

UNIVERSIDADE FEDERAL DO AMAZONAS
FACULDADE DE DIREITO CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM CONSTITUCIONALISMO E DIREITOS NA AMAZÔNIA

FABIOLA DE CARVALHO SILVA

MECANISMOS DE RESOLUÇÃO EM CONFLITOS PENAIIS E A
HORIZONTALIDADE NA APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA NO BRASIL

Linha de pesquisa nº 2: Mecanismos
e processos de efetivação de
direitos.

MANAUS
2024

FABIOLA DE CARVALHO SILVA

MECANISMOS DE RESOLUÇÃO EM CONFLITOS PENAIS E A
HORIZONTALIDADE NA APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA NO BRASIL

Defesa do Exame de Dissertação apresentado à Faculdade de Direito, da Universidade Federal do Amazonas como requisito ao Programa de Pós-graduação em Direito Mestrado em Constitucionalismos e Direitos na Amazônia.

Linha de Pesquisa: Mecanismos e processo de efetivação de direitos.

Orientadora: Profa. Dra. Mônica Nazaré Picanço Dias

MANAUS
2024

Ficha Catalográfica

Ficha catalográfica elaborada automaticamente de acordo com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

S586m Silva, Fabiola de Carvalho
Mecanismos de resolução em conflitos penais e a horizontalidade na aplicação de metodologias da Justiça Restaurativa no Brasil / Fabiola de Carvalho Silva . 2024
158 f.: il. color; 31 cm.

Orientadora: Mônica Nazaré Picanço Dias
Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade Federal do Amazonas.

1. Justiça Restaurativa. 2. sistema prisional. 3. Justiça. 4. encarceramento. 5. aplicação. I. Dias, Mônica Nazaré Picanço. II. Universidade Federal do Amazonas III. Título

FABIOLA DE CARVALHO SILVA

MECANISMOS DE RESOLUÇÃO EM CONFLITOS PENAIS E A
HORIZONTALIDADE NA APLICAÇÃO DE METODOLOGIAS DA JUSTIÇA
RESTAURATIVA NO BRASIL

Banca Avaliadora:

Professora Dr^a. Monica Nazaré Picanço Dias(Orientadora)

Professor Dr. Raimuno Pereira Pontes Filho

Professora Dr^a Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

MANAUS
2024

Dedico a realização deste sonho aos meus pais, Francinete e Valdenir, minhas irmãs Suzane e Fabiane, cúmplices dos meus objetivos e fontes de todo carinho e amor como família e suporte.

AGRADECIMENTOS

À Professora Mônica Nazaré Picanço Dias, pela primorosa orientação e valiosas sugestões e incentivo na construção e delimitação do meu objeto de pesquisa, reconheço que seu suporte e apoio foram valiosos para a conclusão deste trabalho. Compartilho com a mesma todos os méritos pela conclusão da dissertação. Agradeço pela confiança, e oportunidade em escolher o meu projeto para acompanhar e orientar, manifestando o meu profundo reconhecimento, admiração e estima.

Ao corpo docente do Programa de Pós-graduação no Mestrado em Direito e Constitucionalismo na Amazônia, na pessoa do coordenador Prof. Dr. Rafael Menezes, pela busca incessante em transformar o presente programa em um destaque jurídico no cenário amazonense, os quais não restam dúvidas a ampliação e divulgação do conhecimento na região amazônica.

Aos meus amigos da Turma de 2022, que com excelência, determinação e esforços mútuos, produzem e compartilham do conhecimento jurídico e plural, levando ao restante do Brasil a questão Amazônica e a necessidade de debater as questões que impactam a nossa região e ao restante do país.

À Universidade Federal do Amazonas, pela oportunidade concedida e aos seus colaboradores, especialmente na pessoa do Sr. Cláudio, profissional ímpar e sempre disponível para atender e cuidar das demandas dos discentes.

Aos meus pais, Francinete e Valdenir, e às minhas irmãs, Suzane Fabiane, apoiadores incondicionais e incentivadores, por todo amor e carinho que demonstram todos os dias, minha eterna gratidão.

À Tayza Carolina, pelos quase 14 anos dedicados à proteção e à companhia de nossa família, saudades sempre.

RESUMO

A pesquisa trata da análise acerca do instrumento do modelo Justiça Restaurativa sob o contexto da crise no sistema prisional. Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 2024, em números absolutos, no ano de 2023 existia o total de 852.010 pessoas privadas de liberdade. Atualmente, o Brasil ocupa o terceiro lugar entre as maiores populações carcerárias mundiais, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China, o que demonstra a urgente necessidade de repensar as políticas públicas para o sistema prisional brasileiro. Fundamentando-se nas ideias de democratização de acesso à Justiça, em inovações institucionais que fomentem a cidadania, a Justiça Restaurativa se apresenta como uma iniciativa meritória no Sistema Judiciário Brasileiro. A pesquisa sugere que o *encarceramento* massivo não é a única resposta à violência, pois a Justiça Restaurativa é proposta sob a ótica de uma política criminal focada não apenas no conflito, mas em um consenso entre a vítima, o ofensor e a comunidade, criando um ambiente de diálogo que possibilite a construção de um denominador comum e restaurativo. Em face disto, a pesquisa buscou compreender o instituto da prisão e à luz da criminologia, em teorias abolicionistas e minimalistas do Direito Penal, isto é, buscou-se uma reflexão crítica ao olhar para os conflitos criminais a partir dos fundamentos principiológicos propostos pela Justiça Restaurativa e os dilemas na sua aplicação prática.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa; sistema prisional; democratização; encarceramento massivo; diálogo; aplicação.

ABSTRACT

This research presents an analysis of the restorative justice model as a tool in the context of the prison system crisis. According to the 2024 Brazilian Public Security Yearbook, in absolute numbers, there were a total of 852,010 people deprived of their liberty in 2023. Brazil currently ranks third in the world in terms of prison population, behind only the United States and China, which highlights the urgent need to rethink public policies for the Brazilian prison system. Based on the ideas of democratizing access to justice and institutional innovations that promote citizenship, restorative justice emerges as a meritorious initiative within the Brazilian Judiciary System. The research suggests that mass incarceration is not the only response to violence, as restorative justice is proposed from the perspective of a criminal policy focused not only on conflict but also on consensus among the victim, the offender, and the community, creating a dialogue environment that allows the construction of a common restorative denominator. In light of this, the research sought to understand the institution of imprisonment in the context of criminology, through abolitionist and minimalist theories of criminal law. In other words, it aimed at a critical reflection on criminal conflicts based on the principles proposed by restorative justice and the dilemmas in its practical application.

Keywords: Restorative Justice; prison system; democratization; mass incarceration; dialogue; application.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
O percurso metodológico.....	11
CAPÍTULO 1 - A CRISE NO SISTEMA CRIMINAL BRASILEIRO.....	13
1.1 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO	14
1.1.1 Teorias absolutas (retributivas) da pena	16
1.1.2 Teorias relativas (preventivas) da pena.....	21
1.1.2.1 Prevenção Geral	22
1.1.2.2 Prevenção Especial	25
1.1.3 Teorias Polifuncionais (Ecléticas) da Pena	27
1.2 A BUSCA POR EFICIÊNCIA NAS PUNIÇÕES	29
1.3 COMPREENSÃO DA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL	31
1.3.1 O perfil prisional	39
1.3.1.1 Idade – Faixa etária	41
1.3.1.2 Gênero	42
1.3.1.3 Raça, cor ou etnia	44
1.3.1.4 Tipos penais	45
1.3.2 Reincidência	46
1.3.3 Seletividade racial no sistema prisional	51
1.4 A NEUTRALIZAÇÃO DA VÍTIMA COMO TESTEMUNHA QUALIFICADA DO DELITO	54
CAPÍTULO 2 - UM MUNDO SEM PRISÃO OU CAMINHOS PARA A REFORMA.....	56
2.1 ABOLICIONISMO PENAL	57
2.1.1 Louk Hulsman	59
2.1.2 Thomas Mathiesen	64
2.1.3 Nils Christie	68
2.2 DIREITO PENAL MÍNIMO E GARANTISMO PENAL.....	71
2.2.1 Minimalismo Penal de Alessandro Baratta	73
2.2.2 Realismo Marginal Criminológico de Zaffaroni	79
2.2.3 Do Minimalismo ao Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli	83
CAPÍTULO 3 - JUSTIÇA RESTAURATIVA E A HORIZONTALIDADE NOS CONFLITOS PENAIS	87
3.1 HISTORICIDADE	89
3.2 PRINCÍPIOS, VALORES E ELEMENTOS	93
3.3 METODOLOGIAS RESTAURATIVAS	100
3.3.1 Mediação Vítima-ofensor	101
3.3.2 Conferências restaurativas	103
3.3.3 Processos circulares	105
3.4 O QUE É/NÃO É JUSTIÇA RESTAURATIVA	107
3.5 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	109
3.5.1 Projetos-pilotos	112
3.5.1.1 Projeto São Caetano do Sul	112
3.5.1.2 Justiça para o Século 21	115

3.5.1.3 A experiência de Brasília	118
3.6 NORMAS ORIENTADORAS NA JUSTIÇA RESTAURATIVA	120
3.6.1 Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais	121
3.6.2 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE	122
3.6.3 Acordo de não-persecução penal (Pacote Anticrime – Lei 13.964/19)	124
3.6.4 Projetos de Lei nº 7006/06 e 2976/19	127
3.7 CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL	129
CONSIDERAÇÕES FINAIS	131
REFERÊNCIAS	133
ANEXOS	142

INTRODUÇÃO

O sistema prisional brasileiro está em crise. Diversos estudos tratam da temática, seja negando ou corroborando, em diferentes aspectos, um projeto massivo de encarceramento seletivo étnico-racial e de criminalização da pobreza. Uns defendem a abolição das penas, outros, um minimalismo penal, e há aqueles que advogam pelo recrudescimento das penas.

As estatísticas do sistema prisional, no que se refere à população carcerária, apontam superlotação e, em relação aos índices de reincidência, os dados são elevados. Nesse sentido, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 347), reconheceu que os cárceres brasileiros, além de não servirem à ressocialização dos presos, vivem um estado de coisas inconstitucional diante das situações de indignidade, das violações de diversos direitos fundamentais e do aumento da criminalidade, demonstrando uma falha estrutural de responsabilidade do poder público.

Conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, divulgado em 2024, em números absolutos, no ano de 2023 existia o total de 852.010 pessoas privadas de liberdade. Em números mais atuais, a partir da plataforma disponibilizada pelo Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), divulgada semestralmente, em relação ao 2º semestre de 2023, temos 850.377 pessoas privadas de liberdade.

Os dados relacionados pelas plataformas de divulgação são categóricos em evidenciar a crise no sistema prisional, inclusive apresentado os dados de superlotação e o perfil prisional, dos quais analisaremos nos tópicos seguintes da pesquisa. Cabe ressaltar que, atualmente o Brasil ocupa o terceiro lugar entre as maiores populações carcerárias do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e da China.

As barreiras impostas ao acesso das soluções por meio do consenso são difíceis de serem reconhecidas, apesar de normativamente incentivadas. Em uma sociedade acostumada à judicialização e acomodada na crença de que seus conflitos devem ser sempre resolvidos pelo Poder Judiciário, muitas organizações, públicas e privadas, ignoram a possibilidade consensual de resolução de seus problemas e preferem o caminho da imposição da judicialização.

O estudo da temática, remete a uma reflexão para além do mero diagnóstico da crise em tela. Em um primeiro momento, suscita uma necessária problematização acerca do instituto da prisão. Neste estudo, propõe-se tal exercício epistêmico à luz da criminologia, especificamente com o auxílio das teorias abolicionistas e minimalistas do direito penal defendidas por Nils Christie, Louk Hulsman, Eugenio Zaffaroni, Edson Passetti, Luigi Ferrajoli, Nilo Batista e Alessandro Baratta. Não buscamos uma alternativa penal, mas pretende-se, com a presente pesquisa, propor uma reflexão acerca de um novo olhar para os conflitos penais a partir dos fundamentos propostos pela Justiça Restaurativa.

O encarceramento massivo pode não ser a única resposta à violência. Existem diversas formas de punição além do aprisionamento, sendo a Justiça Restaurativa um modelo a ser proposto sob a óptica de uma política criminal focada não apenas no conflito, mas em um consenso entre a vítima, o ofensor e a comunidade, criando um ambiente de diálogo que possibilite a construção de um denominador comum e restaurativo.

Fundamentando-se nas ideias de democratização de Justiça, premissas essas trabalhadas por Santos (2007), o acesso à Justiça é uma janela analítica privilegiada para se discutir a reinvenção das bases teóricas, práticas e políticas de um repensar do direito. Admitindo ser possível, o autor propõe uma nova concepção do acesso ao direito e à justiça, entre elas, inovações institucionais que fomentem a aproximação entre a justiça e a cidadania, o qual identifica-se a Justiça Restaurativa uma iniciativa meritória no sistema judiciário brasileiro.

Ao se tornar uma realidade no país desde 2004, com experiências exitosas apresentadas nos primeiros projetos implantados no Brasil, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) regulou uma política nacional da Justiça Restaurativa (Resolução 225/2016) com o objetivo de propor um modelo penal à prisão e como uma possível política criminal. Nesse sentido, a Justiça Restaurativa constitui um campo de progressivo aprendizado na busca de uma nova perspectiva frente à crise no sistema prisional brasileiro.

Constata-se a existência de diferentes programas e/ou projetos em curso nos Tribunais de Justiça pelo país nessa perspectiva. Contudo, é imperioso discutir quais estratégias são necessárias para a adoção da Justiça Restaurativa, quais metodologias seriam adequadas à realidade brasileira e quais agentes poderiam participar do processo, além de compreender de que forma a Justiça Restaurativa está sendo aplicada no país. A compreensão dessas questões torna-se fundamental para que essa concepção de justiça possa resultar em uma possibilidade eficaz de política criminal e democrática.

O Percorso Metodológico

A base lógica da investigação à qual o estudo se propôs foi a discussão dos limites e possibilidades dos mecanismos de resolução de conflitos penais e a adoção da Justiça Restaurativa no cenário brasileiro. Para tanto, a abordagem escolhida para identificar as possíveis fragilidades e/ou os pontos positivos foi o método dedutivo. Este método se caracteriza por uma abordagem mais ampla, em um nível de abstração elevado, com conexão descendente, do geral para o particular (Lakatos, 2003, p. 92).

Ele parte das teorias e leis consideradas gerais e universais, onde busca explicar a ocorrência de fenômenos particulares (Gil, 2008, p. 9). Ao analisar o marco teórico da Justiça Restaurativa, definindo os valores e ideais dessas práticas, pôde-se realizar uma conexão lógica que possibilitou identificar as similaridades ou distanciamentos das formas que a Justiça Restaurativa está

sendo aplicada no Brasil, indicando as possibilidades de ampliação ou reformulação da mesma.

Com a utilização da Pesquisa Bibliográfica, foram analisados os clássicos da literatura relacionados, de forma a interpretar a interação dos fenômenos criminológicos sociais que embasaram os teóricos daqueles que defendem o Abolicionismo Penal, Minimalismo e Garantismo Penal e sua similaridade com o surgimento da Justiça Restaurativa como uma nova perspectiva da pena.

A presente dissertação foi dividida em três capítulos, cujos objetivos foram a compreensão da crise no sistema prisional, identificando o perfil dos indivíduos submetidos ao cárcere, à problematização da pena de prisão e os caminhos que possibilitaram uma nova perspectiva ao conflito penal, apresentando a Justiça restaurativa em sua base teórica na horizontalidade nos conflitos penais e os marcos no cenário brasileiro.

A pesquisa bibliográfica foi desenvolvida a partir de um material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos. Buscou-se com a técnica, um olhar na questão da Justiça Restaurativa como alternativa de política criminal. Não obstante, houve a necessidade de utilização da Pesquisa Documental, em razão de trabalhar com o que Lakatos (2003, p. 174) denomina de “fontes primárias ainda não documentadas”, quais sejam relatórios de projetos, atendimentos, dados estatísticos de procedimentos realizados, além dos dados estatísticos já consolidados pelas plataformas do Sistema Nacional de Informações Penais e do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2024 para evidenciar a atual crise no sistema prisional e evidenciar o perfil daquele submetido à pena privativa de liberdade.

Obtendo os dados das diversas formas que a Justiça Restaurativa está sendo aplicada no cenário brasileiro, a proposta foi a de identificar as nuances e semelhanças/peculiaridades de cada projeto implantado nos projetos irradiadores nas metodologias, separando os tipos de delitos em que a justiça restaurativa é aplicada, ou seja, foi possível identificar as metodologias específicas utilizadas nos projetos

Nessa análise, buscou-se relacionar os limites e possibilidades com os valores identificados na teoria, onde foi possível apontar o que torna a Justiça Restaurativa como uma proposta de política criminal que busca a horizontalidade democrática na resolução dos conflitos penais.

1 A CRISE NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O primeiro capítulo da pesquisa busca uma abordagem crítica através de um recorte criminológico, processual e penal da crise no sistema prisional brasileiro. Para tanto, delimita-se acerca do direito de punir do Estado, realizando uma digressão sobre as teorias que legitimam as penas, com abordagem da criminologia, tendo por seu objeto a pena e suas formas de aplicação, procurando buscar respostas no que as teorias que legitimam a penas têm a dizer sobre a crise no sistema prisional.

Após, compreendendo as funcionalidades das penas, busca-se refletir acerca da efetividade nas punições, problema não restrito ao cenário brasileiro, mas um anseio de toda uma sociedade pós-moderna, caracterizado pela dificuldade de os sistemas jurídicos atuais atenderem às demandas de uma sociedade dinâmica e mutável.

O Brasil, no segundo semestre de 2023, alcançou a marca de mais de 850.377 mil pessoas cumprindo penas privativas de liberdade, de acordo com os dados informados pelo Sistema Nacional de Informações Penais (SISDEPEN), dados divulgados semestralmente que demonstram as estatísticas do sistema prisional brasileiro. As estatísticas levam o país à terceira maior população carcerária a nível mundial, de forma que escolhas por políticas públicas ultrapunitivistas contribuem para o aumento do encarceramento, além de massivas violações a direitos fundamentais.

Com a constatação de ser um problema que transpassa fronteiras, é necessário analisar sob a ótica interna dessa crise que anseia por eficiência, qual seja, compreender a realidade no sistema prisional brasileiro e a os seus liames

sociológicos que permeiam os altos índices de pessoas privadas de liberdade, indicando quais são as maiores incidências nos tipos penais, a disfuncionalidade na aplicação da pena e o estado de coisas inconstitucional reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347.

O sistema prisional tradicional apresenta-se incapaz de atingir seus objetivos, funcionando então com uma máquina de dor e sofrimento, entretanto temos que assumir que a seletividade, a destruição das relações horizontais e a reprodução da violência são partes do próprio sistema prisional. O sistema canaliza vingança. Zaffaroni (2021) explica que fomos colonizados mentalmente para conceber o sistema penal como um instrumento da justiça, quando, na verdade, o sistema penal rompe a balança da pobre justiça e, aproveitando que a mesma é cega, faz com que ela dê espadas onde bem entende.

Por fim, surge o exercício de reconhecer a vítima no processo penal e demonstrar que o atual sistema criminal tradicional a coloca em uma posição de neutralidade e por muitas das vezes a condiciona apenas a uma testemunha qualificada que será utilizada como prova no processo penal, apontando pela necessidade reconhecer a vítima como sujeito de direitos e garantias em uma perspectiva horizontal da Justiça.

A necessidade de se analisar a crise no sistema criminal parte do pressuposto essencial para construir um pensamento que possibilite entender os mecanismos de resolução de conflitos penais em sua perspectiva consensual, a qual posteriormente terá por enfoque a Justiça Restaurativa como uma proposta de modelo de Justiça.

1.1 O DIREITO DE PUNIR DO ESTADO

A pena implica um vínculo de autoridade entre quem reprova e quem é reprovado e como mecanismo de controle social, a pena tem seu caráter formal carregando a ameaça concreta e racional da sanção (Shecaira, 2014). Como

controle social específico de monopólio Estatal, seja para repressão dos delitos ou a prevenção, hoje a pena está relacionada ao caráter funcionalista do sistema penal: pune-se aquele que cometeu um delito, serve como uma forma de impedir o cometimento de novos delitos e reintegra o infrator na sociedade.

A pena como controle é encarada como a última trincheira, aplicando-se quando todas as instituições sociais falharem. O Estado, como titular do monopólio da violência física, é chamado para intervir, pois é um instrumento assecuratório que reafirma sua existência. A violência é específica para definição do Estado moderno, possuindo uma ligação íntima, onde se implica uma relação de dominação de homens sobre homens apoiada sobre o recurso da violência legítima (Weber, 1999). O autor argumenta que o Estado moderno é uma associação institucional de dominação que aspira a monopolizar com sucesso no interior de uma região a violência física legítima enquanto meio de domínio.

Para o presente estudo, será analisado a penologia como disciplina que se vincula à criminologia, tendo por seu objeto a pena e suas formas de aplicação, procurando responder o que as teorias que legitimam as penas têm a dizer sobre a crise no sistema prisional?

Cabe ressaltar que a criminologia é um campo de ciência empírica e interdisciplinar em que se estudam o crime, a vítima, o infrator e o controle social do comportamento delitivo onde se observa a ampliação de problematização de seu objeto, assumindo um enfoque dinâmico, pluridimensional e interacionista (Gomes e Molina, 2002). É um nome genérico designado a um grupo de temas estreitamente ligados, a saber, a explicação do crime, os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e atos desviantes, a natureza com a postura das vítimas dos crimes e como são atendidas pela sociedade e Estado e sobre o autor desses atos desviantes (Shecaira, 2014).

Como controle social específico estatal, seja para repressão dos delitos ou a prevenção, hoje a pena está relacionada ao caráter funcionalista do sistema penal: pune-se aquele que cometeu um delito, serve como uma forma de impedir o cometimento de novos delitos e reintegra o infrator, observando aos princípios da humanidade e da racionalidade.

A pena como retribuição visa apenas retribuir o mal causado, sem nenhuma finalidade. É retribuir para garantir a normalidade social quando uma ação objetivamente a contradiga, infligindo um sofrimento equivalente ao injusto produzido com o crime. As preventivas ensejam um fim utilitário para a punição, argumentando que se baseiam na necessidade social, não na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir a prática de novos delitos. Também são conhecidas como teorias utilitaristas, pois a pena seria um meio para o fim, diferentemente nas teorias retributivas, onde a pena é um fim em si mesmo.

A divisão nas teorias de prevenção são àquelas que possuem caráter geral e este é destinado à sociedade, já a especial é direcionada a uma pessoa específica do autor do delito. Batista e Zaffaroni (2011, p. 114) indicam a existência de dois grandes grupos de modelos legitimantes do poder punitivo constituídos a partir de funções manifestas da pena: a) O que se pretende que o valor positivo da criminalização atue sobre os que não delinquiram, das chamadas teorias da prevenção geral, as quais se subdividem em negativas (dissuasórias) e positivas (reforçadoras); e b) o que afirma que o referido valor atua sobre os que delinquiram, das chamadas teorias da prevenção especial, as quais se subdividem em negativas (neutralizantes) e positivas (ideologias re: reproduzem um valor positivo na pessoa).

