, mas o inventor de associações de significantes. O discurso jurídico está inserido na linguagem sem os totalitarismos anteriores e a linguagem, pela mão do ator jurídico, rediz, refaz ou se cala; desliza em uma cadeia escolhida com responsabilidade ética por ele. Cf. *Ibid.*

### 5.2.2 A Justiça Restaurativa e a Protagonização entre Vítima e Autor: O Giro Linguístico do Direito Criminal<sup>478 479</sup>

A mudança de paradigma da Justiça Restaurativa, decorre, como vimos, de uma nova forma de enxergar e efetivar o funcionamento da justiça criminal. *Em outros termos, a Justiça Restaurativa transforma a racionalidade que obriga à punição, na racionalidade que faculta a punição àqueles estritos casos nos quais não seja possível outra alternativa de responsabilização do infrator.* A Justiça Restaurativa visa, portanto, a desconstruir o mito de Beccaria, segundo o qual é necessária, em todo caso, a existência de pena, certa, proporcional, aflitiva.

A modificação da unidade entre as normas de comportamento e de sanção, típica da racionalidade criminal moderna, é o objeto precípua da modificação restaurativa, que visa a afastar parcialmente, em casos especificados, consoante já afirmamos, o modelo tradicional de gestão do crime, no qual a principal responsabilização do infrator ao preceito primário ocorre por meio de um *diálogo conciliatório* no qual ele, a vítima e a comunidade participam, e podem opinar sobre a melhor solução para reparar a lesão ocasionada com o crime.

Sem quaisquer dúvidas, o que Justiça Restaurativa propõe, mais do que qualquer outro conjunto teórico, é um limite ao irrefreável desejo de punir do Estado. Ao invés de punição, responsabilização, no lugar de aflição de dor, restauração da paz jurídica e das consequências advindas com o crime, no lugar de conflito, diálogo.

O afastamento da obrigatoriedade de punição culmina *com a ruptura antes propugnada entre as normas de comportamento e de sanção, para a aceitação da possibilidade de existência de crime sem pena, mas com uma responsabilização que atenda aos interesses dos reais afetados com o delito.* Verificamos, de fato, uma modificação do arcabouço doutrinário do direito criminal para a construção de uma nova racionalidade, na qual o direito criminal passe a se preocupar mais em ser direito do que em ser penal.

---

<sup>478</sup> “Falar com as pessoas em vez de brigar com elas; entendê-las em vez de repudiá-las ou aniquilá-las como mutantes; incrementar sua própria tradição bebendo com liberdade na experiência de outros grupos, em vez de excluí-los do comércio de idéias. É isso que a tradição própria do intelectual, constituída pelas discussões em curso, prepara as pessoas para fazerem bem.” (Bauman).

<sup>479</sup> “A magia é outra, consiste em entender de gente”. (Luiz Alberto Warat).

No paradigma restaurador o ofensor é incluído em um processo trilateral e consensual, que possui *formas distintas de averiguar a responsabilidade criminal, mas que, ao final, culmina com uma solução que o responsabiliza e, ao mesmo tempo, livra-o do destino certo e seguro da pena aflitiva e invasiva.*

Com relação à vítima, o paradigma restaurativo oportuniza a sua inclusão no processo, consubstanciando o verdadeiro acesso à justiça, por meio do qual a vítima vive todo o processo decisivo, expondo seus motivos, seus anseios e, ao final, acordando com a melhor forma de responsabilização, que efetivamente repare os prejuízos emocionais e materiais que lhes foram causados. *Decerto, não parece haver melhor garantia de proteção para qualquer sujeito do que a satisfação com o resultado final do processo, e com a reparação de todo o prejuízo que fora sofrido.* “A justiça não pode ser feita para e por elas. As vítimas precisam se sentir necessárias e ouvidas ao longo do processo”<sup>480</sup>. As vítimas sentem necessidades, portanto, ter o seu poder de fala garantido enquanto efetivação da justiça torna-se imperioso.

Além de propiciar um diálogo direto entre vítima e ofensor, devemos assinalar que o diálogo com a comunidade, em muitos casos, contribui para a responsabilização a partir da intersubjetividade linguística. De fato, não podemos olvidar que as comunidades também se sentem violadas com a ocorrência do crime, e necessitam, em alguns casos, participar do processo com voz ativa para que suas respectivas faltas também sejam supridas. Não podemos, portanto, esquecer, em determinados casos, a natureza pública do crime, mas sempre pensando como uma necessidade além da vítima e não como “o ponto de partida da justiça”<sup>481</sup>.

Esse ideal positivo de proteção alcançado pela Justiça Restaurativa foi bem sintetizado por Selma Pereira de Santana, nas lições abaixo transcritas:

A reparação do dano, segundo esta compreensão, não constitui uma questão jurídico-civil, mas algo que contribui fundamentalmente para a realização dos fins da pena: ela possui um importante efeito ressocializador, na medida em que obriga o autor do delito a enfrentar-se com as conseqüências de sua atitude, como, outrossim, a conhecer os legítimos interesses da vítima; viabiliza o fomento do reconhecimento das normas; pode conduzir a uma reconciliação entre autor-vítima, e, conseqüentemente, facilitar a reintegração do primeiro deles; contribui para a prevenção integradora, ao oferecer um caminho de restauração da paz jurídica, pois ‘só quando se haja reparado o dano, a vítima e a comunidade

---

<sup>480</sup> ZEHR, 2008, p. 183.

<sup>481</sup> Ibid., p. 184.

considerarão eliminada – amiúde, inclusive, independentemente de um castigo –, a perturbação social originada pelo delito.<sup>482</sup>

A Justiça Restaurativa, portanto, ajuda na construção de um sistema criminal que se preocupa mais em resolver os problemas das pessoas naquela situação particularizada, empoderando-as, conferindo-lhes voz e auxiliando-as a sobreviver, apesar do crime.

Relacionando a mudança da racionalidade criminal gerada pela Justiça Restaurativa e seu conjunto teórico com a modificação de paradigma filosófico sinalizada outrora, afirmamos que modelo criminal restaurativo se apresenta mais compatível com a nova filosofia da linguagem e com a ascensão da categoria de intérprete no cenário do intelectual moderno-líquido das ciências sociais.

Na Justiça Restaurativa, o processo que se forma a partir do diálogo entre os verdadeiros protagonistas do delito absorve, segundo pensamos, a transformação filosófica que abandona a consciência do sujeito cognoscente para escolher a linguagem entre os sujeitos afetados pelo crime como método de obtenção e validação da resposta criminal. A razão para a conclusão explanada nos parece clara: no processo restaurativo, o mediador tem condições de auxiliar, a partir do jogo linguístico entre ele e as partes e entre estas, a obtenção da responsabilização a partir de uma perspectiva não solitária e sim integrada com a comunidade de comunicação criminal (vítima, ofensor e sociedade, a depender do processo escolhido para a restauração). Warat vai sinalizar que a mediação, um dos processos na Justiça Restaurativa, consoante sinalizamos:

[...] seria um salto qualitativo para superar a condição jurídica da modernidade, baseada no litígio e apoiada em um objetivo idealizado e fictício, como é o descobrir a verdade que não é outra coisa que a implementação da cientificidade como argumento persuasivo. É uma verdade, que deve ser descoberta por um juiz, que pode chegar a pensar-se com poder de um semideus na descoberta de uma verdade que, no entanto, é imaginária.<sup>483</sup>

No processo mediativo, a linguagem acontece diretamente entre a vítima e o ofensor, sem necessidade de representação por profissionais especializados. Em outras palavras, na Justiça Restaurativa são as partes que têm a palavra para lidar com o problema, protagonizando o processo, contando com profissionais do direito ou da psicologia, a depender do caso, apenas para auxiliá-los nessa situação. A

---

<sup>482</sup> SANTANA, 2006, p. 103-04.

<sup>483</sup> WARAT, 2001, p. 89.

construção da responsabilização a partir dos sentidos, como citamos acima, não ocorre a partir da fala dos advogados e promotores de justiça, mas a partir da fala direta entre autor e vítima do crime. A Justiça, portanto, é vivida diretamente; o ofensor deixa de ser tratado como mero objeto do processo criminal, sob o qual vai recair uma punição severa, caso preenchidos os requisitos e a vítima deixa de ser neutralizada e ignorada: ambos se transformam em atores principais da resolução do problema a partir da linguagem.

Conforme assinalado por Howard Zehr:

Uma parte improtante da justiça é a troca de informações –uns sobre os outros, sobre os fatos, sobre a ofensa, sobre necessidades. As vítimas querem respostas para suas dúvidas quanto ao que aconteceu, por que aconteceu e quem fez aquilo (sic). Rostos precisam substituir estereótipos. Essa troca de informações é vital e idealmente ela deveria acontecer numa interação direta. Num contexto assim é possível tratar do que aconteceu no passado e do que vai acontecer no futuro. Os resultados dessa interação devem ser registrados na forma de acordos passíveis de serem quantificados e monitorados.<sup>484</sup>

As partes, vistas como contribuintes da decisão acerca da responsabilização do crime, deixam de ser tratadas como mero estereótipos do crime – a vítima indefesa ou fracassada, o ofensor malvado – e o conflito penal é desmistificado, vivenciado a partir da perspectiva sujeito-sujeito como um acontecimento que faz parte de uma comunidade de pessoas plurais, gerando responsabilidade aos ofensores<sup>485</sup>.

E, o mais importante: o processo restaurativo origina para o ofensor uma responsabilidade concreta pelo que fez, tendo em vista que sua atuação é voltada para corrigir o problema que ele causou à vítima do seu crime. A responsabilização se volta a uma mera abstração, mas a uma situação concreta e particularizada, de sorte que o processo de mediação pela linguagem auxilia o ofensor “reconhecer e compreender o dano” e a agir para consertar o que foi feito, a partir de uma responsabilização partilhada e participativa, entre ele, a vítima (e a comunidade, a

<sup>484</sup> ZEHR, 2008, p. 193.

<sup>485</sup> Consoante observado por Jorge de Figueiredo Dias, “[...] a idéia central de que se trata de um processo democrático de alcançar a solução de um problema em que participa constitucionalmente e de modo inclusivo – num ambiente em que todas as opiniões são respeitados (sic) e todas as contribuições avaliadas – todo o grupo ou conjunto de pessoas directamente interessadas no problema. Quando todos os envolvidos no debate ou no diálogo se prestam a cumprir o que foi acordado através de uma norma decisória, está alcançada a universalização concreta e pragmática do processo instalado para se alcançar o consenso: o consenso como processo e não necessariamente também o consenso (auto)legitimador”. DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal**: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”? Porto: Conselho distrital do Porto, 2011, p. 22.

dependem da situação)<sup>486</sup>.