As teorias mistas tem por objetivo agrupar em um conceito único os fins da pena, aceitando a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. Esta corrente procura unificar os aspectos mais destacados das funções de retribuição e de prevenção. Para a presente pesquisa, utiliza-se a análise das teorias Retributivas (absolutas), teorias Relativas (preventivas) da pena e as teorias Polifuncionais (eccléticas) que justificam a aplicação da pena privativa de liberdade.

1.1.1 Teorias absolutas (retributivas) da pena

A teoria absoluta, de enfoque legitimador da pena, representa que o autor do crime deverá pagar pelo mal cometido. Para essa teoria, a pena tem um caráter retributivo. A imposição da pena é uma decorrência lógica da delinquência, visa apenas retribuir o mal causado, sem nenhuma finalidade. É retribuir para garantir a normalidade social quando uma ação objetivamente a contradiga, infligindo um sofrimento equivalente ao injusto produzido.

É absoluta, pois a finalidade da pena é desvinculada de seu efeito social. A pena deve corresponder com a gravidade do delito. Realizar justiça é aplicar uma pena ao delito. Somente com a retribuição de um mal, poderá se obter justiça. Inspirada nos escritos de Hegel e Kant, a pena nada mais poderia aspirar ser que uma justa reação ao delito, de moral absoluta, voltada ao restabelecimento da ordem externa da sociedade, é absoluta por estar livre de amarras, desligada de uma consequência útil ou funcional (Anitua, 2008).

Para entender o contexto que as funções retributivas das penas estão inseridas, cabe relacionar com o tipo de Estado que lhe dá vida, e conforme Bitencourt (2011, p.117) as características do Estado absolutista eram a identidade entre o soberano e o Estado, a unidade entre a moral e o direito, entre o Estado e a religião, além da ideia que o poder do soberano era concedido por Deus. A ideia que se tinha da pena era a de ser um castigo com o qual se expiava o pecado cometido.

Tal concepção, como bem observa o jurista Luigi Ferrajoli (2010, p. 237) “gira em torno de três ideias fundamentais de caráter religioso: a vingança, expiação e do reequilíbrio entre pena e delito, os quais sempre exercitaram um fascínio irresistível no pensamento político reacionário” e nunca foram totalmente abandonadas pela cultura penalista, como bem se observa nos discursos eleitorais e políticas de segurança aplicadas no Brasil e atualmente debatidas pelo Executivo e Legislativo.

No período de transição para o mercantilismo, há o declínio do Estado absoluto e a relação do Estado-soberano-Deus é revisionada, pela visão burguesa, pela justificativa do contrato social. Sendo o Estado uma expressão do povo, a pena não pode mais continuar mantendo a fundamentação na já

dissolvida identidade divina do Estado-soberano, passando então a ser concebida com a retribuição da ordem jurídica adotada pelos homens e consagrada na lei.

As teorias retributivas possuem sua fundamentação no modelo iluminista do contrato social, onde o crime é percebido como uma quebra da obrigação contratual. A pena seria imposta como se fosse uma indenização contra o crime praticado e essa relação entre crime e pena se estabelece a partir de uma noção de dívida, cuja a lógica obrigacional fixa a necessidade da reparação do dano em razão do inadimplemento, no sentido de descumprimento das regras sociais impostas (Carvalho, 2015).

Bitencourt (2011) esclarece que o caráter retributivo da pena tem a difícil incumbência de se realizar a justiça. A pena tem como fim fazer justiça, nada mais. Por meio da imposição da pena absoluta não é possível imaginar nenhum outro fim que não seja único e exclusivamente o de realizar a justiça. A pena é um fim em si mesma, e conforme o cabe destacar que

O fundamento ideológico das teorias absolutas da pena baseia-se no reconhecimento do Estado como guardião da justiça terrena e como conjunto de ideias morais, na fé, na capacidade do homem para se autodeterminar e na ideia de que a missão do Estado frente aos cidadãos deve limitar-se à proteção da liberdade individual. Nas teorias absolutas coexistem, portanto, ideias liberais, individualistas e idealistas (Bitencourt, 2011, p.119).

Sob essa visão da pena como retribuição, tradicionalmente se destacam os filósofos Hegel e Kant, porém suas visões absolutas da pena possuem diferenciações, enquanto em Kant a fundamentação é de ordem ética, em Hegel é de ordem jurídica. A pena é um instrumento de manifestação do direito e supressão do mal causado pelo delito. Em Hegel, a pena é uma necessidade lógica:

o delito é uma violência contra o direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é, assim, a negação da negação do direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é sua afirmação). A pena é, portanto, a restauração positiva da validade do direito (Bitencourt, 2011, p. 123).

A pena será justificada pela necessidade recomposição do direito com uma violência proporcional àquela cometida contra o ordenamento jurídico e o

delito deve ser neutralizado através de uma força correspondente e a imposição da pena implica o restabelecimento da ordem jurídica violada. O princípio fundamental da teoria hegeliana da pena é centrado na ideia de que a violência destrói a si mesma com outra violência. O crime, por configurar uma lesão ao direito, deveria ser neutralizado por meio de uma força correspondente, no caso, a aplicação da pena (Carvalho, 2008).

Já o modelo de Kant é estruturado na finalidade de que pena jamais pode melhorar ou corrigir o homem e a lei penal é um imperativo categórico que deve ser respeitado e de acordo com Anitua (2008, p. 192), “para o filósofo a pena tem um objetivo moral que consiste em pagar uma violação do imperativo categórico sem incorrer no mesmo que se está castigando, motivo pelo qual não se pode atribuir o castigo a nenhuma outra função utilitária ou de conveniência”. A pena não parecia qualquer função social e ela existiria não por ser útil, mas por estar de acordo com a razão, a pena deve ser aplicada porque houve infringência à lei.

O réu deve ser castigado pela única razão de haver transgredido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para a sociedade, negando, desta forma, qualquer função preventiva, Salo de Carvalho (2008, p. 118) assevera que a “teoria absoluta da pena sob o viés kantiano recupera o princípio taliônico, encobrendo-o, no entanto, pelos pressupostos de civilidade e legalidade”. A retribuição ética e moral proporcionada pela pena no modelo kantiano se opõe ao retributivismo hegeliano, que o recoloca o problema sob a ótica jurídica. Os discursos de retribuição, sobretudo o Kantiano, são os que estruturaram os modelos penais até o século passado e, hoje, constituem as narrativas de maior estabilidade, ainda mais no discurso político.

Nilo Batista e Raul Zaffaroni (2011) ensinam, ainda, que Kant também justificava a necessidade da pena como proteção da visão do homem como fim em si mesmo:

Kant não encontrou outra forma de resolver essa inevitável contradição ao procurar dar à pena o caráter de um meio que garantisse o próprio imperativo categórico: quis demonstrar que, sem a pena, a garantia do ser humano como fim em si mesmo acaba

imediatamente. Dai a necessidade da pena, que não se mediatizaria o ser humano porque justamente era a única garantia de seu tratamento como humano (Batista; Zaffaroni, 2011, p. 522).

Claus Roxin (1997) se destaca como crítico de que as teorias de retributivas (absolutas) não podem se sustentar cientificamente, pois se hoje a finalidade do direito penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, a pena não é a única opção para o seu fim social, em outras palavras o autor prossegue que:

[...] el Estado, como intuición humana, no es capaz de realizar la idea metafísica de justicia ni está legitimado para ello. La voluntad de los ciudadanos le obliga a asegurar la convivencia del hombre em paz y em liberdade; esta limitado a es tarea de protección. (Roxin, 1997,p. 84).

Ao indicar as os aspectos mais críticos de Claus Roxin, Bitencourt (2011) analisa que ao afirmar que a teoria retributiva pressupõe a necessidade da pena, exige para tanto uma fundamentação, entendendo que na compensação da culpa humano não pode supor que seja tarefa do Estado retribuir com uma sanção toda a culpa:

A teoria retributiva da pena não explica quando se tem de sancionar, apenas diz: *se for imposta uma pena* – sejam quais forem os critérios -, *com ela tem de ser retribuído um delito*. Dessa forma, uma questão importantíssima fica sem a solução, qual seja, de saber sob que fundamento a culpa humana autoriza o Estado a castigar. A teoria retributiva fracassa diante da função de traçar um limite em relação ao conteúdo do poder estatal (Bitencourt, 2011, p.130).

As doutrinas absolutas estão estruturadas sob a máxima de que seria justo impor o mal pelo mal, lembrando que tais teorias atuam como retorno de sistemas punitivos primitivos baseados na vingança de sangue, situação que se pode observar nos discursos policiaiscos e de integrantes da classe política brasileira, o qual mantém o direito penal impregnado por essa lógica repressiva que decora o pensamento reacionário (Ferrajoli, 2010), porém sem refletir sob quais pressupostos está o Estado legitimado a castigar.

No Estado democrático de Direito, a teoria absoluta da pena não é mais aceitável em uma visão moderna e crítica do direito penal, onde se espera uma racionalidade na aplicação da pena, pois ao se ater apenas na simples retribuição do mal pelo mal, a pena com o fim em si mesma, de nada se distingue da vingança.

1.1.2 Teorias relativas (preventivas) da pena

As teorias relativas ou preventivas ensejam um fim utilitário para a punição, argumentando que se baseiam na necessidade social, não na ideia de realizar justiça, mas na função de inibir a prática de novos delitos. Também são conhecidas como teorias utilitaristas, pois a pena seria um meio para o fim, diferentemente nas teorias retributivas, onde a pena é um fim em si mesmo.

Para Juarez Tavares, em parecer utilizado na ADPF 347, a análise das teorias relativas ou preventivas conduz como consequência, à a investigação mais pormenorizada acerca do funcionamento das agências punitivas, especialmente do sistema carcerário. Com isso será possível identificar as condições efetivas da execução, bem como da eficácia da pena sobre a vida futura do condenado e sobre o próprio processo criminalizador.

Há quem indique que a noção da teorias relativas da pena pode ser atribuída a Sêneca, o qual se baseou em Platão, afirmando que: *Nemo prudens punit quia peccatum est sed ne peccetur*, o qual significa que nenhuma pessoa responsável castiga pelo pecado cometido, mas sim para que não volte a pecar (Ferrajoli, 2010; Bitencourt, 2011; 2012), não se baseando na ideais de realizar justiça, mas de impedir que se cometam delitos.

Essa prevenção se divide em prevenção geral negativa, prevenção geral positiva, prevenção especial negativa e prevenção especial positiva. A divisão entre os que possuem caráter geral é de este é destinado à sociedade, já a especial é direcionada a uma pessoa específica do autor do delito. Batista e Zaffaroni (2011) indicam a existência de dois grandes grupos de modelos legitimantes do poder punitivo constituídos a partir de funções manifestas da pena:

- a) O que se pretende que o valor positivo da criminalização *atue sobre os que não delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção geral*, as quais se subdividem em *negativas* (dissuasórias) e *positivas* (reforçadoras); e b) o que afirma que o referido valor *atua sobre os que delinquiram*, das chamadas *teorias da prevenção especial*, as quais se subdividem em *negativas* (neutralizantes) e *positivas* (ideologias re:

reproduzem um valor positivo na pessoa) (Batista; Zaffaroni, 2011, p. 115).

Em cada uma dessas classificações teóricas é necessário deter-se na função manifesta atribuída à pena e as suas consequências, na forma de defesa social por elas atribuídas e à essência do delito e a aplicação da pena para cada caso.

1.1.2.1 Prevenção Geral

É uma reafirmação do Direito Penal como regulador da sociedade em sua visão sistêmica, onde o Estado se utiliza da aplicação de uma pena de prisão para que a paz seja devolvida para assim reforçar simbolicamente a confiança do público no sistema social, a fim de que se possa superar a quebra de confiança provocada pelo crime, ao qual deve responder à pena em uma medida necessária para obter reequilíbrio do sistema. Se há o cometimento de um crime, há uma ofensa ao Direito Penal e conseqüentemente para restaurá-lo, a pena é aplicada. Ferrajoli (2010) argumenta que

As recentes doutrinas da prevenção geral denominada *positiva* seguramente confundem direito com moral, e inscrevem-se no inexaurível filão do legalismo e do estatismo ético, conferindo às penas funções de integração social por meio do reforço geral da fidelidade do Estado, bem como promovem o conformismo das condutas, fato que se verifica desde as doutrinas que genericamente concebem o direito penal como instrumento insubstituível de “orientação moral” e de “educação coletiva” (Ferrajoli, 2010 p. 256).

A teoria da prevenção geral positiva objetiva difundir na sociedade a consciência geral de respeito às normas, e sob elas, a integração social, pois um indivíduo que respeita as normas é aquele que faz parte da sociedade, daí a característica de integração. Se busca a conservação e reforço da confiança que a sociedade espera do ordenamento jurídico, não é apenas um caráter intimidatório, como bem se observa na prevenção geral negativa. A teoria da

prevenção geral positiva em sua visão reforça simbolicamente internalizações valorativas do sujeito não delinquente para conservar e fortalecer os valores éticos-sociais elementares em face de ações que lesionam bens e encaminha contra esses valores, as quais devem ser respondidas na medida necessária.

Quanto à prevenção geral negativa, observa-se uma intimidação coletiva, ou como observa Ferrajoli (2010) *ameaça legal*, e o aspecto negativo significa dizer que a intimidação é dirigida à sociedade para que os indivíduos não cometam crimes. Pretende obter com a pena, a dissuasão daqueles que não delinquiram e poderiam sentir-se tentados a fazê-lo. Com esse discurso, a pena assume sua função utilitária. A prevenção geral negativa se construiu tendo por base a teoria da coação psicológica de Feuerbach e conforme Bitencourt (2011)

é por meio do direito penal que se pode dar solução ao problema da criminalidade. Isso se consegue, de um lado, com a cominação penal, isto é, com a ameaça da pena, avisando aos membros da sociedade quais as ações injustas contra as quais se reagirá; por outro lado, com a aplicação da pena cominada, deixa-se patente a disposição de cumprir a ameaça realizada (Bitencourt, 2011, p. 133).

Salo de Carvalho (2008, p. 125), entretanto indica que o “fundamento intimidatório da pena estaria condicionado à eficácia dos aparelhos judiciários e executivos” e se há o objetivo da pena como coação psicológica àqueles que pretendem cometer ilícitos, sua execução deveria ser certa para o delinquente e com efeitos secundários para a sociedade, sob pena de perder seu caráter simbólico.

Nas lições de Juarez Tavares, as teorias da prevenção geral negativa (dissuasão) ora se acoçam de conteúdo retributivo, ora assumem teor relativo mais evidente, em ambas situações, a medida da pena é uma moderação da exemplarização. A crítica vem no sentido que estaríamos diante do direito penal do terror, pois o ser humano deve ser o fim e não o meio, não se usa da intimidação dos indivíduos como meio para que não haja cometimento de crimes semelhantes e o escopo de exemplaridade repressiva, no entanto

tornaria a pessoa penalizada um “bode expiatório” à serviço do poder. O controle social via ameaça abaria utilizando o homem como meio

para dissuadir os demais indivíduos do corpo social a não cometerem atos considerados pífidos; rompendo com a ética kantiana na qual o homem não pode servir de instrumentos aos fins do Estado. (Carvalho, 2008, p. 126).

Observa-se no que essa teoria permite legitimar a imposição de penas sempre mais graves, porém não se consegue nunca a dissuasão total (Batista; Zaffaroni, 2011). Os índices de aprisionamento nos delitos relacionados ao tráfico de drogas comprovam essa limitação, pois ao se tentar dissuadir com penas mais graves na nova lei 11.343/06 os crimes continuaram a serem cometidos e em maior escala, mesmo com o endurecimento de penas, o crime aumenta.

Além disso, seus efeitos são duvidosos, pois seria necessário que cada indivíduo da sociedade tenha o conhecimento das penas aplicadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo a que se propõe) e a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem dentro dos parâmetros das normas penais, não tendo razão de adotá-la dentro de um sistema penal de caráter garantista. Em efeito, observa Carvalho (2015, p. 1336), ancorado no objetivo intimidatório, o direito penal legitima as agências de punitividade a utilizar o sujeito criminalizado como um simples objeto de exemplaridade, ampliando, gradual e sucessivamente, sua ingerência no corpo social.

As duas versões da prevenção geral não são distantes uma da outra, pois enquanto a negativa considera que o medo impediria o cometimento de crimes, a positiva chega a uma dissuasão provocada pela satisfação de quem acha que somente são castigados àqueles que não controlam seus impulsos criminais e pretende continuar controlando-os. Percebe-se que a pena nas teorias de prevenção geral não é direcionada àquele que cometeu o delito, inexistindo qualquer fim educativo ou moral, sendo a pena distante de pretensões correccionalistas, as quais serão trabalhadas no tópico seguinte.

1.1.2.2 Prevenção Especial

Diferente dos modelos das teorias retributivas e preventivas gerais, o foco agora é no indivíduo e o Estado se utiliza da pena para que este não volte a cometer o delito. Nesse ponto a pena é dirigida ao agente que cometeu o crime. Perdendo o caráter retributivo, tem por objetivo habilitar o delinquente para a vida em sociedade. A neutralização do condenado consiste na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena. A prevenção especial pode ser dividida em seu aspecto positivo e negativo.

Em relação à prevenção especial positiva, o autor principal é o alemão Von Liszt, com influência da escola italiana, indica que a necessidade de pena se mede com critérios preventivos especiais, segundo os quais se obedece a uma ideia de ressocialização e reeducação do delinquente, à intimidação daqueles que não necessitem ressocializar-se e também para neutralizar os incorrigíveis.

Entretanto, Batista e Zaffaroni (2011, p. 126) argumentam que é insustentável a pretensão de melhora

mediante um poder que impõe a assunção de papéis conflitivos e que os fixa através de uma instituição deteriorantes, na qual durante prolongado tempo toda a respectiva população é treinada reciprocamente em meio ao contínuo reclamo desses papéis. Eis uma impossibilidade estrutural não-solucionada pelo leque *ideologias re*: ressocialização, reeducação, reinserção, repersonalização, reivindicação, reincorporação. Estas ideologias encontram-se tão deslegitimadas, frente aos dados da ciência social, que utilizam como argumento em seu favor a necessidade de serem sustentadas apenas para que não se caia num retribucionismo irracional, que legitime a conversão dos cárceres em campo de concentração.

A função da pena e do direito penal era a proteção de bens jurídicos por meio da incidência da pena na pessoa do delinquente, com a finalidade de evitar delitos posteriores. A tese defendida por Von Listz pode ser sintetizada em três palavras: *intimidação*, *correção* e *inocuidade* (Bitencourt, 2011).

Não se fala mais em pena e sim medidas, pois supõe que o delinquente é um sujeito perigoso ou diferente do sujeito normal, devendo ser tratado de acordo com sua periculosidade, uma vez que o castigo e a intimidação

não têm mais sentido, a pretensão é corrigir, ressocializar ou inocuizar. Nesse sentido

O interesse jurídico-penal já não serve o de restaurar a ordem jurídica ou intimidação geral dos membros do corpo social. A pena, segundo esta nova concepção, deveria concretizar-se em outro sentido: o da defesa da nova ordem, a defesa da sociedade. O delito não é apenas a violação da ordem jurídica, mas antes de tudo um *dano social*, e o delinquente é um *perigo social* (um anormal) que põe em risco a nova ordem. Essa defesa social referia-se a alguns dos setores sociais: o econômico e o laboral. Trata-se da passagem de um Estado guardião a um Estado intervencionista, suscitada por uma série de conflitos caracterizados pelas graves diferenças entre possuidores e não possuidores dos meios de produção, pelas novas margens de liberdade, igualdade e disciplina estabelecidas (Bitencourt, 2012, p. 317).

Desta forma, a pena como controle social é exercida com os argumentos de que há homens bons (normais e não-perigosos) e homens maus (perigosos e anormais), de forma que a defesa da sociedade contra atos destes homens anormais ou perigosos prevê medidas ressocializadoras. Entretanto, tal visão dualista vai possibilitar posteriormente as justificativas de um Direito Penal do Autor (inimigo).

Quanto a função da pena como prevenção especial negativa, observa-se uma prevenção especial mínima apenas para evitar a reincidência. A aplicação da pena privativa de liberdade por meio da segregação do cárcere vislumbra a neutralização daquele que praticou a infração penal, com o objetivo de o delinquente seja impedido de praticar novas infrações penais, pelo menos junto à sociedade da qual foi retirado. A criminalização não vem para melhorá-la, mas para neutralizar os “os efeitos de sua inferioridade, à custa de *um mal para a pessoa*, que ao mesmo tempo é um *bem para o corpo social*.”

Destaca-se que fins da prevenção especial seriam ineficazes diante do delinquente que não necessita de intimação, reeducação ou inocuização, em razão de não haver a menor probabilidade de reincidência, especificamente dos delinquentes de crimes não habituais, ou aqueles praticados por emoção, o que nestes casos levaria à impunidade do autor, esvaziando desta forma a finalidade da pena.

Na busca do conceito de periculosidade do delinquente, a prevenção especial é limitada na difícil precisão, vez que seria necessário, como bem assevera

A realização de um juízo, quase profético, que “acerte” sobre sua conduta futura. E, à luz dos atuais conhecimentos científicos, não é possível demonstrar com segurança a veracidade desse profético juízo que prevê a prática futura de um delito. Portanto, se não se espera a realização de um delito, de duas, uma: se trata de afirmar a perigosidade *criminal*, não há motivo nem base suficiente para que o sujeito seja submetido a um juízo de prognóstico; e se o que se afirma é a perigosidade *social*, o Direito Penal, que se refere ao delito, carece de legitimação para intervir (Bitencourt 2011, p. 144).

O ideal ressocializador tem sido objeto de várias críticas, entre as quais o autor destaca as seguintes: o seu conteúdo ou finalidade; e a impossibilidade de pô-lo em prática. Hoje, como bem se observa nos dados sobre reincidência trabalhados anteriormente no cenário brasileiro, o debate sobre prevenção especial deveria estar “muito mais preocupado em evitar os *efeitos dessocializadores* da pena privativa de liberdade do que propriamente com a *ressocialização* do encarcerado.

1.1.3 Teorias Polifuncionais (Ecléticas) da Pena

Os debates sobre as teorias da pena não se limita nas teorias da prevenção geral e da prevenção especial, bem como da retributiva. As teorias polifuncionais tem por objetivo agrupar em um conceito único os fins da pena, aceitando a retribuição e o princípio da culpabilidade como critérios limitadores da intervenção da pena como sanção jurídico-penal. Esta corrente procura unificar os aspectos mais destacados das teorias absolutas e relativas.

Entretanto, a pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado, além de buscar a consecução dos fins de prevenção geral e especial.

Essas teorias unificadoras limitaram-se a justapor os fins preventivos, especiais e gerais, reproduzindo assim as insuficiências das

concepções monistas da pena. Posteriormente, em uma segunda etapa, a atenção da doutrina jurídico-penal fixa-se na procura de outras construções que permitam unificar os fins preventivos gerais e especiais a partir dos diversos estágios da norma (cominação, aplicação e execução). Enfim, tais teorias centralizam o fim do direito penal “na ideia de prevenção. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas a mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção. Bitencourt (2011, p. 151).

A pena não pode, pois, ir além da responsabilidade decorrente do fato praticado. Essas teorias centralizam o fim do direito penal na ideia de prevenção. A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade (ou de ambas ao mesmo tempo), desempenha um papel apenas limitador (máximo e mínimo) das exigências de prevenção. Salo de Carvalho indica que o cenário das últimas décadas é o de total fragmentação das teorias da pena, vez que

Emergem e coexiste distintos discursos, na maioria das vezes contraditórios, sem que se tenha um consenso mínimo sobre o papel da sanção penal (e do próprio direito penal) na contemporaneidade. O primeiro sinal de esgotamento das grandes narrativas penológica é o inconsequente recurso, utilizado pela dogmática penal, aos sistemas mistos de justificação (teorias unificadoras, ecléticas ou polifuncionais) (Carvalho, 2015, p. 2633).

A decepção produzida pela incapacidade do ideal ressocializador colocou o sistema penal em crise, acerca do critério de utilidade da pena

Nesse sistema, as pretensões positivistas mais progressistas de transformar o indivíduo visavam alcançar o que seria útil e conveniente para todos, até mesmo para o detento. Mas isso seria uma característica apenas do modelo teórico. Na prática do castigo, esse pretense humanismo suporia arbitrariedades exercidas pelos “especialistas! Na conduta e em sua reforma, e sobretudo para os que sofriam os efeitos do aprisionamento, encerrando-se como guardiães (Anitua, 2008, p. 805).

No Brasil, observa-se a adoção da teoria polifuncional da pena e conforme *caput* do art. 59 do Código penal: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e

prevenção do crime”. Há a punição do delinquente, com base na análise de características subjetivas, cujo objetivo da punição é a repressão e impedir que se cometam novos delitos.

Citando novamente Salo de Carvalho,

A opção das doutrinas penais pela criação de modelos unificadores parece revelar uma idealização romântica de que os sistemas são independentes, autônomos e autorreferenciais e, portanto, dotados de uma capacidade auto gestonária na qual a integração de funções automaticamente corrige as crises, anulando as contradições e preenchendo as lacunas. De maneira autofágica, o que se propõe como alternativa à incapacidade resolutiva do sistema é mais sistema. E não apenas substituição de um modelo por outro, mas a fusão de distintos discursos e de suas funções (declaradas) (Carvalho, 2015, p. 2546),

Como bem se observa, na questão da crise no sistema prisional brasileiro, em sua seletividade penal, no encarceramento da juventude negra, nos altos índices de reincidência e no crescimento da população carcerária, a unificação das funções da pena não corrige cada teoria adotada, mas sim agrava sua crise.

1.2 A BUSCA POR EFICIÊNCIA NAS PUNIÇÕES

A busca de soluções para aperfeiçoamento do processo penal frente às exigências de uma sociedade complexa e diversificada tem sido tema recorrente nas pesquisas jurídicas no Brasil que debatem a efetividade e a morosidade dos processos penais (Adorno e Pasinato, 2007 e 2010; Achutti, 2009; 2016; Divan, 2014), ou seja, buscam analisar o funcionamento da justiça com base não apenas em sua eficiência, mas também sob a ótica de sua efetividade.

A sociedade espera que, no processo penal, se faça a justiça; porém, quer essa resposta estatal de maneira célere, com efeitos imediatos nos altos índices de criminalidade. Prende-se aquele que cometeu o delito e espera-se

que não ocorra esse delito novamente. Contudo, não é o que se observa não apenas na realidade brasileira, mas nas sociedades pós-modernas como um todo, pois as interrelações dos indivíduos se tornaram e ainda tornam cada vez mais complexas e dinâmicas, demandando uma adequação do processo penal frente à globalização. Nesse sentido,

Com a globalização esse problema se intensificou. De fato, as interações entre os indivíduos se tornaram mais complexas, potencializando os conflitos. Por outro lado os avanços tecnológicos facilitaram o surgimento de novos comportamentos lesivos, a exemplo dos delitos praticados por intermédios da rede de computadores. É de se destacar ainda o sentimento de generalizado de insegurança, muitas vezes incentivado pelos meios de comunicação em massa, circunstância que acaba estimulando o recurso à proteção do direito penal. (Leite, 2013, p. 7).

Hoje, há o consenso de que o Direito Penal deve ser marcado pela fragmentariedade e de *ultima ratio* para a proteção dos bens jurídicos, porém a simples norma penal não é capaz por de evitar que os indivíduos violem os preceitos legais, surgindo então o direito de punir do Estado. Entretanto, esse *jus puniendi* não pode punir de qualquer maneira, pois também deve levar em consideração o processo penal, ou seja, o ordenamento jurídico a ser observado no exercício da função punitiva, observando os direitos fundamentais (Bedê Junior, 2009, p. 24).

Sob esse aspecto, o processo penal deveria representar mais uma forma de autolimitação desse *jus puniendi* do que um instrumento da persecução penal. Sob outro aspecto, Afranio Jardim (1990) defende um direito processual democrático, pois para o autor o processo penal é fruto do avanço civilizatório da humanidade, resultante da juridicização do poder punitivo do Estado, diferenciando-se do Direito Penal, o qual apresenta caráter meramente repressivo, já o Direito Processual Penal seria comprometido com a questão da liberdade e respeito às garantias.

Como observando por Binder (2003, p. 32), a “construção de um modelo processual deve responder o duplo problema de eficiência e da garantia”.

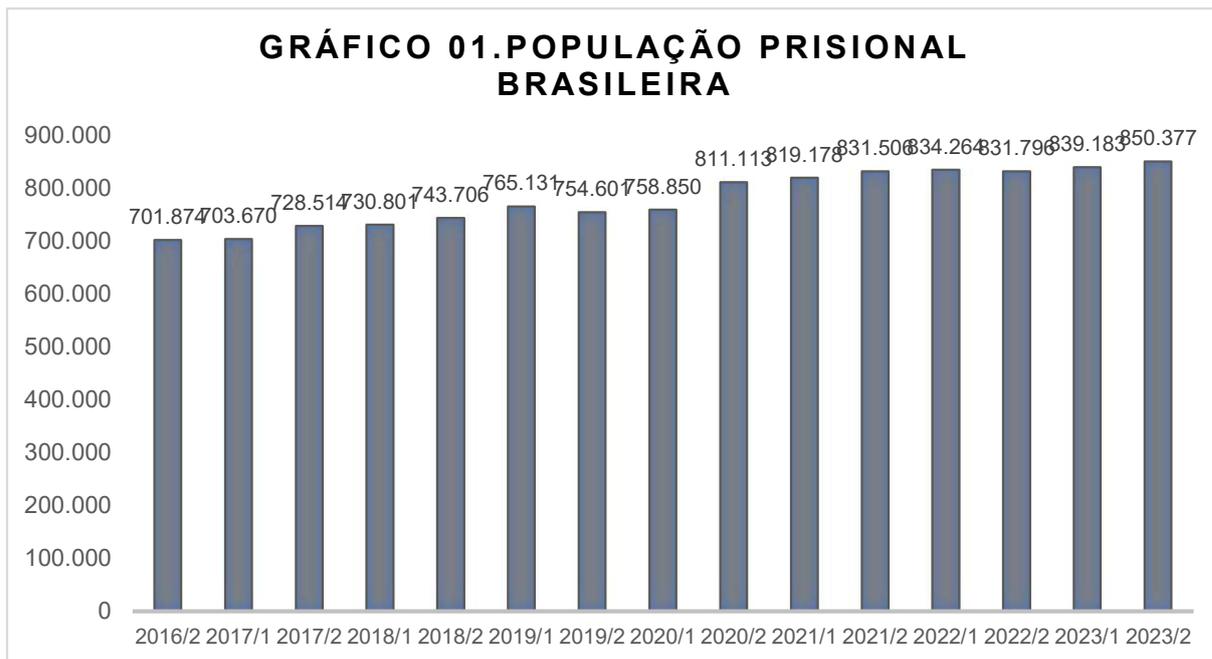
Portanto, na construção desse modelo aparecerá um ponto de equilíbrio ou perfeição que se converte no ideal de sua construção e que consiste (em termos puramente formais) em uma “máxima eficiência na aplicação da coerção penal, embora com respeito absoluto pela dignidade humana”.

Verifica-se, então, o dilema existencial do processo penal, qual seja, a eficiência na aplicação das penas versus a garantia dos direitos fundamentais. Para assegurar maior eficiência na aplicação das penas, é necessária a limitação de direitos? Não necessariamente. Defende-se que, ainda que se busque a eficácia na aplicação das penas, deve-se observar os direitos e garantias fundamentais de todos os envolvidos nesse conflito penal. Questiona-se, por fim: o processo penal brasileiro é eficiente na aplicação das penas? Para buscar respostas à questão, faz-se necessária uma análise da realidade prisional brasileira, a qual será abordada no tópico seguinte.

1.3 COMPREENSÃO DA REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Segundo os dados divulgados em 2024 pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, em 2023 havia 832.295 pessoas privadas de liberdade no Sistema Penitenciário. Em números mais atuais, utilizando as estatísticas divulgadas pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, referente aos dados consolidados no segundo semestre de 2023, a população em cumprimento de pena seria de 851.493 pessoas privadas de liberdade.

Para melhor visualização, segue o gráfico elaborado com as estatísticas extraídas da plataforma SISDPEN (Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional), com o histórico da população prisional brasileira



Fonte: elaboração própria a partir das informações extraídas da plataforma SISDPEN.

Segundo a entidade *World Prison Brief* (WPB) vinculada à Universidade de Londres, a qual monitora os dados de encarceramento a níveis mundiais, o Brasil aparece na terceira posição, sendo ultrapassado apenas pelos países dos Estados Unidos e da China, que ocupam a primeira e segunda posição, respectivamente.

Diante da relevância da questão prisional, em 2015 o Partido Socialista e Liberdade (PSOL) ajuizou Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, pedindo que o Supremo Tribunal Federal reconheça as diversas violações a direitos fundamentais daqueles submetidos à prisão, solicitando que o Estado tomasse uma série de providências de forma minimizar os direitos violados da população carcerária.

A ação defendia a interpretação que o sistema prisional brasileiro vive um *estado de coisas inconstitucional*, diante das situações de indignidade, das violações de diversos direitos fundamentais e do aumento da criminalidade, além da falha estatal estrutural diante da responsabilidade do poder público, o que justificaria a atuação judicial.

É importante ressaltar que o *estado de coisas inconstitucional* constitui em uma técnica interpretativa criada pela Corte Constitucional Colombiana que desde 1997 (*Sentencia nº SU-559 de 06/11/1997*) passou a desenvolver e aperfeiçoar tal tese, a qual possibilita o Poder Judiciário declarar um *estado de coisas* como inconstitucional, além da exegese constitucional da (in)validade de determinado ato normativo. Para o Azevedo Campos (2015; 2016), ao existir um quadro insuportável de violação massiva dos direitos fundamentais, decorrentes de atos comissivos e omissivos praticados por diferentes autoridades públicas, agravado pela inércia reiterada de todos os setores, a Corte Constitucional seria legitimada a interferir na formulação e implementação de políticas públicas, determinando medidas concretas para a superação dos *estados de inconstitucionalidades*.

Quanto ao paradigma colombiano, 45 professores dos municípios colombiano de *María La Baja e Zambrano* tiveram o reconhecimento de seus direitos previdenciários recusados pelas autoridades locais. A Corte Colombiana constatou que o descumprimento da obrigação era generalizado, não apenas limitado ao caso em concreto em análise, mas sim alcançando um amplo número de professores. Cumprindo o que afirmou ser um “dever de colaboração” com os outros poderes, tomou decisão que não se limitou às partes do processo: declarou o estado de coisas inconstitucional; determinou aos municípios, que se encontrassem em situação similar, a correção da inconstitucionalidade em prazo razoável; e ordenou o envio de cópias da sentença aos Ministros da Educação e da Fazenda e do Crédito Público, ao Diretor do Departamento Nacional de Planejamento, aos Governadores e Assembleias, aos Prefeitos e aos Conselhos Municipais para providências práticas e orçamentária.

Ao reconhecer a complexidade da situação agravada, o Poder Judiciário não se limitaria a resolver os problemas individuais ou assegurar direitos específicos, mas sim proteger a dimensão objetiva dos direitos fundamentais. A Corte Constitucional ao se deparar com o *estado de coisas inconstitucional* também estaria diante de um litígio estrutural, que se caracteriza pelo alcance a número amplo de pessoas atingidas, no caso brasileiro, a população prisional.

Para o autor, ao enfrentar litígios dessa magnitude, o Poder Judiciário deve fixar “remédios estruturais” voltados ao redimensionamento dos ciclos de formulação e execução de políticas públicas, o que não seria possível por meio de decisões tradicionais. Ao adotar tais “remédios”, haveria a superação das barreiras políticas e institucionais, além do incentivo à deliberação e diálogo sobre causas e soluções do problema enfrentado.

Em síntese, são três os pressupostos de existência do *estado de coisas inconstitucional*:

- a) A constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas;
- b) a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira “falha estrutural”, que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação;
- c) a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes - são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos, etc. (Azevedo Campos, p. 3 , 2015)

Quanto ao caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, após oito anos, julgou definitivamente o mérito da Arguição de Descumprimento Fundamental (ADPF nº 347) em 04 de outubro de 2023 e por unanimidade de votos, o Plenário reconheceu a existência de um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, afirmando que a atual situação das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir dos fins de garantir a segurança pública e ressocializar os presos.

A tese decidida foi que 1) há um estado de coisas inconstitucional no sistema carcerário brasileiro, responsável pela violação massiva de direitos fundamentais dos presos. Tal estado de coisas demanda a atuação cooperativa das diversas autoridades, instituições e comunidade para a construção de uma solução satisfatória. 2) Diante disso, União, Estados e Distrito Federal, em conjunto com o Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Conselho

Nacional de Justiça (DMF/CNJ), deverão elaborar planos a serem submetidos à homologação do Supremo Tribunal Federal, nos prazos e observadas as diretrizes e finalidades expostas no presente voto, devendo tais planos ser especialmente voltados para o controle da superlotação carcerária, da má qualidade das vagas existentes e da entrada e saída dos presos. Por fim, o 3) Conselho Nacional de Justiça realizará estudo e regulará a criação de número de varas de execução proporcional ao número de varas criminais e ao quantitativo de presos.

Segundo o julgado publicado, o descontrole do sistema prisional produz grave impacto sobre a segurança pública, tendo sido responsável pela formação e expansão de organizações criminosas que operam de dentro do cárcere e afetam a população de modo geral e diante da existência de um litígio estrutural diante da falha crônica no funcionamento das instituições estatais, que causa ou perpetua a violação a direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro. Desta forma a resposta envolve a necessidade de reformulação de políticas públicas, comportando uma solução bifásica, dialógica e flexível, envolvendo: uma primeira etapa, de reconhecimento do estado de desconformidade constitucional e dos fins a serem buscados; e uma segunda etapa, de detalhamento das medidas, homologação e monitoramento da execução da decisão.

Para a Corte brasileira, a promoção do diálogo interinstitucional e social legitima a intervenção judicial em matéria de política pública, incorporando a participação dos demais Poderes, de especialistas e da comunidade na construção da solução, em atenção às distintas capacidades institucionais de cada um. Ao analisar o reconhecimento de estado de coisas inconstitucional, o Tribunal orienta que o estado de desconformidade constitucional do sistema carcerário brasileiro expressa-se por meio dos três eixos abaixo sintetizados, dos quais comprometem a capacidade do sistema prisional de cumprir seus fins de ressocialização:

Eixo 1 - da superlotação e da má-qualidade das vagas existentes, marcadas pelo déficit no fornecimento de bens e serviços essenciais que integram o mínimo existencial

Eixo 2 - das entradas de novos presos no sistema de forma indevida e desproporcional, envolvendo autores primários e delitos de baixa periculosidade, que apenas contribuem para o agravamento da criminalidade;

Eixo 3 - da permanência dos presos por tempo superior àquele previsto na condenação ou em regime mais gravoso do que o devido.

Tal situação compromete a capacidade do sistema de cumprir seus fins de ressocialização dos presos e de garantia da segurança pública, finalidades já analisadas anteriormente quanto às funcionalidades das penas. Diante da declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema carcerário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal e determinou que:

(i) juízes e tribunais motivem a não aplicação de medidas cautelares alternativas à privação da liberdade quando determinada ou mantida a prisão provisória;

(ii) juízes fixem, quando possível, penas alternativas à prisão, pelo fato de a reclusão ser sistematicamente cumprida em condições mais severas do que as previstas em lei;

(iii) juízes e tribunais levem em conta o quadro do sistema penitenciário brasileiro no momento de concessão de cautelares penais, na aplicação da pena e durante a execução penal;

(iv) sejam realizadas audiências de custódia no prazo de 24hs, contadas do momento da prisão;

(v) a União libere as verbas do FUNPEN.

Diante do *estado de coisas inconstitucional*, a Corte Brasileira determinou um conjunto de medidas a serem adotadas pelo Poder Público, entre elas, fixou-se prazo para que a União, Estados e Distrito Federal, com participação do Conselho Nacional de Justiça, elaborem (em até 6 meses) e executem (em até 3 anos) planos para resolver a situação em suas respectivas unidades. Os prazos para os Estados e o Distrito Federal correrão após a aprovação do plano federal.

O plano nacional deve contemplar o marco lógico de uma política pública estruturada, com os vários órgãos e entidades envolvidos, bem como observar os objetivos e as medidas objeto de exame no voto, que incluem o

controle da superlotação dos presídios, melhoria da qualidade e aumento de vagas; o fomento às medidas alternativas à prisão e o aprimoramento dos controles de saída e progressão de regime. O plano deve, ainda, definir indicadores de monitoramento, avaliação e efetividade, bem como os recursos necessários e disponíveis para sua execução e os riscos positivos e negativos a ele associados.

Tais planos devem tratar dos três problemas principais do sistema, a saber: (1) vagas insuficientes e de má qualidade, (2) entrada excessiva de presos (em casos em que a prisão não é necessária) e (3) saída atrasada de presos (com cumprimento da pena por tempo maior do que a condenação). Os planos deverão ser aprovados pelo Supremo Tribunal Federal e terão sua execução monitorada pelo Conselho Nacional de Justiça, também com a supervisão da corte.

A decisão se mostra condizente com a própria limitação do Poder Judiciário, pois não se pode resolver o quadro *estado de coisas inconstitucional* no sistema prisional atuando isoladamente, correndo o risco de ser uma decisão impossível de ser cumprida. Tal mecanismo de acompanhamento e monitoramento dos planos determinados possibilita manter o diálogo com as demais instituições e entes estatais em torno das melhores soluções.

O reconhecimento das violações ocorridas no sistema prisional amplifica a situação não apenas no ambiente do cárcere, mas possui reflexos a toda segurança pública, pois diante da disfuncionalidade das penas, devolve-se à sociedade pessoas submetidas às condições degradantes e frequentemente forçados a se associar a organizações criminosas. Incapaz de ressocializar os presos, o sistema prisional acaba fomentado o retorno ao crime.

Trindade (2003, p. 18), ao analisar a disfunção da pena de prisão já argumentou que esta “possui efeitos criminógenos como agência do processo de criminalização secundária e de reincidência criminosa, a função real da prisão é de sementeira da criminalidade e de reiteração criminal”. Como bem descreve Wacquant (2001, p.7) em sua introdução à edição brasileira de *As prisões da Miséria*, as prisões brasileiras são “campos de concentração para pobres que

mais se assemelham a empresas públicas de depósito industrial de dejetos sociais do que instituições que servem para alguma função penológica”.

Há, portanto, um círculo vicioso: quanto pior é o sistema carcerário, maior é a criminalidade, maior é a falta de segurança pública, maior é a reincidência e, conseqüentemente, maior é a demanda de retorno ao cárcere. Em tais condições, o sistema prisional brasileiro é parte do problema da segurança pública e não sua solução.

Chama atenção a interpretação de que a prisão semeia a criminalidade, o que significa tratar-se dos processos de socialização a qual o preso é submetido, especificamente o da *prisonalização*, o qual Baratta (2002, p. 184) indica serem os modelos de comportamento, dos valores que caracterizam a subcultura carcerária e suas relações de poder, de normas, dos valores e das atitudes que representam essas relações: a educação para ser criminoso e a educação para ser um bom preso.

Para Zafaroni (2015, p. 38) a verificação histórica da gênese e da evolução do direito penal humano nos indica que o caminho metodológico não pode ser dedutivo, de forma que não nos cabe imaginar um cenário perfeito do sistema prisional, de acordo com as funcionalidades das penas, e deduzir como devem ser aplicadas as penas, pois para o autor o atual direito penal inumano centraliza-se na pena, quando deveria prover argumentos de contenção do poder punitivo.

O sistema prisional não age com neutralidade, pois responde a um sistema penal que se limita aos discursos legitimadores para os instrumentadores. Verifica-se que no Brasil, as políticas de encarceramento se limitam a estratégias eleitoreiras de construções ou ampliação de presídios, além de endurecimento de penas e/ou a criminalização de novos tipos penais como a única solução para criminalidade.

Nesse contexto, procurar-se-á demonstrar o perfil do encarcerado no sistema prisional brasileiro, relacionando-o com estudos que apontam os altos índices de reincidência e a seletividade penal, de forma que esses três eixos vão

corroborar os argumentos da crise no sistema prisional que justifica a adoção de um novo modelo de justiça.

1.3.1 O perfil prisional

Para a presente pesquisa, houve a necessidade de demonstrar o perfil daquele que está sob a tutela estatal cumprindo pena privativa de liberdade, de maneira que, identificando um perfil, poder-se-á observar o panorama da situação da crise do sistema prisional brasileiro e a gravidade da violação de direitos humanos operada pelo sistema punitivo brasileiro.

Para analisar a situação brasileira, utilizamos a base de dados disponibilizada pela Secretaria Nacional de Políticas Penais, através do SISDEPEN, sistema desenvolvido para coletar e armazenar dados penitenciários em âmbito nacional, viabilizando análises pontuais e acompanhamento da evolução histórica da população carcerária brasileira.

O SISDEPEN foi criado para atender a Lei 12.714/2012 que normatiza o sistema de acompanhamento da execução das penas, da prisão cautelar e da medida de segurança. Anteriormente, os dados eram divulgados através do levantamento das informações penitenciárias (INFOPEN), porém este não fazia o uso específico de sistema para essa finalidade.

Os dados são coletados durante ciclos semestrais (janeiro a Junho e Julho a Dezembro), conduzidos através de formulário online preenchido pelos responsáveis de cada unidade prisional, os dados são validados pelos gestores estaduais, após análise de consistência executada pela Secretaria Nacional de Políticas Penais. Ao final de cada semestre, os dados são consolidados e disponibilizados no formato de relatório, base de dados e painel dinâmico, cuja informações são disponibilizadas através de ciclos. Atualmente, as informações disponibilizadas no 15º ciclo indicaram que dia 31/12/2023 havia 850.377 pessoas privadas de liberdade no sistema prisional brasileiro.

Figura 01. Informação da População Prisional Brasileira

POPULAÇÃO PRISIONAL		2023/2	TOTAL
Presos em celas físicas	Estadual	642.491	648.997
	Federal	517	
Presos em carceragens de PC/PM/CBM/PF		5.989	
Pessoas em prisão domiciliar	Com Monitoramento Eletrônico	100.755	201.380
	Sem Monitoramento Eletrônico	100.625	

Fonte: Extraído da plataforma SIDESPEN 15º ciclo (Período de Julho a Dezembro de 2023).