Acreditamos, assim, que o paradigma de Justiça Restaurativa abarca, de forma mais ampla, o giro linguístico da filosofia da linguagem, abandonando a imagem do legislador do conhecimento que utiliza o método individual de obtenção do conhecimento para incluir o intérprete da verdade intersubjetiva dos protagonistas do crime e da comunidade lesada.

### 5.3 O PAPEL DO INTÉRPRETE NO CONTEXTO DA NOVA RACIONALIDADE CRIMINAL: “OFÍCIO DE MEDIADOR”

Após apresentarmos o giro linguístico filosófico abarcado pelo paradigma restaurador, devemos tratar, com minúcia, do ofício do mediador, o intérprete do processo restaurativo.

O mediador, consoante já destacamos, é o sujeito que deve facilitar o diálogo entre as partes, em termos de processo mediativo, no qual os sujeitos envolvidos na relação-problema é que devem buscar recuperar as relações sociais rompidas e, ainda, um acordo que melhor satisfaça ambos os interesses. O mediador não deve, portanto, imiscuir-se na situação controvertida, ditando soluções ou apontando qual o melhor acordo a ser avençado; esse papel é exclusivo das partes, sendo a função do terceiro estranho a demanda, apenas, a de facilitador da comunicação.

O que relatamos acima é apenas o básico. Numa perspectiva mais ampla, contudo, qual deve ser o real ofício do mediador? Quais são suas funções e atribuições e como é que ele poderá alcançá-las? É sobre esse tema que nos dedicaremos nas linhas a seguir.

Em primeiro lugar, devemos ressaltar as características do mediador, que deve ser previamente preparado para atuar nessa função, com apoio psicológico e a partir de estudos de psicologia e de direito, para, só então, estar apto para a função que vai exercer. O mediador, portanto, para realizar as tarefas que se esperam dele, deveria passar por uma espécie de curso, para se preparar para lidar com a situação de mediar a linguagem na resolução dos conflitos. Segundo nos parece, a formação

---

<sup>486</sup> Cf. ZEHR, 2008, p. 189.

superior em psicologia e em direito é dispensável, podendo admitir que os conceitos necessários, nos dois ramos da ciência, sejam passados aos mediadores no curso de formação.

Nesse processo de formação de mediadores, contudo, segundo alerta Luiz Alberto Warat, não deve se preocupar unicamente em ensinar técnicas e regras *Prêt-à-porter*, “um guia de formalidades, um receituário de boas recomendações, um planejamento para conseguir que as partes possam chegar a um acordo”<sup>487</sup>. A preocupação deve ser, também, com a formação humanística do mediador, dispensando-se “técnicas estereotipadas de comunicação”, para que esse mediador assuma a função de verdadeiro intérprete da linguagem e da resolução das partes<sup>488</sup>.

À formação do mediador é, portanto, imprescindível a percepção do giro linguístico filosófico, nos termos sinalizados pela filosofia da linguagem, para que o mediador possa se compreender enquanto agente comunicacional inserido no mundo, com as trocas e não como prisioneiro de técnicas e regras arcaicas de comunicação formadas a partir do método da consciência<sup>489</sup>. De acordo com Warat:

A maioria das escolas de mediação estão preocupadas em produzir respostas prontas; formam um mediador ensinando-lhe a planejar como ajudar as partes a chegar a um acordo. Assim, as partes sempre surpreenderam a esses mediadores adestrados na multiplicação do seu próprio ego. As técnicas, as teorias e os conceitos não são outra coisa do que essa pobreza premeditada. O pensamento planeja porque está preocupado em dominar.<sup>490</sup>

O fundamental, portanto, mais do que as técnicas de mediação – que devem constituir apenas o ponto de partida na formação do mediador – é a vivência de processos de mediação, de processos de conflito, para que o mediador aprenda a promover a comunhão entre vítima e ofensor e a verdadeira satisfação de necessidades que o vazio do crime deixou.

Do mediador, requeremos “a sabedoria necessária para poder se mover sem a

---

<sup>487</sup> WARAT, 2001, p. 41.

<sup>488</sup> “A grande maioria das escolas de mediação preocupam-se em produzir um profissional, introduzindo técnicas periféricas e estereotipadas de comunicação. Algumas falam em planejar o jogo, como se fosse uma partida de xadrez, que deve ser preparada para que os rivais possam propor-se tablas. A mediação não é uma ciência que pode ser explicada, ela é uma arte que tem que ser experimentada. Muitas escolas de mediação acreditam formas mediadores como se fossem magos que poderiam acalmar as partes, com seus truques. A magia é outra, consiste em entender de gente”. Ibid., p. 41-42.

<sup>489</sup> Cf. Ibid., p. 44.

<sup>490</sup> Ibid., p. 45.

obrigação de defender teorias consagradas, um feudo intelectual ou a ortodoxia de uma capela da classe ou do saber”<sup>491</sup>.

Questão bastante discutida diz respeito à formação do mediador, consubstanciada na necessidade deste possuir, ou não, formação jurídica para atuar nessa função. Pensamos que não é necessário que o mediador seja formado em direito, por dois motivos.

Primeiro porque concordamos com Warat que “para falar de mediação, temos que introduzir uma teoria do conflito mais psicológica do que jurídica”<sup>492</sup>, porquanto os mediadores devem “entender de gente” mais do que entender de leis, para conseguir mediar um diálogo entre pessoas que estão com seu equilíbrio lesionado com e após a prática do crime.

Em segundo, porque os limites jurídicos ao acordo, como ofensa à proporcionalidade entre a lesão e a responsabilização podem ser perfeitamente resolvidos no momento da homologação judicial, que será um ponto essencial para evitar uma suposta quebra de garantias constitucionais<sup>493</sup>.

Demais disto, como já adiantamos, pensamos que o mediador não precisa ter formação superior, obrigatoriamente, já que o foco da sua formação para esse ofício deve ser o curso de mediação, composto de aulas teóricas e, sobretudo, de aulas práticas, com foco na interpretação dos conflitos práticos. Nesse sentido, a experiência em processos de mediação, como observador, é um ponto crucial para a formação desse profissional no curso específico.

É imprescindível, por conseguinte, a imparcialidade do mediador, sobretudo porque a sua função não é diretiva, e sim facilitadora do acordo. Devem ser aplicadas ao mediador, portanto, todas as regras aplicáveis aos Magistrados, com relação à imparcialidade e suspeição, existentes no Código de Processo Penal e, subsidiariamente, no Código de Processo Civil. Nesse ponto, discordamos de Warat, que afirma que, quanto ao mediador, não se deve falar em “imparcialidade ao modo em que a neutralidade se reclama como postura do juiz”. De fato, o mediador não

---

<sup>491</sup> WARAT, 2001, p. 76.

<sup>492</sup> Ibid., p. 80-81.

<sup>493</sup> Em Portugal, apenas para citar um exemplo, o acordo se submete a algumas restrições, nos termos do artigo 6º da Lei 21/2007, que estabelece que o acordo não pode culminar em pena privativa de liberdade. Demais disso, o resultado final deve ser verificado pelo Ministério Público, que é responsável por analisar o teor e verificar se está compatível com as garantias. Cf. PORTUGAL, 2007.

pode ter qualquer grau de parentesco ou amizade com as partes, porque isso compromete o equilíbrio do diálogo e contribui para favorecimentos desiguais, comprometendo, assim, a interpretação da real vontade das partes.

Demais disto, faz-se imperioso que o mediador atue de maneira equidistante, respeitando ambos os participantes do processo, sem julgamentos, tampouco imposição de autoridade.

Outro ponto relevante na função do mediador é a impossibilidade de procurar culpados para o problema. *O foco na mediação não é o estabelecimento de culpabilidade, e sim o acordo e a reconstrução das relações rompidas*<sup>494</sup>. Ademais, não é o mediador um julgador, mas, tão-somente, um terceiro que vai facilitar a condução do processo; não lhe compete, portanto, determinar culpados.

Em virtude das características do mediador, acima apontadas, a formação dos mediadores deve ser um trabalho demorado e amplo, que conscientize esses facilitadores do seu papel no componente comunicativo.

#### 5.4 OS CRÍTICOS E AS OBJEÇÕES AO PARADIGMA DO INTÉRPRETE

Neste ponto, aproximando-nos da finalização deste trabalho de dissertação, resolvemos, por lealdade acadêmica, cuidar das críticas ao modelo de ascensão do intérprete no Direito Criminal, no sentido de que se trata de um paradigma incompatível com as garantias constitucionais do Estado Social e Democrático de Direito.

Essa preocupação decorre das grandes críticas que são feitas ao modelo restaurativo por parte da doutrina, nacional e estrangeira, no sentido de que se trata de um modelo de privatização da justiça criminal, que ofende as garantias do ofensor frente ao Estado, supostamente aumentando a ingerência desse na vida das pessoas.

Em primeiro lugar, é bom salientarmos que, como um modelo de justiça ainda

---

<sup>494</sup> Segundo pensamos, quando há um crime, sempre vai haver uma relação rompida. No caso de vítimas e ofensores que são conhecidos, essa relação rompida é facilmente perceptível. No entanto, nos demais casos, a relação rompida é a de harmonia social, de quebra da confiança no outro no contexto social, que deve ser recuperada, ao menos em parte.

em construção, as críticas são positivas até certo ponto, para auxiliar na compreensão do funcionamento do sistema e propiciar as necessárias mudanças para que este atinja a sua função básica de resolver conflitos no âmbito penal. Por certo, como vai ensinar Figueiredo Dias, para que haja compatibilidade com a Constituição e com as garantias penais, a admissibilidade do acordo “se depara com sentidos que não podem ser descaracterizados e com limites que não podem ser ultrapassados”<sup>495</sup>. Respeitados esses limites, as críticas não se sustentam.

Nada obstante, devemos adiantar, de logo, que a grande maioria das críticas é fruto de um exacerbado preconceito dos juristas presos à “garrafa de moscas” do sistema criminal, impossibilitados de enxergar uma solução para o crime distinta da nossa atual.