Constam um compilado de informações dos presos em unidades do Brasil; unidades prisionais no país; população prisional por faixa etária; taxa de aprisionamento; vagas no sistema; crescimento populacional; movimentação de presos; população por regime; população por gênero; pessoas privadas de liberdade com e sem filhos; informações de corpo funcional que labora no sistema penitenciário brasileiro.

Também constam dados sobre população estrangeira; saúde no sistema prisional; dados sobre trabalho e educação prisionais; monitoramento eletrônico; mulheres e maternidade; composição do sistema por cor/raça; vagas destinadas exclusivamente a grupos específicos como os que se autodeclaram LGBTIA+; população indígena; pessoas presas com algum tipo de deficiência física, auditiva, intelectual, visual e múltiplas.

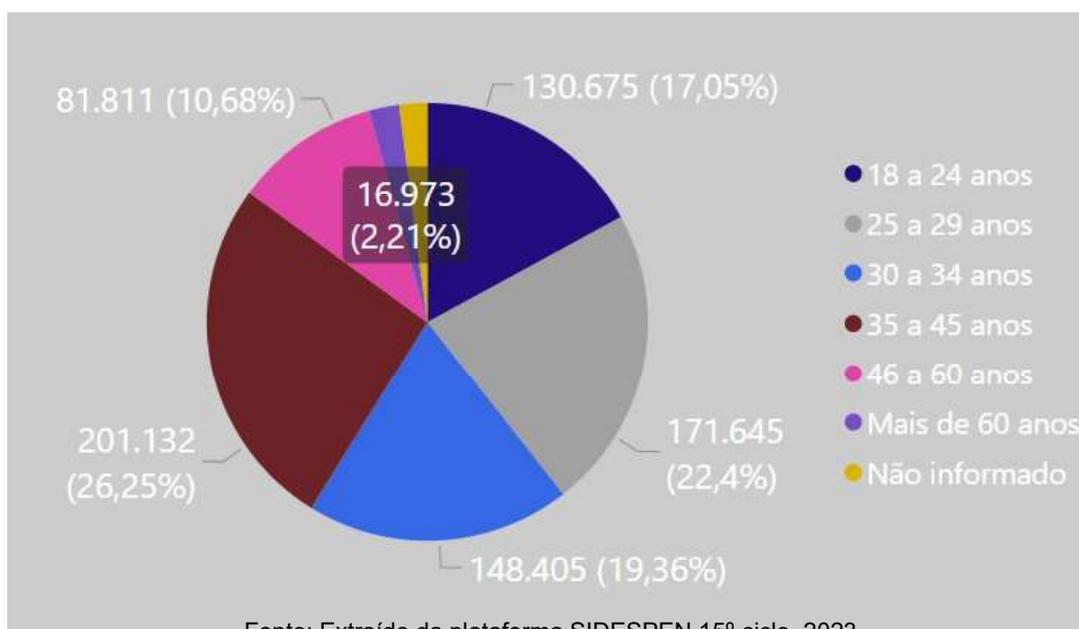
A compilação das informações constantes no sistema serve como suporte para análise da presente pesquisa, das quais extraímos os dados da faixa etária, gênero, cor e raça, além dos tipos penais, excluindo os presos em carceragens referentes a policiais civis, militares, corpo de bombeiro militar e polícia federal (5.989 presos).

Para corroborar nas análises dos dados divulgados, utilizaremos o último Anuário Brasileiro de Segurança Pública, constituindo um amplo retrato da Segurança Pública Brasileira, a qual condensa as informações fornecidas pelas secretarias de segurança pública estaduais, pelas polícias civis, militares e federal, sendo uma ferramenta importante para a promoção da transparência e da melhoria na qualidade dos dados, produzindo conhecimento e o debate de novos temas na agenda do setor.

1.3.1.1 Idade – Faixa etária

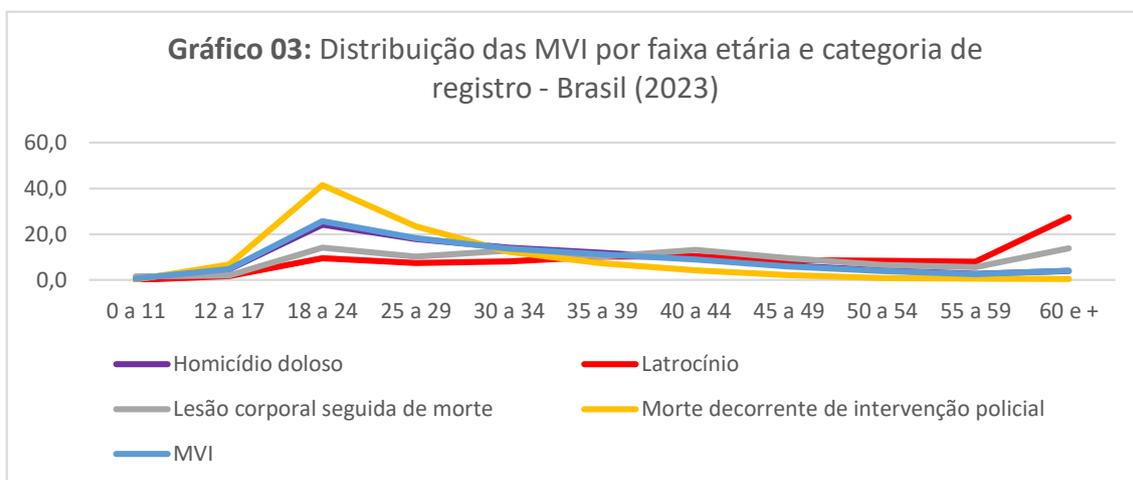
A partir dos relatórios mencionados anteriormente, podemos definir a faixa etária daqueles privados de liberdade no país, o gráfico seguinte demonstra os dados referentes às estatísticas das faixas etárias daquele submetido ao sistema prisional brasileiros, vejamos:

Gráfico 02. Faixa etária da População Prisional Brasileira



A partir da leitura do gráfico, observa-se há que mais de 39,4% das pessoas cumprindo pena possuem entre 18 a 29 anos. Tal estatística se relaciona com o perfil das vítimas de mortes violentas intencionais, a qual indica, conforme o Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2024), metade dos mortos tinham até 29 anos (49,4%), mas com padrões distintos a depender da ocorrência. Entre as vítimas de homicídio doloso, vítimas de até 29 anos

representaram 47,4% dos casos, chegando a 71,9% das vítimas de intervenções policiais com resultado morte.



Fonte: Gráfico disponibilizado pelo Relatório do Relatório do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2024.

Desta forma, tanto a população prisional quanto às vítimas de morte violenta possuem maiores incidências entre as faixas etárias dos 18 a 29 anos, o que nos leva à reflexão se o indivíduo não faleceu nesse período, possivelmente terá grandes chances de ser uma estatística do sistema prisional.

1.3.1.2 Gênero

Cabe chamar atenção ao termo “gênero” utilizado nas fontes de pesquisa, uma vez que os relatórios dizem respeito ao sexo biológico e não à construção social do gênero que transcende as características biológicas. Apesar de não ser objetivo do presente estudo discutir as nuances da categoria, se faz necessário a diferenciação conceitual entre os termos.

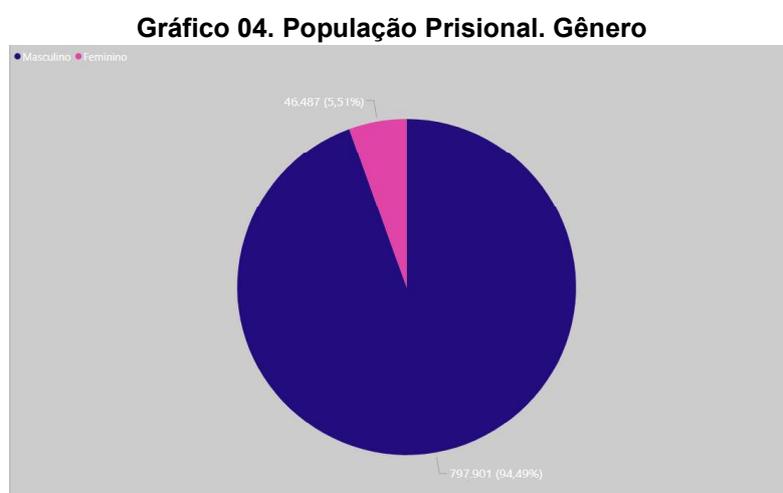
O sexo é atribuído no momento do nascimento, pois significa o elemento que serve de base para se estabelecer a identidade do indivíduo, seu estado de homem ou de mulher, a começar pelo nome, e, por conseguinte, todos os seus direitos e deveres. Já o gênero é a percepção de masculino ou feminino por conjunto de valores socialmente construídos que definem as diferentes características e os comportamentos. Está além dos limites biológicos. O sexo

seria imutável, universal; e o gênero seria seu correspondente cultural, a interpretação cultural do sexo.

Enquanto sexo é um conceito principalmente biológico, gênero é um conceito essencialmente social, sendo sua construção e representação apresentada das mais diferentes formas, pelas diferentes culturas. Gênero vai além dos sexos: Sua definição não se restringe apenas aos cromossomos, a conformação genital ou a presença ou não de determinadas gônadas, mas principalmente através da auto-percepção e da forma como a pessoa se expressa socialmente. (De Souza; Vieira, 2015).

“Gênero” é o termo utilizado para designar a construção do sexo biológico e sua relação com o contexto social e histórico, o uso do termo expressa todo um sistema de relações que inclui o sexo biológico. Já o termo “sexo” diz respeito à caracterização genética e anato-fisiológica dos seres humanos (Olinto, 1998). Os fatores que determinam as diferentes categorias possuem sim diferenciação, porém os estudos em análise ao que se pode concluir, dizem respeito à categoria sexo, de forma que se opta por utilizar o mesmo termo retratado nos relatórios em análise.

No tocante ao *gênero*, opta-se para comparar por base não apenas na diferença entre os números de população carcerária, mas sobre proporção de encarceramento. A população prisional do sexo masculino corresponde a 797.901 enquanto as mulheres privadas de liberdade correspondem a 46.487 com um número de encarcerados bastante inferior ao de homens, conforme gráfico abaixo:



Fonte: Gráfico extraído da plataforma SIDESPEN 15º ciclo, 2023.

Ainda que a população feminina seja em números reduzidos, a presença das mulheres nas prisões brasileiras necessita de políticas públicas consistentes. Com o aumento da população feminina ao redor do mundo, a necessidade de trazer mais clareza às considerações que devem ser aplicadas no tratamento de mulheres presas adquiriu importância e urgência. Desta forma, no cenário internacional, temos as Regras de Bangkok para o tratamento de mulheres presas e medidas não privativas de liberdade para mulheres infratoras.

Essas regras são inspiradas por princípios contidos em várias convenções e resoluções das Nações Unidas e estão, portanto, de acordo com as provisões do direito internacional em vigor. Elas são dirigidas às autoridades penitenciárias e agências de justiça criminal (incluindo os responsáveis por formular políticas públicas, legisladores, o ministério público, o judiciário e os funcionários encarregados de fiscalizar a liberdade condicional envolvidos na administração de penas não privativas de liberdade e de medidas em meio comunitário. (Organizações das Nações Unidas, 2010).

É interessante constatar que a população brasileira é constituída por sua maioria de mulheres - 51,5% (IBGE, 2022), mas sua presença nas estatísticas prisionais ainda é muito pequena, correspondendo a 5,5%. Isso significa que a cada 100 pessoas encarceradas, apenas cinco são mulheres.

1.3.1.3 Raça, cor ou etnia

Os relatórios utilizados na pesquisa identificaram a presente categoria como “raça, cor ou etnia”, porém não indicaram a diferenciação dos termos, o que se faz necessário no estudo. De acordo com o IBGE (2022), a raça no Brasil é uma questão de aparência, não de origem, e a marca principal que permite a identificação da raça é a cor, para qual existe uma espécie de escala de gradação que vai do branco ao preto.

O termo raça possui uma variedade de definições geralmente utilizadas para descrever determinado grupo de pessoas que compartilham certas características, sendo que a cor da pele constitui apenas uma delas. Já o termo etnia refere-se no âmbito cultural, uma comunidade humana definida por afinidades linguísticas, culturais e semelhanças genéticas (Santos et al, 2010).

A população prisional brasileira no contexto de raça/cor ou etnia tem como dados obtidos pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional (SISDEPEN), do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e do Fórum Brasileiro de Segurança Pública divulgado em 2024 (Ver Anexo. Tabela 01. Evolução prisional por cor/raça 2005-2023).

Segunda a tabela, no ano de 2023, 69,1% da população carceraria era composta de Negros (pretos e pardos), 29,7% de brancos, 1% de amarelos e 0,2% de indígenas.

Em nenhum momento da série histórica, que cobre o período entre 2005 e 2023, a representação racial se deu de modo diferente. Estamos lidando, portanto, com um processo criminal que tem cor. É razoável supor, a partir daí, que a decisão de quem será parado, revistado, detido e condenado é guiada pela raça. Importante que se diga que a exclusão social a que está submetida essa população engloba trajetórias individuais, mas as transcende, na medida em que deve ser localizada dentro da experiência dos membros raciais como um grupo. Na mesma linha, a consciência coletiva associa e confunde o significado de criminoso com o significado de negro. Ser considerado negro, em uma produção simbólica, é ser considerado criminoso e ser um criminoso negro é ser tido como um ser desprezível, um pária social. Com esse estigma racial, produzido pela definição negativa do que significa ser negro, o desafio é desconstruir a leitura de que os negros escolhem ser criminosos. (Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2024, p. 360).

Além da precariedade do sistema prisional as políticas de encarceramento se voltam para essa população específica, sendo estes alvos de agências de controle social formal, tais como, a Polícia, Ministério Público e Judiciário, abordaremos em tópico específico acerca da seletividade penal.

1.3.1.4 Tipos penais

Por fim, para a demonstração do perfil prisional e da completa dimensão da crise neste primeiro eixo de análise, é necessário indicar os crimes com maior incidência na população encarcerada, bem como as incidências por tipos penais daqueles que estão cumprindo uma pena privativa de liberdade, os gráficos relacionados a seguir são divididos em tipos penais, tais como tráfico, quadrilha ou bando, roubo, furto, receptação, homicídio, latrocínio, lei de

desarmamento, violência doméstica e outros, conforme tabela elaborada a partir dos dados divulgados pelo SISDEPEN (Ver Anexo 02. Tabela 02 – Incidência por tipo penal) e entre as maiores incidências.

Figura 02. Incidência de tipos penais.



Fonte: extraído da plataforma SIDESPEN 15º ciclo, 2023.

A seletividade nos tipos penais ser compreendida, a princípio, a partir da baixa incidência de outros tipos penais, vez que o Estado se encontra voltado para a repressão de determinados crimes, observa-se a incidência majoritária de crimes patrimoniais e os crimes relacionados ao tráfico de drogas.

1.3.2 Reincidência

Um dos temas mais discutidos na atual crise prisional brasileira é a reincidência, cujo efeito concreto tem servido como fator para agravar a pena em crimes passíveis de medidas substitutivas à prisão, negar benefícios penitenciários, determinar regime mais rigoroso e impedir a substituição da pena por alternativas penais, além de justificar o discurso de que a prisão fomenta a criminalidade. Compreender a dinâmica de entrada e saída do indivíduo submetido à prisão pode fornecer embasamento às políticas públicas voltadas à segurança pública.

Nesse contexto, a iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública – Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), em parceria com a Universidade Federal de Pernambuco (UFPE), elaborou um estudo meritório acerca da reincidência criminal no Brasil. Os estudos foram realizados com base

em dados disponibilizados pelo Depen a partir de informações de movimentação de presos.

O relatório divulgado foi elaborado a partir do estudo de 979 mil presos e tem como linha temporal de análise o período de 2008 até 2021. A amostra valeu-se de dados de 13 estados brasileiros: Acre, Bahia, Ceará, Distrito Federal, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraíba, Piauí, Paraná, Rio Grande do Norte, São Paulo e Tocantins.

Um dos maiores desafios apontados para compreender os indicadores de reincidência é definir os seus conceitos, de forma que o relatório, após revisão, identifica 5 classificações de reincidência, quais sejam:

- 1) Penitenciária: considera reincidente o indivíduo que cumpriu pena privativa de liberdade retorna à prisão (independentemente de ser condenado ou não);
- 2) Genérica ou policial: considera reincidente o indivíduo que cometeu mais de um crime, que foi registrado pela polícia ou pelo Judiciário;
- 3) Jurídica: considera reincidente o indivíduo que (i) teve condenação transitada em julgado (independente da natureza da pena) e que (ii) em até 5 anos do fim do cumprimento de sua pena tem uma nova condenação por crime ou contravenção;
- 4) Autorreportagem: considera reincidente o indivíduo que se identifica como reincidente ao responder questionários e pesquisas;
- 5) Institucional: inclui diferentes definições específicas a medidas utilizadas para a administração prisional e para programas de apoio a egressos (comumente se baseia das quatro definições anteriores. (DEPEN, 2022, p.10)

Julião (2016, p. 86), reconhecendo as diferentes formas de reincidência, já sugeria, para melhor compreensão, uma releitura do conceito em quatro vertentes, das quais, apesar de nominalmente não estarem incluídas no relatório, defende-se a síntese de sua análise, a saber: reincidência genérica, reincidência legal, reincidência penitenciária e reincidência criminal.

A chamada reincidência legal atende ao parâmetro de que ninguém pode ser considerado culpado de nenhum delito, a não ser que tenha sido processado criminalmente e, após o julgamento, seja sentenciada a culpa, devidamente comprovada (IPEA, 2015, p. 23). Considera-se reincidência, a

condenação do agente por um crime no período de até cinco anos, após a extinção da pena.

Tal definição de reincidência legal está normatizada pelo Código Penal brasileiro em seus artigos 63 e 64, o qual indica as condições pela qual ela pode ser verificada:

Art. 63. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

Art. 64 - Para efeito de reincidência: I - não prevalece a condenação anterior, se entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação;

A Reincidência Ficta se refere quando o agente comete novo crime após ter sido condenado definitivamente, mas antes de ter cumprido a totalidade da pena do crime anterior. Já a Reincidência Específica ocorre quando dois crimes praticados pelo agente são da mesma espécie. Greco (2022, p. 308) afirma que o Código Penal não adota essa abordagem de reincidência específica, basta a prática de crime anterior que pode ser ou não idêntico ou ter o mesmo bem jurídico protegido pelo crime posterior, praticado após o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Entretanto, há algumas situações em que uma reincidência específica pode servir de impedimento à concessão de alguns benefícios, tal como, a vedação do livramento condicional nos crimes hediondos ou equiparados quando o agente condenado é reincidente específico aos crimes dessa mesma natureza. Cabe mencionar o entendimento do STJ sobre reincidência específica, a saber: “Tratando-se de condenado reincidente em virtude da prática do mesmo crime, é vedada a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de nos termos do art. 44, §3º do Código Penal” (STJ, HC 6105/DF).

A reincidência genérica ocorre quando os crimes praticados pelos agentes são de espécies distintas, considera-se aquele que comete mais de um ato definido como crime, não importando se haverá condenação ou não. É o caso de muitos presos provisórios que entram no sistema prisional, porém no

final do processo não há uma condenação. De acordo com Julião (2009, p.86), a reincidência genérica sequer leva em consideração como princípio a condenação do indivíduo, pois não está preocupada com princípios técnicos, teóricos e metodológicos.

Exemplificando, no relatório da Câmara dos Deputados sobre a CPI do Sistema Carcerário (2008), há uma menção que a taxa recidiva penal no Brasil oscila de 70% a 85%, conforme unidade federativa. Porém, o instituto teve por base uma abordagem da reincidência genérica, sobrestimada pelos índices de presos provisórios, ou seja, àqueles que não possuem condenação.

Há ainda a Reincidência Penitenciária, conceito trabalhado por Adorno e Bordini (1986), que ocorre quando uma gente retorna ao sistema penitenciário após ter cumprido pena em um estabelecimento penal. Os pesquisadores chegaram a uma taxa de reincidência penitenciária que consideram baixa, 46,03%. Eles entendem que a reincidência é produzida pelo funcionamento dos aparelhos das instituições de controle, seja policial, da justiça e, sobretudo, da própria prisão em si.

A reincidência criminal, um conceito trabalhado pelos mesmos autores citados anteriormente, no artigo *A prisão sob a ótica de seus protagonistas* (1991), ocorreria quando o agente possui mais de uma condenação, independente do prazo legal estabelecido pela legislação brasileira. Na pesquisa, os autores chegaram ao resultado de reincidência criminal de 29,34%, observando que a reincidência era maior naqueles condenados por pena de prisão, concordando que a prisão produz delinquência e agrava a reincidência.

Retornando ao relatório de pesquisa sobre a reincidência criminal no Brasil (2022) além das revisões dos conceitos abordados, foram identificadas características mais relevantes acerca das entradas e saídas das unidades prisionais o que possibilitou a construção dos indicadores de reincidência. Dessarte, com base na classificação das movimentações o relatório desenvolveu cinco definições de reincidência penitenciária:

1) São considerados reincidentes os indivíduos com uma saída por progressão de pena, decisão judicial ou fuga que voltam a entrar em uma unidade prisional para cumprimento de pena;

2) São considerados reincidentes os indivíduos com uma saída por progressão de pena, decisão judicial ou fuga que voltam a entrar em uma unidade prisional – independente do tipo de entrada;

3) São considerados reincidentes os indivíduos do indicador (1) e também aqueles com uma saída e uma entrada sem classificação específica desde que o período fora da prisão seja maior ou igual a 14 dias, exceto transferências;

4) São considerados reincidentes os indivíduos do indicador (1) e também aqueles com uma saída e uma entrada sem classificação específica desde que o período fora da prisão seja maior ou igual a 7 dias, exceto transferências;

5) São considerados reincidentes os indivíduos com qualquer saída exceto transferência que voltam a entrar em uma unidade prisional por qualquer motivo, exceto transferência. Não é considerada reincidência uma saída e uma entrada subsequente classificada e que tenha 1 dia entre as movimentações; (DEPEN, 2022, p. 14).

E a partir das amostras utilizadas para cálculos das taxas de reincidência definidas, o estudo chegou a índices de reincidência que variam de 20,7% a 42,5%, conforme tabela abaixo extraída do relatório:

Tabela 03. Principais medidas de reincidências e características das amostras utilizadas.

Definição de reincidência	Amostra	Período avaliado	% que				
			reincide em até 1 ano	reincide em até 2 ano	reincide em até 3 ano	reincide em até 5 ano	reincide no período avaliado
1. Entrada para cumprimento de pena após saída por decisão judicial, fuga ou progressão de pena	912.054 internos	2010-2021	21,2%	26,8%	30%	33,5%	37,6%
2. Qualquer entrada após saída por decisão judicial, fuga ou progressão de pena	912.054 internos	2010-2021	23,1%	29,6%	33,5%	37,6%	42,5%
3. Qualquer entrada após 14 dias de uma saída	975.515 internos	2010-2021	20,7%	26,1%	29,1%	32,5%	36,4%
4. Qualquer entrada após 7 dias de uma saída	975.515 internos	2010-2021	20,7%	26,1%	29,2%	32,5%	36,4%
5. Qualquer entrada e saída exceto outras movimentações de até 1 dia	979.715 internos	2010-2021	23,3%	29,6%	33,2%	37,3%	41,9%

Fonte: Extraído do Relatório de Reincidência Criminal no Brasil. DEPEN, 2022.