Não nos interessa reproduzir, de forma pormenorizada e extensa, as objeções dos juristas presos ao paradigma de punir ao modelo novo restaurativo, porque muitas dessas críticas são fruto da “prisão epistemológica” dos criminalistas ao modelo de punir e suas conseqüentes garantias negativas frente ao poder do Estado. Apenas por lealdade intelectual, traremos, de forma breve, as principais objeções, focando na necessidade de sinalizar que os restaurativistas devem se preocupar com a legitimidade e o funcionamento do sistema atual, ao contrário dos criminalistas do paradigma de punir que, muitas vezes, olvidaram as críticas.

Nessa esteira, comecemos sinalizando que os opositores afirmam que o novo modelo criminal ofende direitos e garantias fundamentalmente alcançados pelos cidadãos, sejam elas penais ou processuais penais.

De acordo com os opositores, a Constituição da República de 1988, estabelece, no seu artigo 5º incisos LIV e LVII, que *ninguém será privado da liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal, e que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (Nulla culpa sine iudicio)*.

Nessas previsões constitucionais, estaria o cerne das objeções. De acordo com os críticos, a conformação do processo penal trilateral da Justiça Restaurativa – que consiste no envio do processo para acordo nas fases iniciais do processo crime, para evitar *bis in idem*, consoante visto no item 3 – dispensaria toda a construção

---

<sup>495</sup> DIAS, 2011, p. 43.

probatória do processo crime, apta a revelar se o indivíduo cometeu, ou não, aquele delito. Assim, os opositores afirmam que a aplicação de uma responsabilização criminal seria arbitrária e decorrente de um excessivo poder conferido ao Estado e às vítimas do delito.

Nessa esteira, seguem afirmando que o processo restaurativo de diálogo e acordo ofenderia ao princípio da presunção de inocência do ofendido, entendido como princípio máximo do Direito Penal, fruto do “reconhecimento no valor ético de toda pessoa, próprio de toda sociedade livre” baseado na “ação assecuratória da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que inclua o preço da impunidade de algum culpável”<sup>496</sup>. Em outras palavras, o acordo, realizado nas fases iniciais consubstanciaria uma responsabilização sem que houvesse a certeza probatória processual de que o acusado é culpado pelos fatos que pesam em seu desfavor.

Demais disto, asseveram os críticos que o Princípio da Culpabilidade, uma das garantias do acusado, consistente no juízo de reprovação do fato criminoso, restaria igualmente desatendido, no processo restaurador, uma vez que, sem a aferição dos elementos do crime, em um processo penal acusatório, com vasta produção probatória submetida ao contraditório, não se poderia impor uma desaprovação ao sujeito infrator.

Na visão de Geraldo Prado:

De toda maneira, parece evidente que transportar para o processo penal a face civil do conflito e impor condições de composição – ou reparação do dano, ainda que na modalidade de prestação social alternativa – para que o imputado escape ao processo penal, além de transformar a justiça penal em sede de negócios de natureza patrimonial, desvirtua um dos princípios antes mencionados, tal seja, a qualidade do processo, que depende sempre do valor de verdade contido na sentença penal para assegurar a legitimidade do exercício do poder de punir. Em que pese sua relevância, a solução da questão civil de fato há de ser buscada mas sem prejuízo de que se apure, no processo penal e de acordo com os princípios do contraditório, da publicidade e da presunção de inocência, a responsabilidade penal do imputado, cuja punição dependerá, também, de um juízo de proporcionalidade que está vinculado aos fins da pena e não ao comportamento processual do acusado.<sup>497</sup>

Aury Lopes, seguindo a mesma linha de raciocínio esposada por Geraldo Prado, também afirma a ausência de garantias no processo conciliador. Nesse sentido:

---

<sup>496</sup> SANTANA, 2006, p. 198.

<sup>497</sup> PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 81-97.

Parece-nos que a discussão sobre *autotutela*, *autocomposição*, *reparto heterônomo por terceiro parcial* e *heterocomposição* já está há muito superada na doutrina processual, da mesma forma que estão sepultadas as teorias de direito privado que buscavam explicar a natureza jurídica do processo a partir do contrato. O fundamento da existência do processo penal é a *instrumentalidade garantista* e decorre do *princípio da necessidade*, conforme já abordamos em outras ocasiões. Por isso, somos *abolicionistas utópicos* e *garantistas tópicos*, buscando soluções dentro do próprio – e imperfeito – sistema penal, através de uma leitura garantista. O ideal, a nosso ver, está na máxima efetivação dos postulados garantistas no processo penal e não um retrocesso a superadas formas de composição de conflitos.<sup>498</sup>

Jesús Maria Silva Sanchez, somando-se aos críticos, assinala que Justiça Restaurativa é um paradigma penal em que “a verdade e a justiça ocupam, quando muito, um segundo plano (tradução nossa)”<sup>499</sup>, denotando um sistema ausente de valores no qual é impossível a construção de uma verdade processual. O autor corrobora, ainda, das críticas feitas anteriormente, de suposta ofensa ao princípio da culpabilidade, da presunção de inocência, do devido processo legal e da jurisdicionalidade<sup>500</sup>, os quais que seriam esquecidos pelo processo restaurador, voltado à privatização da justiça.

Verificamos, pois, que os críticos preocupam-se, sempre, com a condução da Justiça Restaurativa ao arbítrio estatal, como forma de alargamento excessivo do poder de punir.

Para analisar essas críticas, não podemos olvidar, em um primeiro momento, do nascedouro dessas, consistente na racionalidade criminal moderna – que determina a unicidade das normas de comportamento e de sanção, com obrigatoriedade de aplicação de ambas, aflitivamente – a qual torna indispensável a existência de um sistema rígido de freios à necessidade punitiva. Dito de outra forma, num sistema em que a obrigação é a aplicação de uma resposta final aflitiva, punitiva e negativa, é natural que a mentalidade dos juristas que se prendem a este paradigma esteja fechada, concebendo, apenas, garantias de cunho negativo frente ao Estado.

De fato, como a única resposta concebível é a pena aflitiva, os juristas, que

<sup>498</sup> LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 100.

<sup>499</sup> No original: “[...] la verdad y la justicia ocupan, si acaso, un segundo plano”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001, p. 74.

<sup>500</sup> Ibid., loc. cit.

propugnaram um direito de defesa do cidadão ao *jus puniendi*, limitam-se a asseverar que é preciso a criação de mais e mais garantias processuais, de cunho negativo.

Contudo, consoante afirma Leonardo Sica, “de nada adianta a observância formal desses princípios, se só servirem para levar o acusado ao destino certo e ‘seguro’ da punição severa”<sup>501</sup>. E arremata:

Por paradoxal, parte-se de uma premissa garantista para assegurar a manutenção da intervenção penal além da mínima. No fundo, a doutrina garantista é utilizada para legitimar uma intervenção penal repressiva e obsoleta, alimentando o ‘desejo psicossocial do castigo’, e a necessidade de sempre punir com pena de prisão ou suas penas alternativas, sem outra saída. Essa visão fecha as portas do direito penal a alternativas de não punição, despenalização, reparação, perdão, aplicação de sanções não aflitivas, etc. O mais grave, contudo é que como tais alternativas passam a ser tidas como antigarantistas, só é aceitável o sistema inflexível: prisão ou, talvez, alguma pena alternativa (sequer concebida como principal).<sup>502</sup>

Concluimos, portanto, que a racionalidade penal moderna conduz à obrigatoriedade de punição, e, por conseguinte, cria um círculo de garantias negativas hermeticamente fechadas, sem possibilidade de alteração. Essa mentalidade impede a visão de qualquer outra responsabilização e de qualquer mudança no modo de aferição dos princípios e das garantias constitucionais.

Nossa proposta, em oposição aos críticos, perpassa, mais uma vez, em fugir da “garrafa de moscas” e absorver as lições da modernidade líquida, do pluralismo e do giro linguístico, que resultam no alargamento da possibilidade de resolução do crime, a partir de novas propostas.

O crime, na nova racionalidade que já expusemos, não obriga, sempre, a punição. A punição fica facultada aos casos em que a sociedade não se sinta segura com a definição da responsabilização a partir do acordo entre vítima e ofensor – para não causar uma sensação de instabilidade social, a exemplo dos crimes considerados graves, cujo conceito vai variar de sociedade para sociedade, de modo a ser impossível incluirmos um rol taxativo – e aos casos em que os protagonistas do crime não tenham vontade de participar do processo de mediação. Somente nesses casos, o paradigma de punir ainda não pode ser vencido, porque não se pode passar por cima da voluntariedade nem abstrair um mínimo de sensação de segurança da população.

Nada obstante, nos outros casos, de crimes de pequeno e médio potencial

---

<sup>501</sup> SICA, 2007, p. 125.

<sup>502</sup> Ibid., p. 122.

ofensivo – cujo conceito e determinação vai ser obtido a partir da comunicação entre o direito e a comunidade – e nos casos de voluntariedade das partes, é possível aplicar os processos restaurativos. Nessas situações, tendo em vista a positividade que o processo e a responsabilização originam para vítimas e ofensores – oportunidade de protagonizar a decisão, responsabilização que obedece às necessidades concretas do crime – haverá uma reformulação da maneira de se aferir a culpabilidade e respeitar a presunção de inocência. Afastado o mal da pena e incluídos os ofendidos e ofensores no processo de resolução do conflito, com voz ativa na solução de conflitos, a obediência aos preceitos constitucionais vai ser verificada de outra forma.

A premissa da qual devemos partir, no novo processo, é a necessidade de confissão válida por parte do ofensor que englobe, de forma total ou parcial, os fatos contidos na acusação: “só ela – nesta acepção, a *guilty plea* – com efeito, podendo fomentar, agilizar e simplificar o decurso do processo”<sup>503</sup>. Demais disto, a validade da confissão tem de ser verificada pelo juiz<sup>504</sup>.

Ultrapassada a fase de confissão, é necessário que esta se coadune com a investigação prévia dos fatos. Em outros termos, não podemos dispensar a prévia colheita de elementos em fase de investigação preliminar, aptos a subsidiar uma acusação criminal.

Cumpridos esses dois requisitos, haverá, caso presente a voluntariedade entre ofensor e vítima, a dispensa da fase judicial do processo acusatório, com colheita de mais provas ou repetição de indícios obtidos na fase pré-processual. Nesse sentido, assinalamos que não existirá processo regido de maneira acusatória, com ampla produção probatória, mas sim, prévia colheita de indícios, com filtro ministerial e encaminhamento voluntário do processo à mediação, regido pela vontade das partes, as quais, ao dialogarem, chegarão a um acordo com vistas a determinar qual a melhor maneira de responsabilização do ofensor, que atenda às necessidades de

---

<sup>503</sup> DIAS, 2011, p. 44.

<sup>504</sup> “Evidente é, por outro lado, que perante os propósitos do arguido de que se alcance um acordo, a liberdade da sua decisão de confessar tem de ser, também ela, cuidadosamente submetida a comprovação judicial. Uma nua declaração do tipo anglo americano (*guilty or not guilty*) será de todo insuficiente: a liberdade de confissão só pode ser a avaliada à luz da sua concretização ou concreção e não pode por isso bastar-se com uma qualquer declaração sem conteúdo fáctico à luz da acusação ou pronúncia – como também não com uma qualquer confissão feita unicamente à custa do terceiro, sejam quais forem as vantagens que em matéria de celeridade e de economia processuais possam ser assacadas a um tal acordo”. Ibid., p. 45.

reparação – simbólica e material – da vítima, e que culmine com a reintegração dos laços sociais rompidos com a conduta delitiva. Essa flexibilização não representará uma quebra de garantias, mas, ao revés, a construção de uma novas garantias ao cidadão e à vítima.

A reformulação da culpabilidade, com a introdução de uma flexibilização do *nulla culpa sine iudicio*, decorre da efetivação do direito dos cidadãos ao processo criminal. Sem embargo, “o direito ao processo deve ser concebido como direito, não como obrigação, ou seja: o direito ao processo, para ser pleno e realizável, deve incluir o direito de evitar o processo”<sup>505</sup>. Por óbvio, se o cidadão tem direito ao devido processo legal, que o conduz à aplicação de uma pena aflictiva, também é perfeitamente concebível que ele tenha o direito a evitar esse devido processo legal, com vistas a obter uma responsabilização mais amena, que o livre da estigmatização do processo, e, ademais, da restrição de sua liberdade. Na linha do consignado por Costa Andrade:

Saliente neste aspecto a ausência de julgamento através da qual se procura responder às exigências essenciais duma política criminal de diversão. *Do que aqui fundamentalmente se trata é de poupar ao arguido a experiência do julgamento, reconhecidamente uma das mais decisivas no processo de manipulação e adulteração da identidade e da imagem, e da distanciação social* (grifo nosso): um processo que pode deixar sem alternativa a procura de novas formas de delinqüência ou mesmo a assumpção de uma carreira delinqüente.<sup>506</sup>

Essa flexibilização, *a priori*, e dentro da lógica da racionalidade penal moderna, poderia parecer um verdadeiro absurdo, e afronta à dignidade humana. Contudo, quando se observa o fato partindo da premissa de que o processo consensual conferirá ao ofensor os benefícios de livrar-se da pena aflictiva, de conhecer melhor a sua vítima, e de reintegração social, e, demais disto, proporcionará à vítima a reparação do prejuízo sofrido e o direito de solucionar o problema que lhe prejudicou diretamente – desaparece qualquer sinal de arbitrariedade.

Esta reformulação da aferição da culpabilidade, no processo restaurativo, objetiva a finalidade de resguardar um direito à defesa, não mais visto em termos estritamente processuais, como a doutrina o costuma conceber nos moldes da racionalidade penal moderna, mas sim, visto como defesa à obrigatoriedade de punição. De acordo com Leonardo Sica:

---

<sup>505</sup> SICA, 2007, p. 127.

<sup>506</sup> ANDRADE, 1989, p. 356.

O garantismo positivo afasta, definitivamente, as garantias jurídicas como obstáculo à mediação. O conceito de garantismo positivo [...] orienta-se não somente à contenção do poder punitivo estatal 'através dos chamados direitos de defesa, mas à segurança dos indivíduos em todos os seus direitos fundamentais, o que inclui os direitos de prestação positiva'. Funda-se na constatação de fragilidade das garantias penais tradicionais frente às regras de funcionamento real do sistema de justiça e propõe, sem abrir mão daquelas, estabelecer formas positivas de evitar os malefícios do poder punitivo sobre o cidadão e sobre a comunidade, no contexto de uma 'política integral de proteção dos direitos' [...] que passa pela reestruturação do direito punitivo como *ultima ratio* e reconhece sua esfera de competência em relação a outros instrumentos de intervenção [...], dentre os quais pode inserir-se a mediação.<sup>507</sup>

Percebemos, dessa maneira, que o que ocorrerá quando do envio ao processo à Justiça Restaurativa é uma aferição de culpabilidade preliminar, precária, e não definitiva, que terá o condão de possibilitar a construção da terceira via de resposta do Direito Criminal.

Convém salientarmos, entretanto, que é imprescindível muita cautela com a referida flexibilização. De fato, quando o fim for atingir um bem maior, de garantias positivas de um processo restaurador, a flexibilização da fase judicial tradicional se afigura perfeitamente válida. Não obstante, a flexibilização deve ocorrer apenas naquele processo trilateral e consensual, com vistas, unicamente, a obter a terceira via de resposta penal, consubstanciada no acordo mediativo.

Isso quer significar que a aceitação do acordo não culminará na existência de antecedentes penais, não funcionará como reincidência, e, mais importante de tudo, que o que for debatido em um processo consensual jamais poderá servir como prova de confissão no processo bilateral tradicional.

Efetivamente, o que se terá é uma nova feição de aferição do princípio da culpabilidade, mais consentânea com os ideias de inserção de garantias positivas, prestacionais, aptas a tornar a aproximar o direito criminal da noção de direito em oposição à ideia de pena.

---

<sup>507</sup> SICA, 2007, p. 133.

## 5.5 COMBATENDO OS CRÍTICOS COM A VIVÊNCIA PRÁTICA: A INCLUSÃO DE DIREITOS POSITIVOS NO SISTEMA CRIMINAL RESTAURATIVO

Nesse ponto, conclusivo, resolvemos fazer uma incursão, para trazer a análise de alguns dados documentais relativos à pesquisas em locais de aplicação dos processos de Justiça Restaurativa. Esses dados demonstram o índice de satisfação, ou não, das partes com o que ocorre dentro da nova forma de resolução de conflitos penais por meio do consenso.

As pesquisas são poucas, tendo em vista que os procedimentos restaurativos começaram a ser aplicados há uma média de duas décadas, mas, a despeito do tempo, e das práticas incipientes, é possível se verificar resultados já relatados em algumas pesquisas, que confirmam a satisfação e resposta positiva dos procedimentos, consoante nos informa Leonardo Sica.

Sica<sup>508</sup> aponta pesquisas realizadas na Inglaterra, local em que foram monitorados 29.000 ofensores em três forças policiais distintas, durante um período de dois anos: Sussex e Warwickshire – onde se utilizam métodos tradicionais punitivos – e na região do Vale do Tâmsa – onde a polícia utiliza cautelas restaurativas. *Em todas as jurisdições, foi possível vislumbrar uma queda nos níveis de reincidência, mas, no Vale do Tâmsa, a queda na taxa de reincidência foi significativamente maior.* Sica considera ser prematuro atribuir às quedas de reincidência a aplicação unicamente da Justiça Restaurativa – uma vez que em todos os locais houve decréscimo – mas atenta para observação de que “não há qualquer evidência de que práticas restaurativas aumentem a reincidência, o que é significativo, pois as práticas prisionais já demonstraram que são causas de aumento da reincidência”<sup>509</sup>

Em pesquisas realizadas também em território britânico, verificamos resultados positivos. Em Northampton foi criado, em 1985, o programa *Adult Reparation Boreau*, que objetivava levar à mediação alguns casos criminais de menor gravidade, quando inexistisse interesse público na persecução criminal, 62% das vítimas diz ter ficado completamente satisfeita com os resultados do processo, em

---

<sup>508</sup> Cf. SICA, 2007, p. 140.

<sup>509</sup> Ibid., p. 140-141.

contraponto a um percentual de 25%, que se sentiram insatisfeitos com a mediação ou com o acordo final firmado.<sup>510</sup>

Em Leeds, também na Inglaterra, surgiu, em 1990, o *Leeds Reparation Project*, voltado atualmente para a solução de quaisquer crimes (inclusive os violentos) por meio da via consensual da mediação. Nesse projeto, o acusado deve assumir a responsabilidade por escrito, para, a partir de então, ser iniciado o processo restaurativo. Consoante se apurou nessa localidade, cerca de 82% dos participantes (réus e vítimas) ficaram satisfeitos com o sistema, em contraponto a 10% das vítimas que apontaram o seu descontentamento com o processo, porque acreditavam que o ofensor deveria ser submetido a uma pena de prisão<sup>511</sup>.

Outra pesquisa realizada, desta vez na Nova Zelândia, também demonstra assertiva de que as práticas restaurativas não aumentam as taxas de reincidência, e que, além disso, a satisfação das partes do processo mediativo é significativamente alta, de maneira a aumentar a “percepção de justiça naquelas comunidades (no programa Roturua, 83% das vítimas ficaram satisfeitas com o acordo e 95% satisfeitas com a oportunidade do encontro e 90% dos ofensores cumpriram o acordo satisfatoriamente)”<sup>512</sup>.

De acordo com Sica, contudo, o estudo mais relevante concernente aos efeitos positivos da Justiça Restaurativa foi produzido na Austrália – *Recidivism patterns in the Canberra Reintegrative Shaming Experiments*. Este estudo foi realizado com jovens envolvidos em crimes violentos, e, ao final da pesquisa, restou comprovado que os jovens encaminhados a programas de Justiça Restaurativa “reincidiram 38% menos que o grupo de controle que praticou os mesmos crimes e foi submetido à Justiça Penal”<sup>513</sup>.

Observemos, ainda, outro dado interessante. Em pesquisas realizadas no centro de mediação vítima-ofensor do Central Valley<sup>514</sup>, nos quais as vítimas foram perguntadas sobre aspectos da mediação, na quase totalidade das respostas, observamos aspectos positivos. A primeira pergunta realizada às vítimas concernia

---

<sup>510</sup> Cf. PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização**: por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada). Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001, p. 167.

<sup>511</sup> Cf. PEDROSO; TRINCÃO; DIAS, 2001, p. 168.

<sup>512</sup> SICA, 2007, p. 141.

<sup>513</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>514</sup> Cf. VICTIM OFFENDER RECONCILIATION PROGRAM OF THE CENTRAL VALLEY, 2004.