Para Bitencourt (2011, p.168), as elevadas taxas de reincidência podem não só indicar a ineficiência da prisão como também refletir as transformações dos valores que se produzem na sociedade e na estrutura econômica. O autor ainda aborda que a recaída do delinquente não está ligada apenas pelo fato do fracasso da prisão, mas também por contribuição de outros fatores pessoais e sociais.

Os índices de reincidência aqui retratados, fazem parte do diagnóstico da crise no sistema prisional brasileiro, pois as estatísticas são apontam que instituição prisional falhou nos objetivos, sobretudo no que atende à recuperação do agente infrator. São indicativos de que a ressocialização através da prisão não está funcionando.

Nesse sentido, Baratta (2002) já argumentava que a prisão produz efeitos contrários a reeducação e à reinserção do condenado, facilitando o estreitamento de laços com a população criminosa. O autor esclarece que o cárcere é contrário a todo moderno ideal educativo, uma vez que e o encarcerado tem sido reconduzido à educação para ser um bom preso e a educação para ser criminoso; observa-se ainda, que além dos efeitos de prisionalização do indivíduo, a prisão constitui um campo em que facções criminosas manifestam o seu poder coercitivo paraestatal, como se extrai das constantes rebeliões prisionais no Brasil.

1.3.3 Seletividade racial no sistema prisional

A partir do que foi abordado anteriormente e com base nas informações dos dados sobre reincidência, pode-se traçar um perfil do encarcerado: a população encarcerada brasileira é composta predominantemente por jovens, de 18 a 29 anos, de cor negra, cuja incidência penal decorre majoritariamente de crimes patrimoniais e relacionados ao tráfico de drogas. Observa-se, então, uma seletividade racial na aplicação das penas privativas de liberdade, o que influencia diretamente na crise do sistema

prisional. Nesse sentido, cabe mencionar os estudos que se aprofundam sobre a temática (Flauzina, 2006; Carvalho, 2015; Alves, 2017; CC de Mello Prando, 2018).

A seletividade racial demonstra que o Estado brasileiro direciona suas forças para a repressão de crimes reconhecidamente não violentos. Podemos identificar, nas tabelas anteriores, que as maiores incidências são de crimes patrimoniais e tráfico de drogas, selecionando os bens a serem protegidos, privilegiando os interesses das elites e, ao mesmo tempo, imunizando-as do processo criminalizador. Como bem observa Baratta (2002, p.180), o sistema penal age em face dos grupos sociais mais débeis e marginalizados, onde a criminalização opera de modo desigual e de acordo com Carvalho (2015, p. 649), o cárcere é o instrumento mais caro disponibilizado pelo Estado para tornar as pessoas piores.

A seletividade racial é uma constância na historiografia dos sistemas punitivos e, em alguns casos, pode ser ofuscada pela incidência de variáveis autônomas. No entanto, no Brasil, a população jovem negra, notadamente aquela que vive na periferia dos centros urbanos, tem sido a vítima preferencial dos assassinatos encobertos pelos “autos de resistência” e do encarceramento massivo, o que parece indicar que o racismo se infiltra como uma espécie de metarregra interpretativa da seletividade, situação que permite afirmar o racismo estrutural, não meramente conjuntural, do sistema punitivo. (Carvalho, 2015, p. 649)

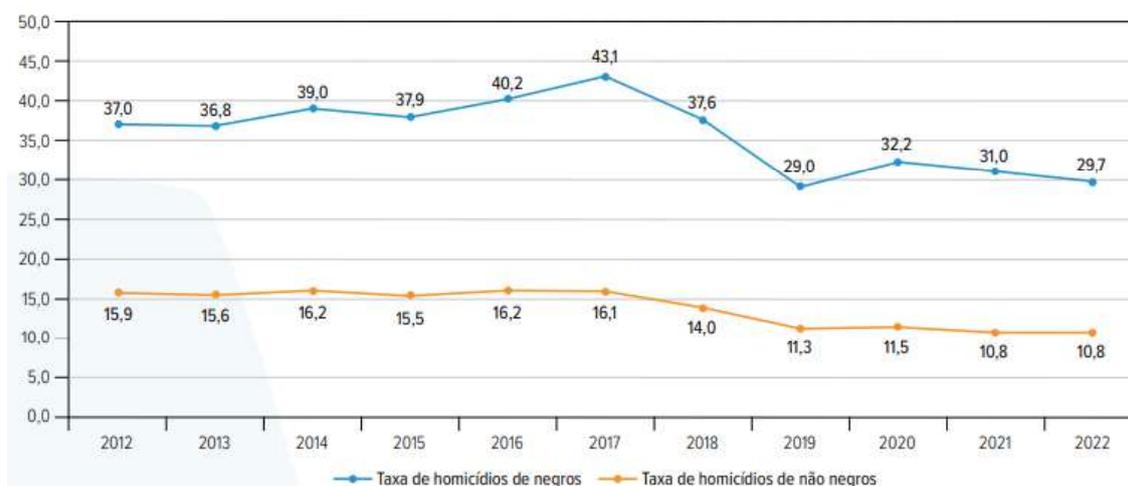
Os dados anteriormente retratados, ao indicarem que 69,1% da população prisional é negra, corroboram com a continuidade de um projeto de exclusão e reforço das desigualdades sociais, no qual jovens negros são passíveis à seletividade criminalizante do sistema penal, o chamado “perigo negro” como é retratado por Souza (2017, p. 83) onde o excluído, majoritariamente negro e mestiço, é estigmatizado como perigoso e inferior e perseguido não mais pelo capitão do mato, mas, sim, pelas viaturas de polícia com licença para matar pobre e preto.

Obviamente, não é a polícia a fonte da violência, mas as classes média e alta que apoiam esse tipo de política pública informal para higienizar as cidades e calar o medo do oprimido e do excluído que construí com as próprias mãos. Essa continuação da escravidão com outros meios se utilizou e se utiliza da mesma perseguição e da mesma opressão cotidiana e selvagem para quebrar a resistência e a dignidade dos excluídos (Souza, 2017, p. 88).

A permanência da seletividade racial no Brasil, pode ser demonstrada a partir dos últimos dados sobre a violência, a qual atinge também a população negra e de acordo com o Atlas da Violência 2024, desenvolvido pelo Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA) em parceria com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública com o objetivo de facilitar o acesso aos dados provenientes do Ministério da Saúde e das polícias brasileiras, podendo ser acessados por meio de relatórios, mapas e infográfico, onde aponta que 76,5% das vítimas de homicídios foram de pessoas negras.

O gráfico a seguir relacionado permite a conclusão de que tanto os presentes no sistema prisional, ou seja, os presos, quanto as vítimas de violência de acordo com relatórios oficiais do governo, tais como o Atlas da Violência 2024, são pessoas negras, demonstrando a seletividade racial dentro de um projeto de criminalização da pobreza, corroborando a tese defendida por Wacquant (2001).

Gráfico 05. Taxas de homicídios de negros e não negros por 100 mil habitantes (2012 a 2022)



Fonte: Atlas da violência 2024 – IPEA/ FBSP.

O gráfico anteriormente relacionado descreve a série histórica (2012 a 2022) da letalidade racial no país, o qual observa-se a continuidade do processo de desigualdade que também é constatada no cenário prisional. A seletividade penal em eleger os protagonistas da prisão e da criminalização de determinadas condutas mais incidentes (como o tráfico de drogas e os delitos

patrimoniais), destinadas a encarcerar essa população marginalizada, demonstra que, apesar da crise no sistema prisional, o cárcere atua de forma eficaz em seu papel simbólico de criminalização da pobreza, servindo como instrumento para a manutenção de uma ordem direcionada ao jovem negro.

1.4 A NEUTRALIZAÇÃO DA VÍTIMA COMO TESTEMUNHA QUALIFICADA DO DELITO

O cometimento de um delito pressupõe que, do outro lado da relação, há um ofendido, ou seja, existe a figura da vítima do crime, agente que sofre os reflexos de uma conduta delituosa. Trata-se do sujeito atingido pela ação ou omissão de outro, indivíduo ou não, que suporta os prejuízos gerados nessa relação jurídica

Esmiuçando os significados da *vítima*, Bittencourt (1978) estabelece os sentidos que derivam desse vocábulo, quais sejam, em um sentido originário, é aquele ser sacrificado à divindade; no sentido geral é a pessoa que sofre os resultados infelizes dos próprios atos; no sentido jurídico-geral, a vítima é aquela que sofre diretamente a ofensa ou ameaça ao bem tutelado pelo Direito; no sentido jurídico-penal restrito, o indivíduo que sofre diretamente as consequências da violação da norma penal e, por fim, no sentido jurídico-penal amplo, são o indivíduo e a comunidade que sofrem diretamente as consequências do crime.

Anitua (2008), ao analisar a historicidade do papel que a vítima exerceu no decorrer dos sistemas penais existentes, identifica, em um primeiro momento, o papel protagonista da vítima, onde existia um sistema de justiça privado, poder de vingança privada exercida pela vítima e seus familiares. As reações ao cometimento de um crime eram direcionadas conforme interesse da vítima. As características dessa vingança privada se mantiveram até a Idade Média, quando o protagonismo da vítima começou a enfraquecer, dando início a fase de neutralização.

A relação vítima/ofensor cedia espaço para a relação vítima/ofensor/autoridade imparcial, e conforme Ferrajoli (2002) leciona, é nesse

momento que nasce o Direito Penal. A partir do momento em que o Estado Moderno reivindica o monopólio da violência, supostamente em razão da aplicação serena, objetiva e institucionalizada das leis ao caso concreto, buscando então evitar reações de vingança e uma política criminal emocional, a vítima passa a ter um papel reduzido e até neutralizado.

O Direito Penal passa a ser voltado para o infrator, definindo com precisão os seus direitos. Com isso, a criminologia tradicional se interessa quase que exclusivamente com a pessoa do criminoso. A vítima é considerada mero objeto, passivo, fungível, abstrato, que nada contribui para a explicação científica do crime, para a sua gênese ou controle. Cumpre destacar que

Uma das conquistas do Iluminismo foi justamente a “neutralização” da figura da vítima, com o Estado assumindo o monopólio do *jus puniendi* e adquirindo a prerrogativa legítima de instrumentalizar a pacificação social, por intermédio de seu aparato técnico-burocrático, de modo a censurar aqueles que transgredissem os precedidos normativos. O ofendido passou a participar como elemento informativo de eventuais lesões a bens jurídicos sofridos e a ação estatal passou a ter um reflexo meramente simbólico no apaziguamento das angústias deste sujeito. (Masi, 2014, p. 93)

A construção do monopólio da violência legítima pelo Estado e pelo Direito na modernidade implicou a exclusão da vítima do processo penal. Se, durante muito tempo, a vítima desempenhou um papel ativo na repressão da infração e na reparação dos prejuízos sofridos, por diversas razões políticas, o Estado moderno acabou por excluí-la progressivamente do processo penal. Nesse sentido, a vítima acaba por se tornar apenas uma testemunha qualificada do delito (Alvarez, 2010).

Essa neutralização da vítima perdurou por alguns séculos, até o momento em que a Humanidade se deparou com os horrores do Holocausto, onde as feridas da Segunda Guerra Mundial chamaram atenção para o sofrimento das vítimas dos campos de concentração, inaugurando a terceira da fase, a redescoberta da *vítima* ou o início da *Vitimologia*.

A construção da memória em torno do Holocausto, após a Segunda Guerra Mundial, forneceu um impulso decisivo, ao colocar em primeiro plano a

experiência das vítimas dos campos de concentração implantados pelo regime nazista (Alvarez, 2010). O horror da Segunda Guerra Mundial exigiu um olhar mais crítico sobre a Vítima, reconhecendo-a como objeto de estudo tanto científico, quanto no campo jurídico, analisando a sua relação com o infrator e com o sistema criminal.

Dessa forma, surge a necessidade de um modelo penal voltado para as vítimas, buscando mudanças não apenas nos discursos, mas também em práticas integradoras que possibilitem o reconhecimento de seu espaço no cenário criminal, promovendo a dignidade da pessoa humana em relação às vítimas de um crime. É necessário trazer à luz esse sujeito esquecido no sistema criminal tradicional, como forma de propor uma horizontalidade na resolução dos conflitos penais.

Cabe ressaltar que não se busca aqui a impunidade, mas sim a possibilidade de relativizar os interesses, ouvindo mais a vítima em uma ação penal flexibilizada. Reencontra-se o estado de paz entre as pessoas envolvidas no cenário da prática do delito. Esse reencontro pode ser proporcionado com a adoção de uma Justiça Consensual, que reconhece a vítima — antes neutralizada — como uma participante ativa e protagonista do processo. Para a pesquisa, faz-se necessário analisar a possibilidade de mudança desse paradigma, abordando os mecanismos de resolução de conflitos penais, cujo enfoque na Justiça Consensual será discutido no capítulo seguinte.

2 UM MUNDO SEM PRISÃO OU CAMINHOS PARA UMA REFORMA

Ao retratar a crise no sistema prisional, buscou-se analisar o direito de punir do Estado e as funcionalidades da pena, refletindo sobre a busca por eficiência nas punições para, então, compreender o atual cenário brasileiro e o estado de coisas inconstitucional. Identificando o perfil prisional, os dados de reincidência e a constatação da seletividade racial, propõe-se um exercício ousado: e se pensássemos na abolição das penas ou no sistema penal como um todo?

Causa estranheza tratar do tema sob a ótica da segurança pública; entretanto, é uma necessidade a ser debatida na atual conjuntura em que o sistema prisional se encontra, pois, embora se prenda muito, os índices de criminalidade continuam a crescer.

Os dados analisados sobre os atuais índices da população carcerária no Brasil são apenas um retrato momentâneo do estado do sistema. No decorrer de um ano, quantos indivíduos passam pelo sistema prisional? São novas prisões decretadas, novas liberdades concedidas e progressões de regime alcançadas

Não restam dúvidas quanto à relevância da problemática da violência nas sociedades contemporâneas. A busca por meios capazes de reduzir a conflitualidade social ou, pelo menos, a violência da resposta estatal (punitiva), tem sido cada vez mais elevada, principalmente nas últimas duas décadas, em virtude de uma série de fatores, dentre os quais se pode citar: o aumento da violência, a “crise” de legitimidade do sistema de justiça criminal e a mudança do papel do Estado. É neste contexto que se insere a proposta da justiça restaurativa. (Pallamolla, 2009, p. 30)

Pensar além da prisão é uma necessidade. Para o desafio a que este trabalho se propõe, cujo objeto busca chegar a uma resolução democrática dos conflitos penais por meio da aplicação da justiça restaurativa, é imprescindível, em um primeiro momento, tratar do abolicionismo penal e de onde ele se insere no atual sistema penal, bem como abordar caminhos menos radicais, que defendem alternativas ou reformas ao sistema prisional e penal. Entre esses, estão as teorias do Direito Penal Mínimo e do Garantismo Penal, que propõem estratégias diferenciadas para lidar com a questão do delito.

2.1 ABOLICIONISMO PENAL

O senso comum entende a punição como resultado de um comportamento indesejável. Também associa a violência à impunidade. Porém, como é possível concordar que há impunidade se os índices de aprisionamento colocam o país como a terceira maior população carcerária? O senso comum

exige a punição, ao mesmo tempo em que não acredita nela. O abolicionismo penal surge para problematizar essa lógica.

Paralelamente à avaliação das teorias da pena, é importante discutir a matriz teórica que nega a atividade sancionadora estatal: o abolicionismo penal. Como movimento político-criminal, o abolicionismo penal tem o objetivo de desconstruir a lógica conflito-punição de maneira radical, pois se opõe à lei penal como forma de controle social.

Os abolicionistas penais questionam o direito penal e a resposta do Estado diante dos delitos, desconstruindo a noção de que os delitos refletem uma realidade centrada apenas na expressão de conflitos e problemas sociais. Isso evidencia a incapacidade do direito penal de auxiliar na resolução dos conflitos, pois ele assume a responsabilidade da persecução penal, excluindo a vítima da relação de poder inerente ao próprio processo penal e à imposição das penas

Conforme Anitua (2008, pág. 695), embora seu nome seja tomado da luta histórica contra a escravidão e contra a pena de morte, a partir dos anos 70 e inserido no interior da criminologia crítica, o abolicionismo seria atribuído à deslegitimação mais radical do sistema carcerário e da própria lógica punitiva.

Dando continuidade à historicidade do pensamento abolicionista, o autor menciona como responsável pela quebra do paradigma, o criminólogo holandês Hermann Bianchi, o qual defendia conceitos de tolerância, justiça, culpa e vergonha sob conceitos evidentemente morais e orientados para o autocontrole, onde argumentava que o repressivo não resolvia os conflitos e usando de sua experiência na juventude como prisioneiro em um campo de concentração durante a ocupação nazista, Bianchi afirmava que

“não bastava abolir as prisões, mas que deveria ser abolida a própria ideia de ‘castigo’, pois enquanto se mantiver intacta a ideia de castigo como uma forma aceitável de reagir diante de um delito, não se pode esperar nada de bom de uma simples reforma do sistema. Em resumo, necessitamos de um novo sistema alternativo de controle do delito que não se baseie em um modelo punitivo, mas sim em outros princípios

legais e éticos, de forma tal que a prisão ou outro tipo de repressão física torne-se essencialmente desnecessária.” (Anitua, 2008, p. 696).

O castigo, para os defensores da abolição do sistema penal, não é um meio mais adequado à reação da prática de um delito, pois o sistema penal como um todo foi criado para perpetuar uma ordem social injusta, seletiva e estigmatizantes, de forma que até mesmo se existisse um sistema que efetivamente funcionasse, ainda assim seria violento (Achutti, 2016). Os abolicionistas criticam a punição por meio da prisão para reprimir o indivíduo condenado pela prática de um delito, posicionam-se de forma oposta à aplicação da lei penal como meio de controle social. O abolicionismo penal é uma prática anti-hierárquica que não se limita ao sistema penal.

Como bem observa Passetti (2006, pág. 86), “o abolicionismo penal é antes de tudo uma prática libertária interessada na ruína da cultura punitiva da vingança, do ressentimento, do julgamento e da prisão”. Salo de Carvalho (2015, p. 208) indica que o abolicionismo se difere das doutrinas criminológicas substitucionistas convergentes com o correccionalismo positivista que, ao pretender encontrar substitutos penais, relegitimam o discurso da ressocialização.

Para entender a lógica do movimento, discutem-se as três abordagens sob a visão dos principais autores do abolicionismo penal, a saber: Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie. Vale ressaltar que o tema não se esgota nessas três abordagens, pois, conforme defende Passetti (2012), o abolicionismo penal é uma prática de liberdade que soma múltiplos experimentos.

2.1.1 Louk Hulsman

Autor da obra *Penas Perdidas – O Sistema Penal em questão* pode ser considerado um dos pais do abolicionismo penal. O criminólogo e professor holandês foi um dos responsáveis para o pensamento além da pena, defendendo

uma visão crítica quanto ao sistema penal tradicional, em busca de uma ressignificação dos conceitos sistêmicos dos atores envolvidos nos conflitos penais.

O autor, durante sua estadia na Universidade de Rotterdam, foi tomado pela ideia do abolicionismo ao perceber que o sistema penal jamais funcionaria como querem os princípios que o legitimam e a necessidade do abolicionismo se impunha gradualmente às experiências em sua pesquisa e no campo prático de experiências empíricas na Universidade.

Louk Hulsman reafirmava os valores morais como limite mais adequado para a violências e conforme Anitua (2007, p. 697), sua proposta de “desconstruir a definição de delito” ia unida, naturalmente a um “desejo de resolução de problemas sociais”, ele acreditava, em essência, que abolir o sistema penal seria apenas um passo para evitar esse sofrimento em muitos indivíduos, um passo que permitiria uma aproximação da realidade social sem utopias negadoras, que era como ele avaliava as justificativas de um sistema penal liberal e humanista. (Anitua, 2007).

Cabe ressaltar, que Hulsman optou por se concentrar sua obra no que viria a chamar de *criminalidade convencional*, em sua terminologia própria, acontecimentos que afetam as coisas e o patrimônio, a segurança das pessoas contra atentados físicos e a segurança da moradia. Porém outros crimes não estão excluídos da perspectiva da teoria hulsmaniana, o qual deveriam ser adaptadas.

Como mencionando anteriormente, o senso comum e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simplista de que há os bons de um lado e os maus de outro. Hulsman defende que é preciso desafiar as ideias preconcebidas sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos, sendo necessário desmistificar essa imagem maniqueísta do sistema penal. O autor nos convida a olhar para a prisão, aprende-se a pensar sob um ponto de vista puramente abstrato, porém fala-se muito pouco dos homens que lá habitam. O apenado penetra em um universo alienante, onde todas as relações são

deformadas, o autor entende que na prisão os homens são despersonalizados e dessocializados. O sistema penal cria e reforça as desigualdades sociais.

Privar alguém de sua liberdade não é uma coisa à toa. O simples ato de estar enclausurado, de não poder mais ir e vir ao ar livre ou onde bem lhe aprouver, de não poder mais encontrar quem deseja ver- isto já não é um mal bastante significativo? O encarceramento é isso, mas também castigo corporal. Fala-se que os castigos corporais foram abolidos, mas não é verdade: existe a prisão que degrada os corpos (Hulsman, 2018).

Constata, ainda, que o sistema penal cria o delinquente, mas de um nível muito mais inquietante e grave: o nível da interiorização e do etiquetamento legal e social. É necessário marcar o apenado, o discurso brasileiro do senso comum amplificado pela mídia reclama por medidas mais austeras no tratamento daquele privado liberdade. Pois para eles, o preso tem roupa lavada, comida, teto, lazer, tudo às custas do Estado, como um hotel estatal. Para o autor,

O sistema penal fabrica culpados na medida que seu funcionamento se apoia na afirmação da culpabilidade de um dos protagonistas, pouco importando a compreensão e a vivência que os interessados tenham da situação. Na ausência de uma afirmação de culpabilidade, ou quando a lei preveja que em função da idade, de doença mental ou por qualquer outra causa, esta afirmação seja impossível, o sistema se mostra fundamentalmente impotente. Quando o sistema se põe em marcha ré, é sempre contra alguém, a quem a lei designa como culpável para que seja condenado. (Hulsman, 2018, p. 84).

O sistema penal endurece o condenado jogando-o contra a ordem social na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima. Agora uma vítima do sistema do qual é bastante difícil de sair, tal fato é observado pelas altas taxas de reincidência criminal. O sistema penal é especificamente concebido para fazer mal, ele é estigmatizante, gera uma perda de dignidade e nesse sentido, o sistema penal funciona o tempo todo.

Ao tratar sobre o delito em si, Louk Hulsman observa que a maioria dos conflitos interpessoais se resolve fora do sistema penal, graças a acordos, mediações, decisões privadas de interessado, além das chamadas *cifras ocultas*, conflitos que sequer chegam as autoridades policiais e judiciárias. Na verdade,

o que se observa entre as altas taxas de delitos é apenas a ponta de um iceberg, há muitos conflitos penais que não estão sob o crivo do Estado.