à satisfatoriedade do acordo: num contexto de 200 vítimas entrevistadas, 168 delas responderam que o acordo foi muito satisfatório. Questionou-se, ainda, às vítimas, se o encontro as ajudou na busca de respostas para o que lhe aconteceu, e, demais disto, se o encontro as ajudou a melhorar os sentimentos fragilizados com a ocorrência do crime. No primeiro quesito, no contexto das 200 vítimas, 146 responderam que a mediação fez com que encontrassem respostas positivas e, no segundo quesito, de 150 vítimas perguntadas, 132 informaram que seus sentimentos melhoraram após o processo mediativo.

Ainda de acordo com a pesquisa do Central Valley, em um contexto de 200 vítimas entrevistadas, 170 delas afirmaram que recomendariam a mediação a amigos e familiares que fossem vítimas de crimes similares.

A pesquisa também procurou saber a opinião dos ofensores que aceitaram participar do processo de mediação penal<sup>515</sup>. No concernente à quesitação relativa à satisfatoriedade do acordo, dentre os 150 ofensores entrevistados, 135 responderam que o acordo foi muito satisfatório. Perguntou-se, ainda, aos ofensores, se o acordo os ajudou a “acertar as coisas com as vítimas”. Dentre os 150 entrevistados, em torno de 134 também responderam que sim, que a mediação havia proporcionado a oportunidade de atuar beneficentemente em favor da vítima. Percebe-se, nesse ponto, a tomada de consciência dos ofensores em relação às suas responsabilidades mediante à vítima, e não ao Estado.

Diante desses dados, podemos observar que a mediação penal institui um precioso avanço no sentido de legitimação do processo de mediação, porquanto este passou a ser vislumbrado como procedimento que introduz valores positivos e atende aos anseios de vítimas e ofensores com o sistema penal, bem diferente do que ocorre com o sistema punitivo, no qual o resultado nem sempre satisfaz as necessidades prementes dos envolvidos.

Essa mudança da racionalidade de punir – da obrigação para a faculdade – oferece garantias positivas para a sociedade e para as vítimas, ao mesmo tempo em que oferece garantias positivas e negativas para o ofensor, concretizando um sistema integrado de proteção de direitos. É a construção e efetivação de um direito criminal que se propõe a ser, antes de tudo, um direito, e não uma pena.

---

<sup>515</sup> Cf. VICTIM OFFENDER RECONCILIATION PROGRAM OF THE CENTRAL VALLEY, 2004.



## 6 CONCLUSÃO

Diante de tudo que fora sinalizado, apresentamos, em tópicos, as considerações finais desse trabalho:

- a) por paradigma punitivo podemos entender todo aquele modelo de resposta ao crime que é baseado na punição, independente da justificativa e das finalidades que sejam esperadas para a pena. Assim, são enquadrados como paradigma de punir tanto aquelas teorias justificacionistas absolutas quanto as relativas, da prevenção;
- b) o paradigma de punir não foi sempre a única resposta para o fenômeno delitivo. Na história moderna do ocidente, o período da alta idade média, os crimes eram resolvidos a partir da premissa do direito germânico, consistia na atuação primordial pelas partes do delito, a partir da luta e da transação. O direito servia apenas para regular a resolução do litígio entre as partes. O paradigma de punir surge a partir do firmamento do direito canônico e da Igreja, que retoma as premissas de publicização do conflito do direito romano e o inquérito, como meio de descoberta da verdade. Nesse momento, consoante assinalado por Foucault, surge um personagem novo, o representante do Rei, que vai ser responsável por processar o criminoso, o sujeito que infringiu a lei. O Antigo Regime mantém o paradigma de punir que começa a se delinear na baixa idade média. O nascimento da modernidade, influenciado pelo iluminismo, também mantém o paradigma de punir, mas impondo garantias penais aos infratores, no projeto iluminista de certeza da punição humanizada (Beccaria);
- c) paradigma punitivo é estruturado por uma racionalidade criminal moderna, que concebe o direito criminal como um sistema apartado dos demais ramos do direito, fundado na unicidade indissolúvel entre normas de comportamento e normas de sanção. Em outros termos, a racionalidade criminal moderna defende que o direito criminal é dependente da sanção, de modo que, havendo crime, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade impede a criação de qualquer outra resposta para o crime;

- d) demais disso, ficou assentado que o paradigma de punir é justificado a partir da ordem instituída pela modernidade. Nesse sentido, o paradigma de punir absorve o ideal de ordenação da modernidade, com o objetivo de afastar o criminoso (“erva daninha”) em busca da ordem, do afastamento e do caos, a partir de práticas tipicamente jardineiras do Estado Moderno (Bauman);
- e) o paradigma de punir vive crise de legitimação, uma vez que a tradicional resposta aflagrada e sancionatória ao delito não cumpre as finalidades a que se propõe, e, demais disso, exclui da resolução do conflito penal a vítima do delito. Os fatores mais notórios que conduziram à mencionada crise de legitimação são, portanto, a crise da razão essencialmente punitiva, a ilusão da prevenção especial, e o nascimento da vitimologia;
- f) no que concerne à crise da razão punitiva, há que se afirmar que ela é fruto do nascimento e desenvolvimento das Teorias Abolicionistas, as quais contribuíram para questionar a necessidade social de existência de punição. Isto porque, consoante destacado por Louk Hulsman<sup>516</sup>, o sistema punitivo é essencialmente maniqueísta, porque contribui para a separação dos indivíduos em categorias de “bons” e “maus”. O referido maniqueísmo “autoriza” a aplicação de punições severas e desumanas, as quais ocasionam efeitos adversos – como, até mesmo, o aumento da criminalidade e da reincidência. Demais disto, Hulsman ainda destaca falta de credibilidade das vítimas e dos ofensores no sistema penal, fator este evidenciado nas “cifras ocultas da criminalidade”. Por fim, impende ainda destacar que Hulsman atesta para a ausência de satisfação que a pena ocasiona, tanto às vítimas, que não participam do processo, como aos ofensores, que não extraem da sanção penal qualquer consequência positiva. Essa última crítica de Hulsman subsidia os demais fatores de crise do paradigma punitivo, quais sejam, a falência da ideologia do tratamento e a ausência de atendimento adequado às vítimas do delito;
- g) no ponto relativo à ilusão da prevenção especial, é possível destacar que o modelo ressocializador de resposta punitiva ao delito fracassou no quesito reintegração social do ofensor. O fracasso pode ser destacado tendo por

---

<sup>516</sup> Cf. HULSMAN; CELIS, 1993.

base diversas razões. Primeiramente, devemos evidenciar a questionável ideia de prevenção especial positiva, porque esta, pelas suas mais difundidas teorias, traz consigo um viés preconceituoso, de imposição de uma socialização com valores pretensamente universais, desprezando-se os valores das comunidades locais. Demais disto, observamos a premente necessidade de modificação da personalidade do condenado, algo que não se circunscreve aos limites do Direito Criminal, enquanto elemento de proteção de bens jurídicos. Além dos fatores listados acima, cumpre observar que a prisão jamais pode incutir no detento qualquer valor positivo, porquanto é um ambiente que carece das condições mínimas de sobrevivência social;

- h) o terceiro fator listado para a crise do sistema punitivo corresponde ao nascimento da vitimologia. Com efeito, a vítima, desde o nascimento do processo penal contemporâneo, foi neutralizada pelo sistema estatal de resolução de conflitos. Em seu lugar, foi introduzido um Órgão Estatal, responsável por atuar em juízo na acusação dos ofensores. A neutralização das vítimas ocasionou estigmatização das mesmas, as quais passaram a ter função meramente informativa nos processos penais. As necessidades dos ofendidos não eram atendidas, e o processo não buscava qualquer finalidade que não fosse a punitiva, como forma de restabelecer a Ordem Jurídica lesionada com a conduta delitiva. Os recentes estudos sobre a vítima, em especial, o nascimento da vitimodogmática, que passou a perceber as necessidades e a contribuição dos ofendidos na prática delitiva, fez nascer a ideia de que o processo penal não pode esquecer de suas vítimas, que necessitam de auxílio material e emocional. O esquecimento da vítima passou a ser, portanto, mais um dos fatores que culminaram com a atual crise do processo penal de vertente punitiva;
- i) apesar da visível crise de legitimação que vive o sistema criminal na formulação atual, é possível percebermos que muitos juristas não admitem a mudança de paradigma. Em um primeiro momento, essa dificuldade advém da confiança nas regras do sistema, acreditando que a culpa seria do jurista que não sabe executar adequadamente essas diretrizes. Esses juristas iniciam, assim, mudanças *ad hoc* no paradigma de punir;

- j) como respostas à deficiência do sistema penal, surgiram três movimentos no âmbito do Direito Criminal. O primeiro deles, relativo à descriminalização, consistiu na retirada do caráter ilícito – que pode ser total, de todo o ordenamento, ou pode se resumir à descriminalização substitutiva, na qual a conduta permanece ilícita, mas no contexto de outros ramos do direito, extrapenais – da conduta. Houve também o fenômeno da despenalização, consistente na substituição da pena privativa de liberdade por outras medidas menos gravosas, como as penas restritivas de direito e as penas de multa. Por fim, tem-se o processo de diversão, no qual se vislumbra a suspensão de procedimentos criminais nos casos em que o Direito Penal ainda mantém a sua competência formal. A diversão, consoante salientado, representa uma das melhores alternativas à crise, porquanto tem o condão de interferir, diretamente, na mudança do paradigma de resposta punitiva ao delito;
- k) a Justiça Restaurativa é um dos processos de resposta à crise que se encontra no âmbito das medidas de diversificação criminal. Consiste no novo paradigma de resolução dos conflitos penais, que se funda em duas premissas basilares: a primeira delas, é atinente à redefinição do conceito de crime, que não mais consiste em ofensa a um bem jurídico resguardado pelo ordenamento estatal, e sim a uma ofensa à pessoas e aos relacionamentos sociais; a segunda premissa da Justiça restaurativa é decorrência direta da primeira, e consiste na mudança de construção da resposta ao fenômeno delitivo: não mais se buscam respostas verticalizadas, impostas, sem a participação das partes efetivamente interessadas no conflito penal, e sim respostas consensuais, obtidas mediante um processo de diálogo entre ofendido, ofensor, e, quando interessante, comunidade;
- l) a Justiça Restaurativa é o novo paradigma de resolução dos conflitos criminais pautado na existência de responsabilização do ofensor, restauração do prejuízo causado à vítima e reintegração das relações sociais lesionadas com a ocorrência do delito. O novo modelo visa a soluções prospectivas, mais preocupadas em minorar as consequências sociais advindas da ocorrência do crime do que em ideias punitivas,

retrospectivos, que visam a imposição de culpa e pena. Trata-se, por conseguinte, de uma nova visão do crime, que procura solucionar os conflitos mais prementes advindos do delito, em vez de assumir preocupações pseudo-preventivas, que, em tese, almejam a exterminação do delito;

- m) a Justiça Restaurativa é um modelo de resposta ao delito que deve atender às finalidades e às características locais, de cada comunidade que resolva adotá-la. Há que se ressaltar, contudo, que não se pode admitir total flexibilidade, porquanto a ausência de parâmetros poderia ocasionar insegurança jurídica e quebra de garantias. Dessa forma, os programas de justiça restaurativa devem ser norteados por princípios e valores mínimos. No que concerne aos valores restaurativos, é preciso destacar os valores de participação – que determina que as pessoas envolvidas devam participar amplamente na construção da resposta –, de respeito – segundo o qual às partes deve ser resguardada sua dignidade humana –, de honestidade – para que se vislumbre a construção do acordo, as partes devem sempre ser sinceras no bojo do procedimento, sob pena de se frustrarem os ideais restaurativos –, de responsabilização e reparação dos danos – o ofensor deve ser responsabilizado pela conduta que realizou, ao passo que o acordo deve buscar, ao máximo, satisfazer os interesses materiais e simbólicos da vítima, dentro das possibilidades daquele que for responsabilizado;
- n) no que concerne aos princípios restauradores, é preciso destacar que estes correlatos aos valores acima listados, porquanto são decorrentes do sistema valorativo apresentado pelo modelo restaurativo. Os princípios salientados no trabalho são elencados na Carta de Araçatuba,<sup>517</sup> documento exarado no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado no mês de abril de 2005. Os princípios são os de informação acerca da natureza das práticas restaurativas, de corresponsabilidade entre os participantes, de atenção às diferenças socioeconômicas existentes entre as partes do conflito, entre outros. Os princípios elencados na Carta de Araçatuba são meramente exemplificativos, de maneira que cada país

---

<sup>517</sup> SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, 2005.

pode adotar outros princípios, que atendam ao ideal restaurador;

- o) o sistema restaurativo de resolução dos conflitos penais necessita de um processo, no qual se fixem regras prévias, com vistas a assegurar direitos e garantias fundamentais. Decerto, não se pode permitir que a informalidade que deve nortear as práticas restaurativas resulte em admissão de práticas de intolerância e autoritarismo. Os princípios norteadores podem ser encontrados no documento referencial da ONU, a Resolução nº 12/2002. Preliminarmente, tem-se que a inauguração de processos restaurativos, da mesma forma que o início do processo penal comum, só pode ser admitida quando houver um lastro probatório mínimo e apto a consubstanciar a acusação penal. Em outros termos, o que se exige é a presença da justa causa penal, uma vez que, se não houver indícios de autoria e comprovação da materialidade delitiva, não é caso de intervenção penal e sim de arquivamento do processo. Tem-se, ainda, que o processo restaurativo depende, irrestritamente, do consentimento livre e voluntário das partes. Com efeito, as partes devem ser informadas previamente da natureza do processo restaurativo, sob pena de inexistência de consentimento válido. O procedimento restaurativo é pautado, outrossim, na assertiva de que o consentimento do ofensor em participar da construção do acordo não significa assunção da culpa penal. De fato, esse ponto é crucial para que se respeitem as garantias fundamentais de presunção de inocência. Acrescem-se aos princípios já listados, os de confidencialidade do programa restaurativo – com vistas a evitar que os dados contidos no mesmo sejam utilizados como confissão no processo penal tradicional, caso frustrado o acordo –, a necessidade de homologação do acordo, para que o judiciário verifique se há proporcionalidade e respeito às garantias fundamentais do ofensor e do ofendido, o nascimento da coisa julgada com a avença entre as partes – para que se evite o duplo processamento, e, por conseguinte, o ‘bis in idem’. Tratam-se de princípios procedimentais que devem ser respeitados, com vistas a salvaguardar direitos;
- p) a Justiça Restaurativa pode ser realizada mediante procedimentos diversificados. Dentre os mais conhecidos, estão os listados na resolução nº 12/2002, da ONU: a mediação penal, os círculos restaurativos, e as

conferências de família. Os dois últimos foram explicitados, e fogem à temática do presente trabalho. No que concerne à mediação penal, observa-se que esse processo restaurativo é o mais conhecido e utilizado pelos países que adotam a Justiça Restaurativa. Consiste na participação do ofendido e do ofensor em um processo de diálogo, com o auxílio de uma terceira pessoa, desinteressada no conflito, que se limita a facilitar a comunicação entre as partes. Na mediação, os protagonistas da resposta conflitual são o ofendido e ofensor, e o terceiro limita a sua atuação para facilitar o diálogo, não impondo qualquer solução para o caso. A natureza impessoal do terceiro facilitador é o traço distintivo entre a mediação e os demais processos consensuais, como a conciliação – na qual o terceiro, além da função facilitadora, pode suggestionar o acordo –, da arbitragem – na qual a vontade das partes circunscreve-se à escolha do terceiro imparcial, que tem o poder de decisão sobre o conflito. A mediação, demais disto, não se confunde com o instituto norte-americano de *plea bargaining*, segundo o qual o réu e o Ministério Público acordam, antes do processo, os termos da acusação, sem a participação da vítima do delito;

- q) a mediação penal pode ser dividida em espécies, de acordo com a forma de participação dos sujeitos ou de acordo com os objetivos almejados. No que concerne às espécies de mediação, classificadas pelo critério participação dos sujeitos, pode-se afirmar que existe a mediação direta, na qual as partes efetivamente dialogam a respeito do problema posto, e a mediação indireta, por meio da qual o diálogo, entre as partes, ocorre por intermédio da figura do mediador, sem o contato pessoal. Quanto às espécies de mediação classificadas por meio dos objetivos a serem almejados com o acordo, tem-se as formas de mediação de cunho satisfativo, na qual não há preocupação com os sentimentos das partes, e sim com a avença final; a mediação circular-narrativa, na qual, além da preocupação com o acordo final a ser firmado, há o foco na tentativa de melhoria das relações entre os participantes da mediação, com vistas a contribuir para que as partes compreendam umas às outras; e a mediação transformativa, a qual, da mesma forma que a anterior, também se foca nas relações entre as partes, com vistas a substituir a natureza destrutiva do conflito, com base na ética

da alteridade. Diante das formas de mediação acima sinalizadas, tem-se que a mediação a mediação de cunho transformativo parece ser a mais completa, dentre as espécies acima delineadas, porquanto objetiva a reconstrução da relação rompida, sem, contudo, negligenciar a importância do acordo. Decerto, as relações necessitam ser resgatadas, já que o homem é um ser social que necessita se inter-relacionar com os demais a sua volta;

- r) no ponto relativo à relação entre a mediação e as ciências criminais, conclui-se que o processo mediativo é instrumento que se relaciona tanto com o direito penal material quanto com o direito processual penal. A relação da mediação com o direito processual penal resta evidenciada na assertiva de que o processo mediativo representa uma nova forma de processo penal, de viés trilateral – que inclui a participação da vítima, do ofensor e do Estado –, que deve ser posta ao lado do processo bilateral – entre Estado e ofensor –, velho conhecido da doutrina processual penal. Já no quesito relativo à interação entre a mediação e o direito penal, concluiu-se que o acordo obtido após o processo mediativo representa uma solução jurídico-penal autônoma do delito, a qual deve ser considerada uma terceira via de resposta penal – ao lado da pena e das medidas de segurança;
- s) a conclusão de que o acordo resultante da mediação consiste em solução jurídico-penal autônoma do delito, enquanto terceira via de resposta penal resulta na assertiva de que o processo mediativo não pode ser visto à luz do princípio da subsidiariedade penal. Isto porque, por subsidiariedade, entende-se a desnecessidade de tutela penal, em virtude da existência de outros meios de controle jurídicos eficazes para aquela situação particularizada. Demais disto, admitir-se que a aplicação do processo mediativo deve ser pautada pelo princípio da subsidiariedade penal significa afirmar que a Justiça Restaurativa possui natureza abolicionista, o que, consoante já se demonstrou, não corresponde à verdade. Resulta evidenciado, portanto, que a subsidiariedade a que se alude é da aplicação da pena – uma vez que o caso pôde ser resolvido por meio de uma solução menos ofensiva –, e não do Direito Penal;
- t) após assentarmos que a mediação tem natureza de processo penal, de

vertente trilateral, e que o acordo resultante da mediação é verdadeira solução jurídico-penal autônoma, faz-se mister destacar qual seria a fase de utilização da mediação penal dentro do contexto processual. Neste quesito, conclui-se que, a despeito da possibilidade de utilização da mediação em qualquer fase da ação penal – 1. Na fase policial, pré-acusação; 2. Na fase pós-acusação, antes do processo; 3. Na fase pós-acusação, antes da sentença; 4. Na fase pós-acusação, no momento da decisão final; 5. Após à decisão final –, o melhor momento de envio do caso à mediação penal é antes da sentença penal, com vistas a evitar que o acordo restaurativo consubstancie verdadeiro ônus a mais ao condenado, em manifesta ofensa ao princípio do “*non bis in idem*”;

- u) no capítulo final, conclusivo, cuidamos da ascensão do intérprete no novo paradigma criminal. Essa ascensão não pôde dispensar um estudo apriorístico, sobre o novo contexto da modernidade – consistente na liquefação das instituições para alcançar finalidades propostas para estas –, ampliação do movimento técnico pluralista – que introduz o respeito pela diversidade e contingência – e o giro linguístico filosófico – da filosofia da consciência do sujeito sozinho para a filosofia da linguagem, que parte das trocas linguísticas entre os atores sociais como meio para obtenção e validação do conhecimento. A partir desse novo contexto, a Justiça Restaurativa propicia a ascensão do intérprete, porque o acordo é obtido a partir do diálogo direto entre os sujeitos verdadeiramente imiscuidos na situação problemática. Abandona, assim, a imagem do legislador do conhecimento que utiliza o método individual de obtenção do conhecimento para incluir o intérprete da vontade dos protagonistas do crime e da comunidade lesada;
- v) feitas essas considerações, cuidamos do ofício do mediador (o intérprete) no novo paradigma. Nesse sentido, cabe ao intérprete mediador a função de auxiliar o diálogo das partes, sem se imiscuir na situação problemática, apontando culpados ou soluções. A solução de responsabilização deve partir dos protagonistas do crime, cabendo ao intérprete apenas mediar a comunicação. O intérprete, para exercer bem essa função, deve ser submetido a uma etapa prévia de preparação, que pode ser realizada em

um curso. Segundo deixamos assentado, o intérprete não deve ter, obrigatoriamente, formação em direito ou psicologia, tampouco formação superior. O interessante é que esse mediador compreenda “a magia de entender de gente” (Warat), sem técnicas estereotipadas de comunicação;