Quanto ao processo judicial em si, ou seja, as relações que se movimentam durante uma persecução penal, o autor chama atenção de que no sistema penal, não se escutam realmente as pessoas envolvidas. Não se registra o que elas dizem com suas próprias palavras. O sistema penal se interessa por um acontecimento, o vê através de um espelho deformante que o reduz a um momento, a um ato.

O sistema pena rouba o conflito das pessoas diretamente envolvidas nele. Quando o problema cai no aparelho judicial, deixa de pertencer àqueles que o protagonizaram, etiquetados de uma vez por todas como “o delinquente” e a “vítima” (Hulsman, 2018). O sistema não leva em conta as pessoas em sua singularidade. Operando em abstrato, causando danos inclusive àqueles que diz proteger.

Quando o autor fala em abolir a pena, é no sentido da forma que é concebida e aplicada no sistema penal, uma vez que questionar o direito de punir do Estado não significa necessariamente rejeitar qualquer medida coercitiva, nem tampouco suprimir totalmente a noção de responsabilidade pessoal.

É preciso pesquisar em que condições determinados constrangimentos – como a internação, a residência obrigatória, a obrigação de reparar e restituir, etc... – têm alguma possibilidade de desempenhar um papel de reativação pacífica do tecido social, foram do que constituem uma intolerável violência na vida das pessoas. (Hulsman, 2018, p.104).

A abolição do sistema penal, na forma que o autor defende é de um sinal de renascimento do tecido social, dando vida às comunidades, às instituições e aos homens. A eliminação do conceito de “crime” obriga uma completa renovação de todo discurso em torno do chamado fenômeno criminal e de reação social que ele suscita. Ele defende mudar a linguagem, pois “não se

conseguirá superar a lógica do sistema penal, se não rejeitar o vocabulário que o sustenta” (Hulsman, 2018, p.113).

Tal visão seria uma linguagem aberta que facilitaria o surgimento de novas formas de enfrentar situações penais. Seria necessária uma nova linguagem capaz de exprimir uma forma não estigmatizantes sobre as pessoas e situações vividas.

Em certo momento, no capítulo denominado *Proximidade*, com o rompimento do vínculo burocrático que acorrenta os órgãos do sistema penal a criar, em todas as instâncias judiciárias inevitáveis,

Uma situação de proximidade psicológica com as pessoas diretamente envolvidas em uma situação problemática, muito destes órgãos poderiam reviver a serviço de uma tarefa humana. Uma política judiciária consciente deveria se orientar no sentido da necessária transformação de mentalidades num sistema reestruturado de justiça (Hulsman, 2018, p. 156).

Ou seja, em uma abolição do sistema penal repressivo, todo juiz poderia vir a ser chamado com um papel especificadamente protetor dos direitos e das garantias do cidadão, intervindo toda vez que os interessados solicitassem pela insuficiência das vias intermediárias de controle ou pela solicitação das partes. Mas buscaria de todas as formas que essas situações chegassem a máquina estatal, sendo necessário devolver à polícia a sua vocação original de agentes da paz.

O autor, em sua tese da abolição do sistema penal, finaliza que

Com a abolição do sistema penal, toda a matéria de resolução de conflitos, repensada numa nova linguagem e retomada numa outra lógica, estará transformada desde o seu interior. A revogação deste sistema, naturalmente, não eliminaria as situações problemáticas, mas o fim das chaves de interpretação redutoras e das soluções estereotipadas por ele impostas de cima e de longe, permitiria que, em todos os níveis da vida social, irrompessem milhares de enfoques e soluções que, hoje, mal conseguimos imaginar. (Hulsman, 2018, p. 161).

A ausência do Estado e de suas intervenções, inclusive as da lei, seria coberta mais satisfatoriamente por formas comunitárias, autônomas e pacíficas

de manejar os conflitos (Anitua, pág.701). Em suma, a visão abolicionista do autor é a transformação das formas de lidar com os conflitos, para isso, aponta falhas no sistema penal tradicional e dá espaço para aplicação de alternativas penais, tais como a justiça restaurativa. Para Louk Hulsman, o desaparecimento do sistema punitivo estatal, abrirá, num convívio mais sadio e mais dinâmico, os caminhos de uma nova justiça.

2.1.2 Thomas Mathiesen

Criminólogo, fundador da Associação Norueguesa Anti-Carcerária (KROM) e professor de Sociologia do Direito na Universidade Oslo, é um dos grandes nomes clássicos do Abolicionismo Penal, possuindo uma abordagem marxista que o possibilita analisar de forma materialista para a abolição de sistemas penais como um todo. A visão do autor é o Abolicionismo como revolução permanente.

Em sua obra *As políticas da Abolição* (1974), reside o ponto de partida para a sua teoria abolicionista penal, descrevendo as estratégias do movimento escandinavo nos anos anteriores, abordando a criação da Associação Nacional Sueca para a Reforma Penal (KRUM) e assentando, desse modo, as bases para uma estratégia em prol da abolição do sistema punitivo (Anitua, 2008, p. 702).

Conforme descreve o autor, a associação teria por objetivos a curto prazo alterar o sistema penitenciário de forma que haja o mínimo de danos ao apenado e a longo prazo, a necessidade de profundas mudanças no sistema em busca de substituir o tratamento institucional por medidas de tratamento em comunidade.

Sua teoria abolicionista é argumentada quando sua estratégia é centrada na ideia do inacabado (*unfinished policies*) e a partir desse momento, Thomas Mathiesen

conseguiria resolver a difícil situação na qual se encontravam os críticos do sistema penal, que corriam risco de cair no imobilismo temeroso de que qualquer reforma fosse cooptada pela

legitimação do sistema que, em definitivo, eles pretendiam abolir, ou de apoiar “alternativas” que não fizessem senão ampliar e relegitimar o punitivo (Anitua, 2008, p. 703).

A crítica quanto às alternativas é que as discussões propostas pela KROM as quais eram convidados autoridade policiais e judiciárias, esbarravam na continuidade de propostas alternativas, sendo que estas levariam à manutenção do sistema punitivo. Alternativas penais nada mais são do que forças conservadoras que mantêm o sistema. Entretanto,

a mudança total do sistema não é incompatível com melhoras. Mas com melhoras ou reformas “negativas”, e daí a importância de distingui-las daquelas reformas “positivas” que são as que ampliam e reproduzem a estrutura carcerária. As negativas, ao contrário, são as que reduzem a capacidade do sistema punitivo e carcerário, as que reduzem suas características mais repressivas ou violadoras dos direitos humanos, as que podem ser implementadas uma vez que afirmada a necessidade de eliminar a prisão, as que não impedem o objetivo abolicionista de todo o punitivo no longo prazo (Anitua, 2008, p. 703).

Medidas penais desencarceradoras podem dialogar com o pensamento de Mathiesen, pois são reformas negativas que devem ser implementadas, sendo que é fundamental como bem aduz o autor que forças progressistas lutem por estas reformas de redução da punibilidade e conseqüentemente, do encarceramento, mas que nunca admitam que estejam acabadas.

A estratégia da abolição do punitivo é “inacabada”; nem sequer com a abolição das prisões esta busca de liberdade, igualdade e fraternidade estará terminada. A estratégia do autor é libertária, estando baseada no pensamento marxista de interpretação do Estado, da Sociedade e dos instrumentos repressivos

Em sua obra *Prision on Trial* (2006), o autor sustenta que o fiasco da prisão exige racionalmente uma contração da prisão e eventual abolição dela. Do ponto de vista prático, não é tão simples, pois o problema é estrategicamente agudo (Mathiesen, 2006, p. 145). E para responder o que deve ser feito com a prisão, é necessário antes responder por que termos prisões, em um de seus artigos o autor sustenta que

Em um sentido muito geral, pode-se dizer que, apesar do fiasco, temos prisões porque existe uma ideologia generalizada e persistente de prisão em nossa sociedade. As ideologias são sistemas de crenças que tornam a vida social significativa e legítima. Existe uma ideologia da prisão que a torna como uma significativa sanção legítima. (Mathiesen, 2003, p.141).

Já nos seus escritos iniciais, em 1974, aduz o autor que no sistema capitalista, as prisões assumem quatro funções ideológicas, a saber, *função purgatória, função drenagem de poder, função de desvio e função simbólica*. Mathiesen atribui ao próprio sistema capitalista o controle do sistema penal, o qual reproduz as imagens que melhor se adequam aos propósitos do capital.

A função expurgatória diz respeito à visão do autor de que a prisão é parte de um sistema expurgatório muito maior, compreendendo uma ampla gama de instituições e arranjos institucionais. Quanto à função drenagem de poder, os expurgados que colocados na prisão permanecem improdutivos para o sistema que os contem, são subjugados ao sistema vigente. A função de desvio indica que os presos pelo sistema de punição são geralmente de classe desfavorecidas e o aprisionamento destes desvia a nossa atenção dos crimes cometidos por aqueles que estão no poder, é apenas uma cortina de fumaça à criminalidade de classes mais abastadas.

A função simbólica que o autor identifica, é intimamente ligada à função de desvio, mas com uma diferença: quando o indivíduo é preso, ele é estigmatizado pela sociedade como um mal personificado, o resto da sociedade que não se encontra encarcerada, representa o bom, embora estarmos em uma área cinzenta pendendo para o bem ou o mal.

Posteriormente, Mathiesen (2006) identificou uma nova função, a de *ação ou execução*, pois, para ele a prisão e o aprisionamento são o tipo de sanção mais observável em nossa sociedade.

Antigamente, os castigos físicos eram o tipo de sanção mais observável. Nossa sociedade passou além dessa sanção. A Prisão, no entanto, é igualmente observável, não no nível individual, mas como uma entidade institucional. Nesse sentido, há continuidade e mudança entre dois tipos de sanção (Mathiesen, 2006, p. 143)

Eles são semelhantes no sentido que ambos “se destacam”, como sinais positivos e observáveis de que algo está sendo feito. Eles são diferentes no sentido de que a primeira sanção (castigo físico) é observável em indivíduos e a segunda no estabelecimento de um arranjo físico que abrange um grande número de pessoas.

A sociedade requer respostas para a criminalidade, construindo cada vez mais e mais prisões, aprovando leis mais duras e prolongada, a exemplo do Brasil, o *Pacote Anticrime*, tudo para os atores penais mostrarem uma resposta *positiva* de que algo está sendo feito para conter a criminalidade, levando à ideia de algo positivo, negando-o o seu fracasso. Essa é a quinta função que o autor descreve na obra.

Para resolução do problema, Mathiesen explica que se deve partir do reconhecimento do fracasso do sistema penal e penitenciário e racionalmente reduzir as prisões até sua total abolição. Ele propôs dois passos iniciais: no *plano legislativo e a preparação política*.

No plano legislativo, uma legislação concreta teria que depender do país em questão e seu contexto jurídico. Dependeria de dois caminhos legislativos essenciais e complementares, qual seja, “ampliação de crimes não encarceráveis e por outro lado, um estreitamento do direito penal, fornecendo uma solução civil e não criminal”. O primeiro é frequentemente chamado de ‘despenalização e o segundo como ‘descriminalização’. (Mathiesen, 2006, p. 163).

A preparação política compreende a preparação social e política da comunidade ou sociedade em geral para a mudança em questão. Quanto mais radical a mudança de meta, mais decisiva é a preparação de políticas. Sem ela, a legislação necessária permanecerá ilusória, apenas seguirá a esmo, ou seguirá, mas não criará uma mudança duradoura (Mathiesen, 2006, p. 164). Essa preparação política é levar à comunidade o debate político, não ficando restrito apenas nos círculos profissionais ou acadêmicos.

Anitua (2008, p. 705) aduz que o discurso de Mathiesen sustenta a necessidade opor resistência e, com paciência, ir construindo um espaço público alternativo e melhor; que, além da exclusão do punitivo, abranja os princípios de inclusão política, econômica e social de toda a humanidade. Esse novo modelo seria o participativo. O abolicionismo em Mathiesen, não é imutável, mas sim em constante evolução e ainda assim inacabado em sua proposta de libertação, fazendo com que o abolicionismo defendido esteja sempre em contraste com as estruturas de poder estabelecidas

Dessa forma, o autor traz ao debate a sua *teoria do inacabado* (*unfinished policies*) em sua obra, em jamais deixar de lutar pela abolição do cárcere ou, ao menos, questionar todas as formas alternativas que pudessem ser propostas à prisão. O movimento abolicionista não representa uma estrutura pronta e acabada, está em constante evolução.

2.1.3 Nils Christie

Nils Christie foi um sociólogo e criminologista norueguês, professor emérito de Criminologia na Faculdade de Direito da Universidade de Oslo e faz parte da tríade dos percursores do pensamento abolicionista. Sua tese parte do pressuposto de que sistema penal, em especial a pena, é encarregado exclusivamente de produzir e impor dor.

O autor, em sua obra intitulada *A Industria do Controle do Crime*, afirma que os sistemas de controle do crime podem transformar-se em *Gulags* de tipo ocidental, pois não irão exterminar as pessoas, mas têm a possibilidade de afasta-las da vida social, durante uma grande parte de sua via, um grande segmento de potenciais causadores de problemas. Ao relembrar Giddens, Nils Christie acrescenta que os maiores perigos do crime nas sociedades modernas não vêm dos próprios crimes, mas do fato de que a luta contra eles pode levar as sociedades a governos totalitários (Christie, 2018, p. 04).

Quanto ao significado de crime, o autor argumenta que o crime não existe. É criado. Pois, primeiro existem atos e então segue um processo de significação que possibilita a distância social a tendência de aumentar e atribuir a certos atos o significado de crimes. Por essa razão, um xingamento entre irmãos, dentro de um contexto familiar, não é levado ao sistema penal, pois apesar de ser um fato típico, não possui significado para o direito penal.

O crime não é uma “coisa”. Crime é um conceito aplicável a certas situações sociais onde é possível e no interesse de um ou vários grupos para aplica-lo. Nós podemos criar crime criando sistemas que demandam pela palavra. Nós podemos extinguir o crime criando tipos opostos de sistema (Christie, 2018, p. 100).

Para Anitua (2008, p. 706), Nils Christie, como criminólogo, observa a interação entre o delito e a sociedade, dedicando-se a ver de que forma a sociedade reage e cria um número maior de pessoas submetidas ao controle penal ou não, preocupando-se a em ver que tipos de estigmas são toleráveis na sociedade.

Sua estratégia, como bem assevera Salo de Carvalho (2015, p. 212) baseada em formas de redução ou de imposição mínima do sofrimento, buscando opções aos castigos opcionais como são as sanções alternativas e/ou substitutivas. O autor defende o caráter destrutivos das relações comunitárias do sistema penal, bem como a dissolução das relações de horizontalidade e a ameaça da verticalização corporativa (Christie, 1998).

Para o autor, os modelos punitivos se sustentam sobre falsas imagens do homem, da sociedade e das formas de controle da violência. Como derivativo, um dos grandes problemas do sistema penal seria a aplicação de modelos classificatórios binários nos quais a oposição entre atos corretos ou incorretos, pessoas culpadas ou inocentes, produziria a distribuição de laços societários horizontais (Carvalho, 2015, p. 213).

O autor aponta a importância das relações de horizontalidade entre os membros, pois o atual sistema punitivo não possui espaço de diálogo, ao contrário, trabalha nos efeitos de prisionalização do apenado e com isso gera desprezo da sociedade, e posteriormente ocasiona o efeito do poder coercitivo do cárcere e suas altas taxas de reincidência incompatíveis com a fundamentação de ressocialização do apenado.

O castigo, da forma que é manejado pelo atual sistema penal, significa “infligir dor conscientemente” (Christie, 2018, p. 30). Aqueles que são punidos devem sofrer. As instituições penais assumem que os destinatários das sanções devem ser retribuídos com algo que os torne infelizes, algo que faça doer.

Cabe mencionar, a sua visão de redução da dor causada pelo sistema penal, seria necessário a construção de formas de justiça participativa e comunitária, mais próxima das relações privadas e distantes do modelo processual sancionatório, o que é de suma importância à presente pesquisa, pois a nesse sentido a Justiça Restaurativa não causa a abolição do sistema penal, mas ajuda perceber a punição como último recurso.

Conflitos podem ser resolvidos e também conviver com eles, de forma que a “participação no conflito” é uma tese que o Nils Christie defende, em sua obra *Limites à Dor* (2018), de expressão não dirige a atenção para o resultado, mas sim ao ato. Talvez participação seja mais importante que soluções.

Os conflitos não são necessariamente uma “coisa ruim”. Eles também podem ser visto como algo de valor, uma mercadoria a não ser desperdiçada. Os conflitos não estão em abundância em uma sociedade moderna; eles são uma escassez. Eles estão sempre em perigo de se perder, de serem roubados. A vítima em um caso criminal é uma espécie de perdedor em dobro na nossa sociedade. Primeiro em face do ofensor, em segundo lugar em relação ao Estado. Ele é excluído de qualquer participação no seu próprio conflito. Seu conflito é roubado pelo Estado, um roubo que é realizado por profissionais em particular. Esta perda é antes de tudo uma perda de oportunidades de esclarecimento de normas. É uma perda de possibilidades pedagógicas (Christie, 2018, p. 122).

A participação – na solução, na saída ou na manutenção do conflito - é mais importante que as próprias soluções e sobretudo quando as “soluções” não são outra coisa senão a simples imposição de outro conflito que busca um aparente consenso com a demonstração de quem é mais forte ou poderoso (Anitua, 2008, p. 709). Na Justiça Participativa, o mesmo resultado é alcançado no próprio processo. A atenção é movida do resultado final para o processo (Christie, 2018, p. 123). O agressor e a vítima não são deixados no limbo, sua discussão deve ser uma discussão pública.

Ignacio Anitua observa que Nils Christie não é um abolicionista facilmente enquadrável nesta denominação. Sua proposta não se oporia a um outro tipo de leis ou normas consensuais, e de julgamentos ou rituais participativos, caso isso reconduzisse para a redução da dor e conseqüentemente, da violência (Anitua, 2008, p. 709).

Ainda que subsistem as críticas de que tais ideais seriam utópicos e de que os teóricos aqui abordados seriam advindos de países escandinavos, onde os índices de criminalidade são bastante baixos, em uma realidade alheia da brasileira, as propostas apresentadas seriam teorias embrionárias que podem justificar aplicações eficazes quando implementadas, a saber métodos alternativos de solução de conflitos e metodologias de Justiça Restaurativas, que possuem ligações com teorias defendidas pelos abolicionistas.

Já quanto à crítica de tais ideais estarem inseridos em países mais desenvolvidos, menores índices de desigualdade social, elevado bem-estar social e maior respeito aos direitos e garantias dos cidadãos

Tais argumentos não deviam servir de crítica, mas de argumento de defesa do movimento abolicionista, pois demonstra que o exercício do poder punitivo é considerado desumano e o cárcere uma forma de aumento da violência, inclusive nos países em que a execução penal seria considerada, por exemplo, em países latinos, como uma colônia de férias, e têm esses países manifestado a coragem de intentar medidas alternativas. Não subsistem fundamentos para que em países que o modelo de execução penal é muito mais cruel nenhuma proposta de alteração sistêmica seja implementada (Tasse, 2013, p. 121).

Ao pensar Justiça Restaurativa, dentro do contexto abolicionista, é possível aplicá-la como um caminho prático para determinados crimes, defendendo-a como mecanismo que se utiliza de aspectos abolicionistas para a aplicação das metodologias restaurativas, principalmente na teoria defendida por *Hulsman*, como transformação nas formas de lidar com conflitos e da *Justiça Participativa* de *Nils Christie*.

2.2 DIREITO PENAL MÍNIMO E GARANTISMO PENAL

Ao refletir sobre os aspectos e possibilidades das teorias abolicionistas clássicas, ainda que sejam consideradas radicais, é necessário analisar os

caminhos possíveis para abordar a deslegitimação das penas e a crise no sistema prisional. Nesse sentido, as teorias do direito penal mínimo e do garantismo penal demonstram ser alternativas viáveis para uma reforma, além de poderem ser aplicadas em metodologias de justiça restaurativa, com base nos princípios doutrinários do minimalismo e do garantismo penal.

Partindo da ideia de um sistema penal deslegitimado e incapaz de cumprir as finalidades da pena, o minimalismo pode se aliar ao abolicionismo penal, sendo defendido como um caminho necessário para a superação do modelo punitivo. No entanto, propõe-se antes uma transformação do atual sistema, seja por meio da descriminalização, da redução de penas ou da total reformulação do Direito Penal, promovendo uma intervenção mínima e resguardando os direitos humanos. O minimalismo também pode levar à reconstituição da legitimação do modelo repressivo do estado, preservando as garantias fundamentais do indivíduo.

O minimalismo pretende a contração do sistema punitivo do Estado e uma atitude de maior simpatia em relação ao autor das ofensas. Não existiria apenas um minimalismo, podendo este ser um minimalismo como fim em si mesmo, garantista ou um minimalismo meio, como etapa ao abolicionismo, com técnicas de curto e médio prazo para se chegar a ele (Andrade, 2012, p. 268)

O minimalismo penal apresenta-se como uma tendência político-criminal apta a responder à deslegitimação do sistema penal, através de um amplo processo de descriminalização, despenalização e desjudicização, baseado no rigoroso respeito aos Direitos Humanos e às garantias jurídicas do Estado de Direito, com o objetivo final de substituir o atual sistema penal por formas mais democráticas e efetivas de resolução de conflitos.

A expressão *Minimalismo* tem sido utilizada para designar uma corrente teórica dos autores que defendem o Direito Penal Mínimo e pela pluralidade de ideias e posicionamentos, pode-se encontrar diferentes posições e apontamento. Vera Andrade aponta que o abolicionismo e o minimalismo, no singular, não existem, mas sim diferentes abolicionismos e minimalismos em que há a necessidade de compreendê-los (Andrade, 2006).

As diferentes formas de minimalismos, conforme defendido pela Autora, lidam com a limitação da violência punitiva e a máxima redução do sistema penal, ao mesmo tempo em que buscam construir soluções alternativas para os problemas sociais. Os princípios apontados pelos seus expoentes revelam suas estratégias de contração do sistema penal, assim como têm por objetivo a diminuição da violência exercida pelo Estado Penal.

Na presente pesquisa, vamos abordar três autores que tratam sobre teorias minimalistas penais, o minimalismo penal de Alessandro Baratta, o minimalismo “realismo marginal criminológico” de Eugênio Raul Zaffaroni e o Garantismo Penal de Luigi Ferrajoli.

2.2.1 Minimalismo Penal de Alessandro Baratta

Nascido em Roma em 1933, Alessandro Baratta estudou Direito na Itália e na Alemanha. No início dos anos 70, o autor se distanciou das abordagens clássicas e positivistas do Direito e se dedicou aos estudos do Marxismo e da Criminologia Crítica. Uma de suas obras de referência é *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal (1999)*, o qual apresenta a teoria criminológica moderna de modo sistemático, confrontando as teorias sociológicas sobre o crime e controle social. Na obra, Baratta analisa historicamente diferentes correntes de pensamento para formular uma nova ciência total do direito penal que incorporasse os valores humanistas.