- w) por fim, abordando, por lealdade acadêmica, as críticas ao paradigma restaurador. As críticas são no sentido de que o paradigma restaurador ofende as garantias constitucionais do infrator, privatizando o conflito e abandonando o princípio da culpabilidade, que determina que o sujeito só pode ser responsabilizado criminalmente após o término do processo crime pautado no contraditório e na ampla defesa;
- x) o sistema hermético de garantias é o nascedouro das críticas ao sistema restaurador, em especial, à mediação penal. Isto porque, esse sistema de garantias só admite a existência do processo penal nos moldes tradicionais, com modelo acusatório, ampla produção probatória, afastamento da vítima da solução do deslinde, e atuação Ministerial. Não concebe, de forma alguma, a existência de um processo consensual, no qual a aferição da culpabilidade venha a ocorrer de maneira distinta, com efeitos distintos. Ocorre que, essas garantias, sob o propósito de proteger o cidadão e garantir seus direitos, quando observadas, culminam com a aplicação da pena, dolorosa e aflitiva, que não atende aos anseios sociais;
- y) numa análise mais técnica, verificamos que a culpabilidade não é esquecida com o Sistema Restaurador. O que se tem é uma nova forma de aferição da culpabilidade, baseada em colheita de elementos preliminares investigativos que consubstanciarão um filtro acusatório, por parte do Ministério Público. Esse filtro abrirá a possibilidade das partes escolherem, livremente, se querem ser submetidas ao processo consensual, o qual poderá ocasionar benefícios positivos;
- z) importa salientar, contudo, que essa nova forma de aferição da culpabilidade só pode ser válida no contexto restaurador. Desta forma, não poderá ser utilizada para efeitos de antecedentes, reincidência, e nem, tampouco, admitir-se-á, caso o processo retorne às instâncias formais de controle, que os dados utilizados no processo mediativo consensual sejam utilizados como confissão do fato criminoso no processo tradicional.

## REFERÊNCIAS

AGOSTINE, Cristiane. Entrevista de Dom Bergonzini para Valor Econômico: a fé do bispo contra os partidos. **Valor Econômico**, São Paulo, 13 jun. 2011. Disponível em: <<http://www.votocatolico.com.br/2011/06/entrevista-de-dom-bergonzini-para-valor.html>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

AGRA, Cândido da. A epistemé das ciências criminais: exercício empírico teórico. In: ANDRADE, Manuel da Costa; ANTUNES, Maria João; SOUZA, Susana Aires de (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 1.

AGUIAR, Carla Zamith Boin. **Mediação e justiça restaurativa**: a humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2010.

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS (Org.). **Jornadas de direito processual penal**: o novo Código de processo criminal. Coimbra: Almedina, 1989.

APEL, Karl-Otto. Fundamentação normativa da “teoria crítica”: recorrendo à eticidade do mundo da vida? In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas**: direito, discurso e democracia. São Paulo: Landy, 2004.

\_\_\_\_\_. **Transformação da filosofia**: o a priori da comunidade de comunicação. Tradução: Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2000. v. 2.

ARANHA, Ana. “Não vai falar, vagabunda?”, dizia o torturador. **Agência Pública**, São Paulo, 28 jun. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/06/dizia-o-torturador/>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, 2009.

BACON, Francis. **Novum organum ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza**. Tradução e notas de José Aluysio Reis de Andrade. São Paulo: Nova Cultura, 2005.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

\_\_\_\_\_. La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales. **Revista do IBCCRIM**, São Paulo, n. 29, 2000.

BATISTA, Nilo. **Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan; ICC, 2002. v. 1.

BAUMAN, Zygmunt. **Bauman sobre Bauman**: diálogos com Keith Tester. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2011a.

\_\_\_\_\_. **Ética pós-moderna**. São Paulo: Paulus, 1997.

\_\_\_\_\_. **Legisladores e intérpretes**: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2010.

\_\_\_\_\_. **Modernidade e ambivalência**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

\_\_\_\_\_. **O mal estar na pós-modernidade**. Tradução de Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

\_\_\_\_\_. **Vida em fragmentos**: sobre a ética pós-moderna. Tradução de Alexandre Werneck. Rio de Janeiro: Zahar, 2011b.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2. ed. Bauru: Edipro, 2011.

BRASIL. Comissão de juristas para a elaboração do Anteprojeto do Código Penal. **Relatório Final**. Relator: Pedro Taques. Brasília, 18 jun. 2012a. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/anteprojeto-codigo-penal.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

\_\_\_\_\_. Conselho Nacional de Justiça. **Começar de novo**. Brasília, [2011a]. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/programas-de-a-a-z/sistema-carcerario-e-execucao-penal/pj-comecar-de-novo>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

\_\_\_\_\_. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Decreto-lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm)>. Acesso em: 10 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, 2012b. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carcerario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2012.

\_\_\_\_\_. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de visita ao estabelecimento prisional Conjunto Penal de Serrinha, do Estado da Bahia**. Brasília, 20 jun. 2011b. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/depen/data/Pages/MJE9614C8CITEMIDA5701978080B47B798B690E484B49285PTBRNN.htm>>. Acesso em: 30 jun. 2012.

CAI nº de brasileiros totalmente contrários a tortura para obter provas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 05 jun. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1100539-cai-n-de-brasileiros-totalmente-contrarios-a-tortura-para-obter-provas.shtml>>. Acesso em: 05 jun. 2012.

CARAMANTE, André. Vídeo mostra presa algemada no pós-parto. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 02 fev. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1042709-video-mostra-presa-algemada-no-pos-parto-veja.shtml>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

CARROLL, Lewis. **Alice através do espelho (e o que ela encontrou do outro lado)**. Tradução e adaptação de Jorge Furtado e Liziane Kugland. Rio de Janeiro: Alfaguara, 2012.

CARVALHO, Amilton de Bueno. O (im)possível julgar penal. In: FÖPPEL, Gamil (Org.). **Novos desafios do direito penal do terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Professor Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de; PRADO, Geraldo. **Lei dos Juizados Especiais Criminais**: comentada e anotada. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. Considerações sobre as incongruências da justiça penal consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: \_\_\_\_\_; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CASTRO, Lola Aniyar de. **Criminologia da libertação**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. 2. ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CHRISTIE, Nils. Civilidade e estado. In: PASSETI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.). **Conversações abolicionistas**: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. São Paulo: IBCCRIM, 1997.

CORREA, Eduardo. Ainda sobre a o problema da ideologia do tratamento: algumas palavras sobre o serviço social de justiça. **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Coimbra, n. 3794, ano 123, p. 129-131, set. 1990.

COSTA, José Francisco de Faria. Diversão (desjudicialização) e mediação: que rumos? **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 61, p. 91-158, 1985.

DESCARTES, René. **Discurso do método**. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

\_\_\_\_\_. **Regras para a direcção do espírito**. Lisboa: Edições 70, 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?** Porto: Conselho distrital do Porto, 2011.

\_\_\_\_\_. **Direito penal: parte geral**. 1. ed. brasileira, 2. ed. portuguesa. São Paulo: Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007. t. 1.

\_\_\_\_\_. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIP, Andrea. A condenação das vítimas. **Agência Pública**, São Paulo, 17 jan. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/01/condenacao-das-vitimas/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. Tradução de Ana Falcão Bastos e Luís Leitão. 13. ed. Milão: Presença, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. \_\_\_\_\_. Tradução de Ana Paula Zomer et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. Prefácio. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Com Habermas, contra Habermas: direito, discurso e democracia**. São Paulo: Landy, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. 3. ed. Rio de Janeiro: Nau; Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2002.

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes, 1997.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOFFMAN, Erving. **Manicômios, prisões e conventos**. São Paulo, Perspectiva, 1974.

GOMES, Luiz Flávio; BUNDUKY, Mariana Cury. 80% (?) dos condenados a pena de prisão são reincidentes. **Instituto Avante Brasil**, São Paulo, 05 abr. 2012. Disponível em: <<http://www.ipclfg.com.br/artigos-do-prof-lfg/80-dos-condenados-a-pena-de-prisa%cc%83o-sao-reincidentes>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

GOULD, Stephen Jay. **A falsa medida do homem**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. Tradução Luiz Sérgio Repa e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HEIDEGGER, Martin. O fim da filosofia e a tarefa do pensamento. In: \_\_\_\_\_. **Conferências e escritos filosóficos**. Tradução de Ernildo Stein. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

HESPANHA, António Manuel B. Da iustitia à disciplina: textos, poder e política criminal no antigo regime. **Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**, Coimbra, v. 2, p. 139-232, 1984.

HOBSBAWN, Eric. **A era das revoluções**: 1789-1848. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009.

HULSMAN, Louk. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça criminal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto Baptista Dias da (Org.) **Conversações abolicionistas**. São Paulo: IBCCRIM/PEPG de Ciências Sociais da PUC/SP, 1997.

\_\_\_\_\_; CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema criminal em questão. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

ÍNDICE de reincidência criminal no país é de 70%, diz Peluso. **Valor Econômico**, São Paulo, 05 set. 2011. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/legislacao/998962/indice-de-reincidencia-criminal-no-pais-e-de-70-diz-peluso>>. Acesso em: 30 jul. 2012.

INSTITUTO DE DEFESA DO DIREITO DE DEFESA. **IDDD repudia uso de algemas em pós-parto**. São Paulo, 06 fev. 2012. Disponível em: <<http://www.iddd.org.br/Noticias.aspx?Id=453>>. Acesso em: 10 jun. 2012.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

KANT, Immanuel. **Crítica da razão prática**. Tradução de Afonso Bertagnoli. São Paulo: Edições e Publicações Brasil Editora, 1959.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das revoluções científicas**. Tradução de Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.

LE GOFF, Jacques. **As raízes medievais da Europa**. Tradução de Jaime A. Clasen. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**: lições introdutórias. 4. ed.

São Paulo: Atlas, 2012.

LOPES JR., Aury. Justiça negociada: utilitarismo processual e eficiência antigarantista. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

LUDWIG, Celso Luiz. A transformação da filosofia e a libertação. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Curitiba, v. 44, n. 0, p. 43-59, 2006.

MACHADO NETO, Antonio Luiz. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARCHA das vadias. Web site do movimento “Marcha das Vadias”, no formato blog, com conteúdo de diversas fontes. 2011-2012. Disponível em: <<http://www.marchadasvadias.org/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

MARSHALL, Chris; BOYACK, Jim; BOWEN, Helen. Como a justiça restaurativa assegura a boa prática? Uma abordagem baseada em valores. In: SLAKMON, Catherine; DE VITTO, Renato Campos Pinto; PINTO, Renato Sócrates Gomes. **Justiça restaurativa**. Brasília: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

MENDONÇA, Sonia Regina. **O mundo carolíngio**. São Paulo: Brasiliense, 1985.

MIERS, David. Estudo comparativo de sistemas. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DIKÉ, 1., 2003, Lisboa. **Proteção e promoção dos direitos das vítimas de crimes na Europa**. Lisboa: APAV - Associação Portuguesa de Apoio à Vítima, 2003. p. 45-60.

MIRANDA, Anabela. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**: introdução a seus fundamentos teóricos – introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais Criminais. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MONTENEGRO, Manuel Carlos; BRAGA, Mariana. Condições degradantes de presídios violam direitos humanos, afirma conselheiro do CNJ. **Portal CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/nova-pagina-eventos/96-noticias/10314-condicoes-degradantes-de-presidios-violam-direitos-humanos-afirma-conselheiro-do-cnj>>. Acesso em: 20 jun. 2012.

NARVAZ, Martha; KOLLER, Sílvia Helena. O feminino, o incesto e a sedução: problematizando os discursos de culpabilização das mulheres e das meninas diante da violação sexual. **Revista Ártemis**, [Online], v. 6, jun. 2007. Disponível em: <<http://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/artemis/article/view/2127/1885>>. Acesso em: 10 ago. 2012.

NASPOLINI, Samyra Haydêe. Aspectos históricos, políticos e legais da inquisição. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

NEDER, Gizlene. Absolutismo e punição. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 191-206, 1996.

NEUMAN, Elias. **Victimologia: el rol de la victima em los delitos convencionales y no convencionales**. Buenos Aires: Editorial Universidad, 1984.

NEVES, António Castanheira. **Metodologia jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho Econômico e Social. **Resolução nº. 12, de 2002**. Princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal. 24 jul. 2002. Disponível em: <<http://justicarestaurativaemdebate.blogspot.com.br/2008/07/resoluo-200212-do-conselho-econmico-e.html>>. Acesso em: 17 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. **Direitos humanos: compilação de instrumentos internacionais**. Lisboa, dez. 2008. v. 2. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/outraspubPDF/Direitos Humanos II V2.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

\_\_\_\_\_. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Handbook on restorative justice programmes**. New York: United Nations, 2006.

\_\_\_\_\_. Subcomitê de Prevenção à Tortura. **Relatório sobre a visita ao Brasil do Subcomitê de Prevenção da Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes**. 08 fev. 2012. Disponível em: <[http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio\\_visita\\_ao\\_Brasil\\_subcomite\\_prevencao\\_tortura\\_jun2012](http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/relatorio_visita_ao_Brasil_subcomite_prevencao_tortura_jun2012)>. Acesso em: 08 ago. 2012.

PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

PASTORAL CARCERÁRIA NACIONAL. **Relatório sobre tortura: uma experiência de monitoramento dos locais de detenção para prevenção da tortura**. São Paulo: Paulus, 2010. Disponível em: <[http://idejust.files.wordpress.com/2010/08/relatorio\\_tortura\\_revisado1.pdf](http://idejust.files.wordpress.com/2010/08/relatorio_tortura_revisado1.pdf)>. Acesso em: 30 jul. 2012.

PAULO, Alexandre Ribas de. O direito germânico na alta idade média. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

PEDROSO, João; TRINCÃO, Catarina; DIAS, João Paulo. **Percursos da informalização e da desjudicialização: por caminhos da reforma da administração da justiça (análise comparada)**. Coimbra: Observatório Permanente da Justiça Portuguesa, 2001.

PELUSO, Cezar. Uma realidade perversa. In: BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Nacional de Justiça. **Mutirão carcerário**: raio-x do sistema penitenciário brasileiro. Brasília, 2012. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao\\_carcerario.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/mutirao_carcerario.pdf)>. Acesso em: 30 jun. 2012.

PIRES, Álvaro. A face bélica das formações sociais do capitalismo pós-industrial e globalizado: do sistema penal regular a eliminação das garantias dos direitos fundamentais – as sombrias perspectivas a partir de Guantánamo. In: KARAM, Maria Lúcia (Org.). **Globalização, sistema penal e ameaças ao estado democrático de direito**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

\_\_\_\_\_. **A formação da racionalidade penal moderna nos séculos XVIII e XIX**. [201-]. Não publicado.

\_\_\_\_\_. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 68, p. 39-60, 2004.

PORTUGAL. Lei nº. 21/2007, de 12 de junho. **Diário da República**, n. 112, Lisboa, 12 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.presidenciaue.parlamento.pt/CJustica/leis/212007.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2012.

PRADO, Geraldo. Justiça penal consensual. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Diálogos sobre a justiça dialogal**: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

\_\_\_\_\_. Transação penal: alguns aspectos controvertidos. In: CARVALHO, Salo de; WUNDERLICH, Alexandre (Org.). **Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRESAS em São Paulo dizem ter que dar à luz algemadas. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 18 nov. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1008395-presas-em-sao-paulo-dizem-ter-que-dar-a-luz-algemadas.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

PROMOTORIA move ação contra o Estado por algemar presas durante o parto. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/1124683-promotoria-move-acao-contra-o-estado-por-algemar-presas-durante-o-parto.shtml>>. Acesso em: 23 jul. 2012.

QUEIROZ, Paulo. **Tráfico de droga**: artigo retirado de um jornal datado do ano 2.097. Disponível em: <<http://pauloqueiroz.net/trafico-de-droga-artigo-retirado-de-um-jornal-datado-do-ano-2097/>>. Acesso em: 10 maio 2012.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha**: policiamento e segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Zahar, 2009.

ROSA, Alexandre Morais da. **Decisão no processo penal como bricolage de**

**significantes**. 2004. 430 f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas e Sociais, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. **Problemas fundamentais de direito penal**. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradetz. 3. ed. Lisboa: Vega, 2004.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**: introdução a uma leitura externa do direito. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-criminal autônoma do delito**. 2006. 533 f. Tese (Doutorado em Ciências Jurídico-Criminais) – Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. **Justiça restaurativa**: a reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

\_\_\_\_\_. O “redescobrimento” da vítima: uma esperança. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, ano 12, n. 142, p. 4-5, set. 2004.

SANTOS, Rogério Dutra dos. A institucionalização da dogmática jurídico-canônica medieval. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Org.). **Fundamentos de história do direito**. 6. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 77, p. 261-280, mar./abr. 2009.

SICA, Leonardo. Cultura punitiva, direito de defesa e algumas propostas de reforma penal. In: FÖPPEL, Gamil (Org.). **Novos desafios do direito penal do terceiro milênio**: estudos em homenagem ao Professor Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

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

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. rev. e ampl. Madrid: Civitas, 2001.

SIMPÓSIO BRASILEIRO DE JUSTIÇA RESTAURATIVA, 1., 2005, Araçatuba. **Carta de Araçatuba**: princípios de justiça restaurativa. Araçatuba, 30 abr. 2005. Disponível em: <<http://www.idcb.org.br/pdfs/cartadearacatuba.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2009.

SOBRANE, Sérgio Turra. **Transação penal**. São Paulo: Saraiva, 2001.

TÁCITO. **Germânia**. Tradução e notas de Sadi Garibaldi. Rio de Janeiro: Livraria Para Todos, 1943.

THOMPSON, Augusto F. G. **Escorço histórico do direito criminal luso-brasileiro**. São Paulo: Líber Júris, 1982.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **O antigo regime e a revolução**. Tradução de Rosemary Costhek Abílio. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Conselho da União Europeia. Decisão do Conselho nº. 11621/02, de 19 de setembro de 2002. Cria uma Rede Europeia de Pontos de Contacto Nacionais para a Justiça Reparadora. **Jornal Oficial**, Bruxelas, 19 set. 2002. Disponível em:

<<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/02/st11/st11621.pt02.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2009.

\_\_\_\_\_. Conselho da União Europeia. Decisão-Quadro do Conselho de 15 de março de 2001. Relativa ao estatuto da vítima em processo penal. **Jornal Oficial**, Bruxelas, 22 mar. 2001. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2001:082:0001:0004:PT:PDF>>. Acesso em: 04 mar. 2010.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de conflitos e práticas restaurativas**. São Paulo: Método, 2008.

VICTIM OFFENDER RECONCILIATION PROGRAM OF THE CENTRAL VALLEY. **Victim mediation evaluations**: 1994-2003. Fresno, 2004. Disponível em: <<http://vorp.org/docs/1994-2003%20v%20evals.pdf>>. Acesso em: 05 dez. 2009.

VIOTTO, Décio. Lenha na fogueira. **Agência Pública**, São Paulo, 25 jun. 2012. Disponível em: <<http://apublica.org/2012/06/lenha-na-fogueira/>>. Acesso em: 08 ago. 2012.

WACQUANT, Loïc. Sobre a "janela quebrada" e alguns outros contos sobre segurança vindos da América. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 46, p. 228-225, jan./fev. 2004.

WARAT, Luis Alberto. **O ofício do mediador**. Florianópolis, Habitus, 2001.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico**: fundamentos de uma nova cultura do direito. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Alfa Omega, 2001.

ZAFFARONI, Raul. **Em busca das penas perdidas**: a perda de legitimidade do sistema penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

ZEHR, Howard. **Trocando as lentes**: um novo foco sobre o crime e a justiça – justiça restaurativa. São Paulo: Palas Athena, 2008.