Baratta pleiteava uma alternativa para o pensamento jurídico-pena que consistia na criação de um novo modelo integrado de direito penal e criminologia. Na obra, o autor discute ainda sobre as quatro “estratégias” para uma “política criminal” das classes subalternas, qual seja: a) da inserção o problema do desvio e da criminalidade na análise da estrutura geral da sociedade sob o manto da análise marxista; b) da crítica do direito penal como direito desigual; uma análise realista e radical das funções efetivamente exercidas pelo cárcere e por fim, d) máxima consideração à função da opinião

pública e dos processos ideológicos e psicológicos que nesta se desenvolvem, em sustentação e legitimação do vigente direito penal desigual (Baratta, 2002).

A criação de um novo sistema democrático de controle social devia assumir a deslegitimação do atual do sistema penal. Para isso, seria necessário o modelo integrado de direito penal e criminologia que entendesse as funções reais do sistema penal nas sociedades capitalistas como reprodutoras das relações sociais de desigualdade, produzidas nas próprias relações de produção. (Anitua, 2008, p. 727).

Quanto à sua teoria minimalista, em artigo lançado nos anos 1980 denominado *Os princípios do direito penal mínimo*, o autor enumera uma série de princípios relativos a critérios políticos de metodológicos para análise e atuação alternativa do atual sistema penal. Divididos em duas partes: 1) princípios intrassistêmicos da mínima intervenção penal e 2) princípios extrassistemáticos da mínima intervenção penal.

No artigo, o autor defende a realização de uma articulação programática da ideia de mínima intervenção penal como ideia-guia para uma política penal a curto e médio prazo tendo em vista dos resultados até então alcançados no âmbito das ciências histórico-sociais e da própria criminologia crítica, entre eles as proposições quanto ao sistema punitivo. Para o autor, o sistema punitivo produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário e até novos conflitos. O sistema punitivo, por sua estrutura organizativa e pelo modo em que funciona, é absolutamente inadequado para desenvolver as funções socialmente úteis e declaradas em seu discurso oficial, funções que são centrais à ideologia da defesa social e às teorias utilitárias da pena.

Conforme alegado anteriormente, quanto ao fracasso e o êxito do sistema prisional, o autor aponta que ele se refere, em particular, ao cárcere como pena principal e característica dos sistemas penais modernos, correspondendo, em primeira instância, comprovar o fracasso histórico dessa instituição diante das suas principais funções declaradas: conter e combater a

criminalidade, ressocializar o condenado, defender interesses elementares dos indivíduos e da comunidade. Não obstante, em uma consideração mais profunda, estudando a instituição carcerária do ponto de vista das suas funções reais têm sido historicamente cumpridas com êxito.

Para o autor, o cárcere serve, antes de tudo, para diferenciar e administrar uma parte dos conflitos existentes na sociedade como “criminalidade”, isto é, como um problema ligado às características pessoais dos indivíduos particularmente perigosos, o qual requer uma resposta institucional de natureza técnica. Isto é, a pena ou o tratamento do desviado. Em segundo lugar, o cárcere serve para a produção e reprodução dos “delinquentes”, ou seja, de uma pequena população recrutada, dentro daquela muito mais ampla do que os infratores, nas camadas mais débeis e marginais da sociedade. Por último, o cárcere serve para representar como normais as relações de desigualdade existentes na sociedade e para a sua reprodução material e ideológica. (Baratta, p. 6, 1987).

Os princípios que se articulam na esfera da lei e a ideia da mínima intervenção penal, agrupam, antes de tudo, em duas categorias que dependem da adoção de um ponto de vista interno ou de um ponto de vista externo ao direito penal. O ponto de vista interno dá lugar aos princípios extrassistemáticos que indicam os requisitos para a introdução e a manutenção de figuras delitivas na lei e dividiam-se em princípios de limitação formal, princípios de limitação funcional e princípios de limitação pessoal ou de limitação de responsabilidade penal. O ponto de vista externo dá lugar aos princípios extrassistemáticos e para a construção dos conflitos e dos problemas sociais, em uma forma alternativa a que oferece o sistema penal, sendo divididos entre princípios de descriminalização e os de construção alternativa dos conflitos e problemas sociais.

De forma mais sistemática, cabe à presente pesquisa mencionar cada princípio por meios de tabelas esquematizadas, a quais demonstram-se a seguir e posteriormente indicar os princípios relacionados à justificativa dos procedimentos de justiça restaurativa, objeto do presente estudo.

PRINCÍPIOS INTRASSISTEMÁTICOS DA MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL		
Limitação formal	Limitação funcional	Limitação pessoal (responsabilidade penal)

Princípio da reserva da lei ou princípio da legalidade em sentido estrito.	Princípio da resposta não contingente	Princípio da imputação pessoal ou da personalidade
Princípio da taxatividade	Princípio da proporcionalidade abstrata	Princípio da responsabilidade pelo fato
Princípio da irretroatividade	Princípio da idoneidade	Princípio da exigibilidade social do comportamento conforme a lei
Princípio do primado da lei penal substancial	Princípio da subsidiariedade	
Princípio da representação popular	Proporcionalidade concreta ou princípio de adequação do custo social	
	Princípio de implementação administrativa da lei	
	Princípio do respeito pelas autonomias culturais	
	Princípio do primado da vítima	

PRINCÍPIOS EXTRASSISTEMÁTICOS DA MÍNIMA INTERVENÇÃO PENAL

Descriminalização	Construção alternativa dos conflitos e dos problemas sociais
Princípio da não intervenção útil	Princípio da subtração metodológica dos conceitos de criminalidade e de pena
*Princípio da privatização dos conflitos	Princípio da não especificação dos conflitos e dos problemas

Princípio da politização dos conflitos	Princípio geral de prevenção
Princípio da preservação das garantias formais	Princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais

A posição da vítima no Minimalismo Penal de Baratta está entre os princípios intrassistemáticos de limitação funcional, este afirma que essa abordagem da vítima está atualmente no centro da atenção dos estudiosos, porém com graves distorções que o sistema penal apresenta quando é avaliado do ponto de vista do interesse da vítima no papel em que o Estado expropria o direito de articular o interesse daquela.

Substituir, em parte, o direito punitivo pelo direito restitutivo, outorgar à vítima e, mais em geral, a ambas as partes dos conflitos individuais maiores prerrogativas, de maneira que possam estar em condições de reestabelecer o contato perturbado pelo delito, assegurar em maior medida os direitos de indenização das vítimas são algumas das mais importantes indicações para a realização de um direito penal da mínima intervenção e para lograr diminuir os custos sociais da pena (BarattA, p.12).

Neste ponto o autor defende, lembrando propostas abolicionistas de Hulsman e Christie, a denominação pragmática de “privatização dos conflitos”, um caminho para o qual se pode orientar com êxito uma estratégia de descriminalização que abarque boa parte dos conflitos sobre os quais incide a lei penal, tese que encontra respaldo em propostas defendidas por metodologias da Justiça Restaurativa.

Princípios extrassistemáticos de intervenção mínima possuem extensa relação com a pesquisa, pois ao tratar dos princípios da descriminalização, observa-se na privatização dos conflitos semelhanças com a proposta restaurativas, pois segundo o autor, quanto ao princípio da privatização dos conflitos, este trata da estratégia de “reapropriação dos conflitos”, a qual considera substituir parcialmente a intervenção penal por meio de formas de

direito restitutivo e acordos entre as partes no marco de instâncias públicas e comunitárias de reconciliação.

Quanto à construção alternativa de conflitos e dos problemas sociais, o princípio geral de prevenção trata de deslocar a ênfase postas nas formas de controle repressivo para formas de controle preventivo, pois o sistema penal não é apto para proporcionar a defesa mais eficaz dos direitos humanos, pois sua resposta é meramente reativa à prática do fato criminoso. Por isso, para o autor, a política de justiça social, a realização dos direitos humanos e a satisfação das necessidades reais dos indivíduos representam muito mais que uma política criminal alternativa: constituem a verdadeira alternativa democrática à política criminal.

O autor argumenta que nenhuma mudança democrática na política do controle social pode ser realizada se os sujeitos de necessidades e direitos humanos não conseguem passar de serem sujeitos passivos de um tratamento institucional e burocrático a serem sujeitos ativos na definição dos conflitos de que são parte, na construção das formas e dos instrumentos de intervenção institucional e comunitária idôneos para resolvê-los, segundo suas próprias necessidades reais, desta forma, o princípio da articulação autônoma dos conflitos e das necessidades reais se apresenta como o princípio mais importante do minimalismo penal.

Anitua (2008, p. 730) indica que Alessandro Baratta defendeu uma nova disciplina integradora e também um novo discurso sobre a política, propondo uma refundação do Estado e do Direito, uma nova concepção de democracia baseada no princípio de inclusão das vítimas e de todos aqueles que mais sofrem, sob à ótica dos princípios do minimalismo penal para a transformações e a superação dos sistema penal tradicional, passando para um sistema penal de defesa e garantia dos direitos humanos, ideias estas em concordância dos ideais e justificativas de adoção de metodologias de Justiça Restaurativas.

2.2.2. Realismo Marginal Criminológico de Zaffaroni

No subcapítulo anterior, observamos a Criminologia Crítica de Alessandro Barata sob a perspectiva da proposta do Direito Penal Mínimo que justifica caminhos alternativos à crise no sistema prisional, nossa proposta neste subcapítulo pretende compreender a proposta de Eugênio Zaffaroni, penalista e criminólogo argentino que defende a análise dos sistemas penais no contexto da América do Sul.

Desta forma, o Autor elabora o *Realismo Marginal Criminológico* em que propõe princípios limitadores da violência dos sistemas penais, apresentando a curto prazo uma proposta de Minimalismo Penal em resposta às políticas criminais abolicionistas, entre as quais, defendida por Louk Hulsman, razão pela qual escreve em 1991 sua resposta ao abolicionista na obra intitulada *Em busca das Penas Perdidas*. Para isto, como bem observa Anitua (2008, p. 738), Zaffaroni assumiria um ponto de vista garantista, mas reconhecendo a deslegitimação e levando em consideração as críticas feitas ao sistema penal pelos abolicionistas.

O trabalho pretende apresentar o panorama da deslegitimação do sistema penal e a proposta de reinterpretação do direito penal, sustentando a possibilidade de reconstrução da dogmática jurídico-penal de acordo com um direito penal garantidor e ético, utilizando o direito humanitário como fio condutor de sua análise. Analisando ainda os teóricos que justificariam a deslegitimação do sistema penal apontando as críticas em suas teorias de forma que o autor defende a necessidade de uma resposta marginal como imperativo jus-humanista e a intervenção mínima como tática.

Marginal para o autor é uma expressão que comporta diversos aspectos, entre eles a posição de países da América Latina fora do eixo dos chamados países centrais, bem como *marginal* na perspectiva de relação de dependência com esse poder central, além de que *marginal* poder representar a

grande maioria da população latino-americana, marginalizada do poder, mas objeto da violência policial.

O Autor assume que a violência cotidiana do sistema penal recai sobre os setores mais vulneráveis da população, apontando que estamos diante de um genocídio em andamento. O genocídio colonialista e neocolonialista, em nossa região marginal não acabou: nossos sistemas penais continuam praticando-o e, se não forem detidos a tempo, serão eles os encarregados do genocídio tecnocolonialista (ZAFFARONI, p.125, 2002). Ademais, o manejo e controle do sistema penal é uma peça chave para escapar desse perigo.

O mero esboço deste panorama, da tarefa que caberia ao sistema penal e da necessidade de neutralizar sua funcionalidade em relação ao projeto tecnocolonialista é suficiente para comprovar a extrema urgência de uma proposta marginal no contexto da crise de legitimidade do exercício de poder de nossos sistemas penais (ZAFFARONI, 2002, p. 123).

Quanto à necessidade de uma resposta marginal como imperativo jus-humanista, o autor declara em um primeiro momento que o exercício de poder dos sistemas penais é incompatível com a ideologia dos direitos humanos, vez que todos os instrumentos dos direitos humanos parecem reconhecer a legitimidade do sistema penal, porém o mesmo defende que os direitos humanos não representam uma utopia (em sentido negativo), mas *um programa de longo alcance de transformação da humanidade*.

Zaffaroni aborda algumas táticas para a redução do violento exercício de poder penal e sua substituição por estratégias mais eficazes, entre elas a substituição do discurso produzido pelas instâncias dos meios de comunicação em massa, submetendo a controles técnicos de forma a evitar as metamensagens reprodutoras e instigadoras do discurso da violência, bem como a deslegitimação do sistema penal por um processo intensivo de descriminalização e de redução da pena de prisão, neste ponto específico é onde sua teoria pode ser incluída no Direito Penal Mínimo.

Uma criminologia envolvida no realismo marginal permitiria demonstrar sucessivos objetivos estratégicos, que tenderiam a reduzir o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos, aproximando-se então de justificativas de procedimentos de Justiça Restaurativa. O autor defende que o objetivo mais imediato deve se dirigir para a redução do número de mortes e a geração de espaços de liberdade social que permitam a reconstrução de vínculos comunitários.

A intervenção mínima como tática é um caminho que possibilitaria a diminuição da violência do sistema penal, desde que que, como bem adverte o autor, a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua um recurso formal para retirar matéria da agência judicial e aumentar o poder das outras agências, devendo ser tratada como forma de renúncia real ao modelo punitivo (Zaffaroni, p. 177, 2002).

Ao abordar um novo sentido para as garantias penais, para o autor, o discurso jurídico penal deve se preocupar com a duração, gravidade e extensão da prisão. Da perspectiva de um discurso jurídico penal com base no realismo marginal,

entende-se por garantia penais o compromisso das agências judiciais penais para exercer seu poder de modo a decidir cada caso conforme a regra de “mínima violação/máxima realização” dos princípios que servem para limitar a irracionalidade (violência) do exercício de um poder do sistema penal, configurando deste modo, um “padrão” – provisório, por ser progressivo e “aberto”, ou “inacabado” – de máxima irracionalidade (violência) tolerada (porque a agência judicial carece de poder para impor um menor) (Zaffaroni, p.236, 2002).

O autor propõe assinalar os princípios limitadores inacabados, sob o ponto de vista de um realismo marginal, como uma classificação dos princípios úteis à limitação da violência do sistema penal, dividindo em Princípios para a Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais, os Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de pressupostas de Disfuncionalidade Grosseira para os Direitos Humanos e os Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação

Pessoal em Razão da sua notório Irrracionalidade, demonstrando-se no esquema a seguir:

PRINCÍPIOS PENAIIS FUNDAMENTAIS, LIMITADORES E INACABADOS		
Princípios para a Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos Formais	Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de Pressupostos de Disfuncionalidade Grosseira para os Direitos Humanos	Princípios para a Limitação da Violência por Exclusão de Qualquer Pretensão de Imputação Pessoal em Razão da Sua Notória Irrracionalidade
Reserva Legal ou de Exigência máxima de legalidade em sentido estrito	Limitação máxima da resposta contingente	Tipicidade
Máxima taxatividade	Lesividade	Antijuricidade
Irretroatividade	Mínima proporcionalidade	Culpabilidade
Máxima subordinação à lei pena substantiva	Respeito mínimo à humanidade	
Representação Popular	Idoneidade relativa	
	Princípio limitador da lesividade da vítima	
	Transcendência mínima da intervenção punitiva	

Os princípios anteriormente citados do minimalismo penal de Zaffaroni se baseiam no quadro esquemático de Baratta, com as modificações

defendidas pelo autor argentino, através da recuperação das garantias jurídicas fundamentais e do respeito aos Direitos Humanos.

Os Princípios Intrassistemáticos de Limitação Formal de Alessandro Baratta são relacionados com os princípios de Limitação da Violência por Carência de Elementaríssimos Requisitos, pois ambos aos autores reforçam as garantias jurídicas do Estado de Direito, os Pressupostos de Disfuncionalidade se relacionam aos Princípios de Limitação funcional na medida que ambos autores defendem a necessidade de se evitar respostas contingenciais para os conflitos, impondo a não aplicação de leis penais ou não penais sem o devido debate público.

O princípio da Mínima Proporcionalidade e da Lesividade correspondem aos Princípio de Proporcionalidade Abstrata, em que apenas os crimes que causarem danos graves à sociedade merecem a imposição de pena, sendo esta proporcional ao dano. Quanto ao papel da vítima, o Princípio Limitador da Lesividade visa a proteção de seus interesses, no sentido de impedir que a pena seja aplicada quando a vítima assim o desejar, é o resgate do papel da vítima no processo penal, o que justifica adoções de Justiça Restaurativa em conflitos criminais, se a vítima e os sujeitos envolvidos assim o desejar.

O Realismo Marginal de Zaffaroni busca a contenção da violência através de uma resposta possível para sua redução, sendo que a adoção dos princípios minimalistas proporcionaria a possibilidade de conscientização de todos os operadores do direito e da sociedade, na busca por formas democráticas de resoluções de conflito, na desjudicialização e não apenas na repressão sem um mínimo de racionalidade e deslocamento de reflexão social.

2.2.3 Do Minimalismo ao Garantismo de Luigi Ferrajoli

Luigi Ferrajoli desenvolve sua teoria minimalista, também denominada garantista, a partir de uma concepção política de base liberal,

expressa na ideia da centralidade da pessoa humana e de uma concepção jurídica que tem o positivismo jurídico como matriz teórica. Assim reforça o discurso da profunda crise do direito no tocante aos direitos fundamentais do indivíduo.

Em sua obra *Direito e Razão*, o autor aborda a elaboração de sistema geral do garantismo, o qual tem por fundamento a tutela das liberdades dos indivíduos frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder, especificamente, o direito penal. Para tanto, Ferrajoli aborda o direito penal mínimo, passando sua tese entre os abolicionistas e os defensores de um direito penal máximo. Construindo uma doutrina de justificação, a qual denomina “utilitarismo penal reformado”, em contraste aos modelos autoritários e abolicionistas, defendendo um modelo intermediário, de direito penal mínimo, mais garantidor e conseqüentemente, legítimo.

Sua teoria aborda ainda a perspectiva de abolição superação das penas privativas de liberdade e pecuniárias, o modelo de controle penal mínimo exige uma reflexão em torno do problema relativo ao tipo de pena a serem substituídas, as chamadas penas alternativas, das quais possíveis de constituir uma alternativa às penas carcerárias e pecuniárias, desde sejam principais e não acessórias, devendo estas serem compatíveis com o respeito à dignidade da pessoa e não de natureza antieducativa e criminógena da pena carcerária (Ferrajoli, 2002, p. 336)

O modelo garantista abordado pelo autor, propõe estabelecer critérios de racionalidade e civilidade à intervenção penal, permitindo a criação de um instrumental prático-teórico idôneo à tutela dos direitos contra a irracionalidade dos poderes, sejam públicos ou privados. Os direitos fundamentais adquirem, pois, status de intangibilidade (Carvalho, 2002, p. 19).

No garantismo penal, os direitos fundamentais possuem a visão de direitos humanos constitucionalizados, adquirindo a função de estabelecer o objeto e os limites do direito penal nas sociedades democráticas.

Representando um elogio à racionalidade jurídica, a teoria do garantismo penal pressupõe o direito como única alternativa à violência

dos delitos e das penas, cuja existência apenas se justifica se percebido como mecanismo de tutela do indivíduo contra as formas públicas e privadas de vingança; o direito penal e processual passam a ser compreendidos, portanto como lei do mais fraco, em alternativa à lei do mais forte, que vigeria na sua ausência (DE CARVALHO, 2002, p. 20).

Para o autor, o objetivo geral do direito penal, tal como resulta da dupla finalidade preventiva pode ser identificado como o impedimento do exercício das próprias razões, ou de modo mais abrangente, com a minimização da violência na sociedade. Abordando ainda o direito penal mínimo enquanto técnica de tutela dos direitos fundamentais de proteção dos mais fracos. O modelo teórico minimalista de Ferrajoli possibilita ao operador do direito mecanismos de avaliação da norma penal, da teoria do direito e da teoria da pena, bem como da teoria processual penal, os chamados axiomas teóricos.

O garantismo penal é um esquema baseado no máximo grau de tutela dos direitos, limitando o poder punitivo e garantindo às pessoas contra qualquer tipo de violência arbitrárias, pública ou privada. Por se tratar de modelo ideal, apresenta inúmeros pressupostos teóricos, os chamados axiomas. De acordo com sua doutrina, deve-se levar em consideração os graus de garantismo dos sistemas penais e seus níveis deverão ser de acordo com a presença dos seguintes axiomas do sistema garantista (Ferrajoli, 2002, p.75), sendo os seguintes:

A1 – *Nulla poena sine crimine* (princípio da retributividade ou da consequência da pena em relação ao delito);

A2 – *Nullum crimen sine lege* (princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito); A3 – *Nulla lex poenalis sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia do direito penal);

A4 – *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);

A5 – *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade ou da exterioridade da ação);

A6 - *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal) ;

A7 - *Nulla culpa sine iudicio* (princípio da jurisdicionalidade);

A8 – *Nullum iudicium sine accusatione* (princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação);

A9 – *Nilla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova ou da verificação);

A10 – *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade).

A garantia da intervenção mínima só poderá ser assegurada através da adição dos axiomas acima relacionados, princípios que representam pressupostos a partir dos quais se está permitido proibir e castigar. Os seis primeiros axiomas constituem as garantias penais e os quatro restantes são garantias processuais, constituindo desta forma o modelo garantista de responsabilidade penal e sua efetivação é apresentada como fundamento necessário para o modelo de controle penal mínimo.

Ferrajoli reconhece que o direito penal, mesmo quando cercado de limites e garantias, conserva sempre uma brutalidade intrínseca que torna problemática e incerta sua legitimidade moral e política. A pena, qualquer que seja a forma em que se a justifique e circunscreva, é com efeito uma segunda violência que se acrescenta ao delito, e que está programada e colocada em prática por uma coletividade organizada contra um indivíduo. Dessa maneira, a utopia – este caráter utópico e , além disso, de utopia irrealizável, que lhe seria atribuído pelos abolicionistas – que Ferrajoli propõe não é um lugar ideal, mas si o menos mau possível. (Anitua, 2008, p. 736).

O minimalismo penal deve ser concebido não como um instrumento de relegitimação da punição, mas objetivando o máximo de bem estar entre aqueles que sofreram o delito e o mínimo de mal-estar aos que praticam, seja

na possibilidade de privatização de conflitos defendido por Baratta, na redução do violência do poder estatal e sua substituição por estratégias mais eficazes de prevenção do delito, além do resgate do papel da vítima nos conflitos penais, teses defendidas por Zaffaroni, bem como na racionalidade das penas estabelecendo os limites do direito penal e na defesa das garantias dos direitos fundamentais ao mais fraco, ideias defendidas por Ferrajoli, entre as quais pode-se aplica-las como teorias norteadoras que posteriormente justificam a adoção de metodologias de justiça restaurativa em busca da democratização dos conflitos penais, seja maximizando a proteção da vítima e minimizando as consequências do delito diante da racionalidade da intervenção estatal.

3 JUSTIÇA RESTAURATIVA E A HORIZONTALIDADE NOS CONFLITOS PENAIS

Em vigor desde 2004 no Brasil e regulamentada pelo Conselho Nacional de Justiça, a Justiça Restaurativa, como um campo de progressivo aprendizado, vem se solidificando no Judiciário através de diversas experiências metodológicas, cujo objetivo é centralizado em uma nova perspectiva do crime e suas implicações. Busca-se reconstruir uma relação de paz entre vítima, ofensor e a comunidade atingida.

Ao refletir a Justiça Restaurativa, invoca-se um universo de grande complexidade e a primeira caracterização para designá-la passa a ser também a de um "Movimento Social" que, partindo de uma ampla agenda socioética e política, vai configurando um campo de investigação científica e metodológica voltado para a transformação do modelo punitivo e do sistema de justiça penal. (Andrade, 2018, p. 54)

Diversas são as metodologias apontadas como procedimentos restaurativos, falaremos daquelas aplicadas no Brasil, porém deve-se ter em mente que a Justiça Restaurativa não é algo imutável, mas sim a possibilidade da existência de diversas formas que podem justificar esse novo olhar, bem como não aplicar apenas em conflitos criminais, mas em diferentes situações, inclusive em situações não necessariamente criminais. Cabe mencionar, a Justiça Restaurativa é um campo de progressivo crescimento.

A Justiça Restaurativa busca a mudança de enfoque de forma a mostrar o conflito como uma confrontação construtiva, revitalizadora, pacífica e não prejudicial. Para Helena Morgado, Justiça não pode ser um sinônimo de decisão judicial imposta, pois

Há a necessidade de em primeiro lugar retirar o conflito da moldura normativa que justifica a punição para entrega-lo aos verdadeiros interessados, os quais devem possuir a oportunidade de decidir as consequências dos atos em que se envolveram, de forma a curar as feridas porventura abertas. Operar o Direito a partir do modelo burocrático requer tão somente conhecer as regras do ordenamento jurídico, a lógica e o funcionamento de justiça. (Morgado, 2018, p. 130)

Há o objetivo de tratar as sequelas da transgressão do delito e suas implicações, ZEHR (2015, p.54) define que é uma abordagem que visa “promover a Justiça e que envolve todos àqueles que têm interesse numa ofensa ou dano específico em um processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa”, a fim de restabelecer as pessoas e endireitar as coisas na medida do possível.

Já Silva (2010, p. 138), ao defender uma Justiça de Reciprocidade, define que a Justiça Restaurativa “propõe uma nova roupagem para o sistema penal, pondo em destaque a reparação dos danos e não o ato de punir , procedendo de forma que haja uma interação entre vítima, o transgressor, familiares e amigos na busca de solução do conflito”, dessa forma promovendo uma maior coesão social.

Desta forma, pode-se apontar que não existe um único modelo de resolução dos conflitos penais, assim como não há nada que impeça o desenvolvimento de um novo modelo desvinculado da lógica centrada na punição, como pretende a Justiça Restaurativa. Pretende-se que a definição de justiça seja fornecida, em cada relação conflituosa, pelos próprios envolvidos, é nesse sentido que tratamos da horizontalidade das relações, pois busca-se tratar o delito a partir do diálogo das partes envolvidas e as que porventura serem atingidas com o conflito.

Cabe ressaltar, não se busca uma impunidade, mas a possibilidade de se relativizar os interesses, ouvindo mais a vítima em numa ação penal

flexibilizada. Restaura-se o estado de paz entre as pessoas que convivem o cenário da prática do delito, sem a necessidade do instrumento penal coercitivo estatal. No mesmo sentido, Koen (2005, p. 168) discorre que a “Justiça Restaurativa não está ligada a um modelo punitivo, mas sim busca a facilitar a reparação das relações atingidas pelo conflito criminal e visa a cooperação de todas as partes afetadas”. Considera ainda que o modelo de justiça criminal atual entende a punição como um meio para o fim, a justiça restaurativa vem para se tornar um fim em si mesmo.

Ao transgressor do delito se oferece reparar a vítima ou à comunidade atingida, à vítima se oferece um amparo e para a comunidade, há um efeito integrativo. Trata-se de um novo modelo de justiça criminal, desvinculado do excessivo formalismo e que procura meios de solucionar a situação-problema, e não simplesmente atribuir culpa a um sujeito.

A Justiça Restaurativa antes de tudo, deve ser pautada pelos seus propósitos mais importantes: reduzir, sempre que possível, o uso do sistema penal e os efeitos das interpretações criminalizantes por ele geradas, e incrementar a democracia por meio de um maior protagonismo das partes na administração de seus conflitos. (Achutti, 2016, p. 47).

Não se trata de uma alternativa penal, mas sim uma proposta em que as partes envolvidas entrarão em um consenso, podendo ser este o método mais eficaz de controle do crime. Muda-se o significado da pena como retribuição e da prevenção especial que é centralizada no ofensor, trazendo o protagonismo da vítima para que seus anseios sejam levados em conta. Porém não se busca uma vingança privada, muito menos transformar o direito penal em um direito civil, mas sim resgatar o monopólio do Estado de gerenciar os conflitos criminais para que todos os sujeitos envolvidos no fenômeno crime sejam levados em consideração, em um plano horizontal de empoderamento.

3.1 HISTORICIDADE

Muitos são os documentos que tratam da origem da Justiça Restaurativa, indicando esta estar presente em várias sociedades e por diversos séculos, Braithwaite (2002, p.85) ao tratar sobre a origem, indica que essa abordagem já fora desenvolvida em modelos de justiça de antigas civilizações árabes, gregas e romanas que aceitaram a Justiça Restaurativa até mesmo para homicídios. O modelo restaurativo foi o modelo criminal de justiça dominante durante a maior parte da história humana.

Para tratar da história da Justiça Restaurativa pode-se partir de suas origens mais remotas, reportando-a a costumes tribais e indígenas de tribos africanas neozelandesas, e os usos das chamadas primeiras nações ou povos originários para a solução de conflitos (Rosas, 2020)

Aos retratar sobre a historicidade da abordagem restaurativa, Bazemore (1999, p. 7) exemplifica valores de reparação do delito para as vítimas ou familiares atingidos pelo crime cometido já no Código de Hamurabi (1700 d.C.) que previa a restituição em caso de delitos contra a propriedade, o Código Sumério ou Ornam (2060 a.c) que previa restituição até em casos de ofensas violentas, Lei das XII Tábuas (449 d.c) que exigia que os ladrões condenados pagassem o dobro do valor dos bens roubados.

Em seu livro “The History of Restorative Justice”, Weitekamp (2003, p. 111) ao analisar a historicidade de práticas restaurativas menciona que povos indígenas, como os aborígenes e índios nativos da América do Norte e do Sul têm usado conferências de grupo familiar e audiências circulares para tratar os conflitos em suas tribos e essas práticas tradicionais de resolução de conflitos não foram extintas.

Braithwaite (2002, p. 4) menciona que na Galiléia atual, a antiga instituição de Justiça Restaurativa Palestina de Sulha é uma das mais ricas sobrevivências desse ideal de usar o menor mal do crime para construir o bem maior de uma comunidade amorosa. Menciona ainda, a cultura céltica e persistência com o modelo de Justiça Restaurativa. O autor propõe uma hipótese para entender a Justiça Restaurativa sob o contexto histórico ocidental, citando os seguintes estágios:

1. Período pré-Estatal onde a Justiça Restaurativa e as penas de banimento eram dominantes;
2. Estado fraco onde a punição corporal e a pena capital dominavam;
3. Estado forte onde a polícia profissional e penitenciárias dominam;
4. Um estágio de Estado do Bem-estar social, com a participação de novos profissionais terapêuticos assim como um trabalho social na prisão;
5. Uma visão contemporânea envolvendo uma nova regulamentação estatal, comunidade e policiamento corporativo (nessa fase a renovação da Justiça Restaurativa). (Braithwaite, 2002, p.6).

Nessa visão contemporânea cujo redescobrimto da Justiça Restaurativa em princípios e valores remonta aos anos 70. O documentário intitulado “The Elmira Case” trata sobre o conhecido primeiro ponto de partida em que foi aplicado os princípios da Justiça Restaurativa na cidade de Kitchener – Ontário, Canadá.

O caso também é retratado por Peachey (“The Kitchner Experiment”, 1989) onde o autor descreve a experiência ocorrida em 1974 em que após um ato de vandalismo cometido por dois jovens, o oficial de condicional responsável pelo caso conseguiu mediar o encontro entre os ofensores e as vítimas, as quais aceitaram a restituição dos danos sofridos e essa resposta positiva das vítimas levou ao primeiro programa de reconciliação vítima-agressor e posteriormente, a prática foi aplicada em outros países com a denominação de Mediação Vítima – Ofensor ou em inglês VORP (victim/offender reconciliation program).

Albert Eglash (1977) é apontado como o responsável pelo termo *Justiça Restaurativa* no artigo intitulado “Beyond Restitution: Creative Restitution” e ao tratar sobre os modelos de justiça criminal, definiu que o modelo restaurativo envolve todas as partes no processo criminal, fornecendo uma oportunidade de deliberação entre ofensor e a vítima para restaurar as relações, bem como oferecer uma chance para o ofensor reparar os danos causados à vítima.

O primeiro programa a ser implantado nos Estados Unidos foi lançado em 1978, na Elkhart, Indiana por meio da criação de uma organização local chamada “Prisoners and Community Together (PACT)”, o programa dá a oportunidade para aquele que cometeu o delito de obter senso de responsabilidade por suas ações e oferece voz às vítimas no sistema criminal de justiça. Nos anos seguintes, segundo Robert B. Coates et al (2003) houve um aumento significativo de aplicação de Justiça Restaurativa, inclusive em casos em que envolve crimes violentos e homicídios, e segundo o autor, à época do estudo, já existiam mais de 300 programas nos Estados Unidos e mais de 1.200 espalhados pela Europa, Canada, Israel, Japão, Rússia, Coreia do Sul, África do Sul e América do Sul.

Em 1989, o governo da Nova Zelândia optou por reformular seu sistema de justiça juvenil por meio do *Oranga Tamariki Act*, cujos princípios restaurativos foram formalmente incluídos em legislação, baseando-se nas tradições maoris que se utilizavam de encontros familiares para discussão dos conflitos, tal metodologia foi aplicada como política de segurança pública para enfrentar os altos índices de delinquência juvenil que o país estava sofrendo.

Além do método mediação vítima-ofensor e dos encontros familiares, em 1992 foi a data que foi usada, institucionalmente, o método aborígine de círculos de sentença, aplicado em Yokon Territorial Court no caso R. v. Moses e posteriormente, em 1996 o governo federal do Canadá reconheceu os círculos de sentença como parte do sistema jurídico e todas as alternativas ao encarceramento existentes, inclusive as aborígines (GOLDBACH, 2011, p. 56).

Cita-se ainda a comissão da verdade na África do Sul pós-apartheid, denominada “Truth and Reconciliation Commission (TRC)”, onde é reconhecida como um tipo de abordagem de Justiça Restaurativa, pois a ideia por trás da comissão era de que uma nação que recentemente havia passado por uma história de conflitos considerasse agora construir um futuro positivo. E conforme Maepa,

o TRC estava de acordo com todos os princípios e exigências da justiça restaurativa, pois era uma tentativa de lidar com as vítimas e os infratores do conflito,

concentrando-se não só na punição, mas também em garantir em entender sobre as causas do conflito para garantir a não repetição das violações praticadas durante o período do apartheid. (Maepa, 2005, p. 66).

Após o crescimento significativo de iniciativas anteriormente implementados e que deram ótimos resultados, as Organizações das Nações Unidas regulamentou a Resolução em 2002 indicando os princípios básicos para a utilização da Justiça Restaurativa em matérias criminas reconhecendo que os processos restaurativos são aqueles em que a vítima, o ofensor e quando apropriado, outros indivíduos e membros da comunidade afetados pelo crime, participem ativamente para a resolução do conflito, os processos podem incluir mediação, conciliação, conferências e círculos de sentença.

Para Morgado (2018, p. 139), a Justiça Restaurativa “promove a democracia participativa na área criminal, pois neste espaço o delito não é visto como uma ofensa ao Estado, mas uma violação às partes envolvidas no conflito (infrator, a vítima e a comunidade)”, cabendo à justiça identificar as necessidades e obrigações oriundas dessa violação e do trauma causado, o qual deve ser restaurado. Não se sega que o crime também afete a sociedade, mas a dimensão pública, como explica a autora, não deve ser obrigatoriamente o ponto de partida para a tomada de decisões, cabendo aos envolvidos a deliberação sobre as consequências e o tratamento a ser dispensado às situações problemáticas.

No Brasil, a Justiça Restaurativa está em funcionamento (oficialmente) há pelo menos 15 anos desde a parceria firmada com a ONU e o Ministério de Justiça em 2004 e tem se expandido pelo restante do país. Conforme a Resolução 225/2016 do CNJ que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no Âmbito do Poder Judiciário, constitui um conjunto ordenado e sistemático de princípios, métodos, técnicas e atividades que objetivam colocar em destaque os fatores relacionais, institucionais e sociais motivadores de conflitos de violência.

3.2 PRINCÍPIOS, VALORES E ELEMENTOS

A partir dos pontos levantados no tópico anterior, revela-se que, entre seus objetivos, a Justiça Restaurativa possui dois aspectos: o nível micro (reparação dos danos vivenciados) e a concepção macro (transformação), ambos dependentes da centralidade do encontro. Seu espaço, como aponta Vera Lucia Andrade (2018, p. 74), não se limita ao sistema de justiça ou ao sistema de justiça penal, estando convidada a se expandir para os relacionamentos transversais vivenciados em todos os espaços comunitários e sociais, visando à resolução de diferenças (nominadas como conflitos, crimes, contravenções, violências) em famílias, escolas, comunidades, hospitais, empresas, bem como entre os povos.

Quando se fala em princípios da Justiça Restaurativa, costuma-se aludir à Resolução n. 2002/12, da ONU. Com relação aos princípios, a referência internacionalmente citada e considerada o ponto de partida para a sua caracterização é a Resolução n. 2002/12, da ONU, a qual, como se verá adiante, instituiu “princípios básicos para utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal”. Tais são os princípios da imparcialidade do facilitador; confidencialidade; da voluntariedade das partes, da presunção de inocência na hipótese do processo retornar à justiça comum, após finalizada a prática restaurativa, com ou sem acordo entre as partes; razoabilidade e proporcionalidade do acordo em relação à situação e busca de resultados restaurativos. A partir dessa referência, tem se desenvolvido e se ampliado a principiologia restaurativa. O mesmo acontece com a definição dos valores, que é mutável de acordo com os autores, ao ponto de se afirmar que há tantas listas de valores restaurativos quanto definições de Justiça Restaurativa. (Andrade, 2018, p. 74)

Sendo um conjunto sistemático de princípios e valores, a Justiça Restaurativa, como bem abordada por Howard Zher (2017, p. 38), “possui valores essenciais que justificam a adoção de seus princípios, quais sejam, *danos e necessidades, obrigações e engajamento*”.

A Justiça Restaurativa tem foco no *dano* cometido. Pois vê o crime primordialmente como um dano causado a pessoas e comunidades. O atual sistema jurídico, com suas normas de que o Estado é a vítima pelos delitos cometidos, por muitas vezes perde de vista essa realidade, vez que as atuais vítimas se tornam apenas testemunhas qualificadas do delito. Por exemplo, uma vítima de um roubo de um celular, ao integrar o papel judicial, apenas é chamada

a ser ouvida na Audiência, seus danos não lhes são restituídos, se torna a uma mera preocupação secundária no processo, o foco é a aplicação da pena. A Justiça Restaurativa ao colocar o foco no dano, surge uma preocupação inerente com as necessidades da vítima e seu papel no processo.

Portanto, para a Justiça Restaurativa o “fazer justiça” começa na preocupação com a vítima e suas necessidades. Ela procura, tanto quanto possível, reparar o dano – concreta e simbolicamente. Essa abordagem centrada na vítima requer que o processo judicial esteja preocupado em atender as necessidades da vítima, mesmo quando o ofensor não foi identificado ou detido. É importante também oferecer àqueles que sofreram o dano a oportunidade de definirem suas necessidades, ao invés de tê-las determinadas por outros ou pelo sistema.

Embora a primeira preocupação deva ser com o dano sofrido pela vítima, a expressão “foco no dano” significa que devemos também nos preocupar com o dano vivenciado pelo ofensor e pelas comunidades. E isto deve nos levar a contemplar as causas que deram origem ao crime. O objetivo da Justiça Restaurativa é oferecer uma experiência reparadora para todos os envolvidos. Idealmente a Justiça Restaurativa ocupa-se em prevenir o mal, e em aplicar a justiça depois de ocorrido o dano (Zher, 2017, p. 39).

Males ou danos resultam em *obrigações*. Por isso a Justiça Restaurativa enfatiza a responsabilização daqueles que causaram danos. A Responsabilização penal é aplicar determinada pena, após o devido processo legal, àquele que cometeu um delito. No entanto, se compreendermos o delito como um dano, a responsabilidade significa que o ofensor deve ser estimulado a compreender o dano que causou e as consequências de seu comportamento. Além disso, o ofensor deve assumir a responsabilidade de corrigir a situação na medida do possível, tanto concreta como simbolicamente, ou seja, eles têm a responsabilidade de “fazer a coisa certa” em face dos prejudicados, melhor do que punição, evita novas ofensas.

A Justiça Restaurativa promove *engajamento* ou participação. O princípio do engajamento orienta que as partes afetadas pelo crime – vítima, ofensor e comunidade- desempenham papéis significativos no processo judicial.

Todos devem ter a consciência de uns sobre os outros e envolver-se no que é necessário para que se faça justiça em cada caso específico.

Em alguns casos, isto pode significar diálogo direto entre as partes, como ocorre nos encontros entre vítima e ofensor. Eles partilham seus relatos e chegam a um consenso sobre o que pode ser feito. Em outros casos, o processo envolve trocas indiretas, por intermédio de representantes, ou ainda outras formas de desenvolvimento. O princípio de engajamento implica o envolvimento de um círculo ampliado de partes, quando comparado ao processo de justiça tradicional.

A Justiça Restaurativa requer, no mínimo, que cuidemos dos danos sofridos pela vítima e de suas necessidades, que seja atribuída ao ofensor a responsabilidade de corrigir aquele dano e que vítimas, ofensores e comunidade sejam envolvidas no processo (Zher, 2017, p. 41). Pode-se dizer que há um processo de construção coletiva do caso que conduzirá a uma construção coletiva da decisão e, portanto, produzirá a justiça para cada situação (Achutti, 2016, p.69).

Partindo dos três valores abordados anteriormente, Howard Zher e Harry Mika (2003, p. 135-152) sistematizaram os princípios fundamentais da Justiça Restaurativa e seus elementos, deixando a convite do leitor a adaptá-los e atualizar de acordo com o contexto e a prática desenvolvida, servindo como guia para a condução de experiências restaurativas, dos quais se fazem necessário correlacionar abaixo:

1. O crime é fundamentalmente uma violação de pessoas e de relacionamentos interpessoais.

As vítimas e a comunidade foram lesadas e precisam ser recompostas. As vítimas primárias são aquelas afetadas mais diretamente pela ofensa, mas outros, como familiares das vítimas e dos ofensores, testemunhas e membros da comunidade atingidos, são vítimas também.

Os relacionamentos afetados (e refletidos) pelo crime precisam ser tratados.

A restauração é um continuum de razões à gama de necessidades e danos vivenciados por vítimas, ofensores e pela comunidade.

Vítimas, ofensores e comunidades afetadas são basicamente os detentores de interesse da justiça.

O processo de Justiça Restaurativa enfatiza a contribuição e a participação dessas partes - mas especialmente das vítimas primárias e ofensores – em busca da restauração, superação, responsabilização e prevenção.

Os papéis dessas partes variarão segundo a natureza da ofensa, bem como as capacidades e preferências das partes.

O Estado tem papel delimitado, como o de investigar os fatos, facilitar os processos e garantir a segurança, mas o Estado não é uma vítima primária.

2. A violação cria obrigação e ônus.

A obrigação dos ofensores é corrigir as coisas tanto quanto possível.

Uma vez que a obrigação primária é para com as vítimas, um processo de Justiça Restaurativa empodera as vítimas para que de fato participem da definição das obrigações.

Os ofensores recebem oportunidade e estímulo para compreender o mal que causaram às vítimas e comunidade, e desenvolver planos para assumir suas responsabilidades de modo adequado.

Estimula-se a participação voluntária dos ofensores, enquanto se minimiza a coerção e exclusão. Contudo, caso não o façam voluntariamente, poderá se exigir dos ofensores que assumam suas obrigações.

As obrigações que advém do dano infligido devem guardar uma relação com o empenho em corrigir a situação.

As obrigações podem ser vivenciadas como difíceis, e mesmo dolorosas, mas não são impostas com o objetivo de punição, vingança ou retaliação.

As obrigações em relação às vítimas, como a restituição de bens ou a promoção de seu restabelecimento, são prioritárias em relação a outras sanções ou obrigações diante do Estado, como as multas.

Os ofensores têm a obrigação de participar ativamente do esforço para atender às suas próprias necessidades

A comunidade tem obrigações diante das vítimas e dos ofensores e também em relação ao bem-estar de seus membros em geral.

A comunidade tem obrigação de dar apoio e prestar ajuda às vítimas de crimes a fim de que sejam atendidas suas necessidades.

A comunidade é responsável pelo bem-estar de seus membros e pelas condições e relacionamentos sociais que levam ao crime ou à paz na comunidade.

A comunidade tem a responsabilidade de apoiar os esforços para reintegrar ofensores à comunidade, de envolver-se ativamente na definição das obrigações do ofensor e de garantir que o ofensor tenha a oportunidade de corrigir o seu erro.

3. A Justiça Restaurativa busca restabelecer pessoas e corrigir os males.

As necessidades das vítimas de informação, validação, vindicação, restituição de bens, testemunho, segurança e apoio são os portos de partida da justiça.

A segurança das vítimas é prioridade imediata,

O processo de fazer justiça fornece a estrutura para que se desenvolva o trabalho de recuperação e restabelecimento, que em última instância é domínio da vítima individual.

As vítimas são empoderadas através da valorização de sua contribuição e participação na definição de necessidades e resultados ou decisões. Os ofensores estão envolvidos na reparação do mal tanto quanto possível.

O processo de fazer justiça amplia oportunidades para a troca de informações, participação, diálogo e consentimento mútuo entre vítima e ofensor.

Encontros presenciais são apropriados em alguns casos, enquanto formas alternativas de troca são mais apropriadas em outros.

As vítimas desempenham o papel principal na definição e direção dos termos e condições do encontro.

O consentimento mútuo tem precedência sobre as decisões impostas. Há oportunidades para remorso, perdão e conciliação.

As necessidades e aptidões dos ofensores são levadas em conta.

Reconhecendo que os próprios ofensores sofreram um dano, o restabelecimento e integração dos ofendidos à comunidade são enfatizados.

Os ofensores recebem apoio e tratamento respeitoso ao longo do processo.

A perda de liberdade e o confinamento forçado dos ofensores se limitam ao mínimo necessário.

A justiça valoriza mudanças pessoais mais do que o comportamento obediente.

O processo de fazer justiça pertence à comunidade.

Os membros da comunidade participam ativamente do processo de fazer justiça.

O processo enriquece com os recursos comunitários e, por sua vez, contribui para a construção e fortalecimento dessa mesma comunidade.

O processo procura promover mudanças na comunidade, tanto para evitar que males semelhantes atinjam outras pessoas, como para fomentar a intervenção imediata a fim de atender as necessidades das vítimas e promover a responsabilização dos ofensores.

A justiça está consciente dos resultados intencionais e não intencionais de suas respostas ao crime e à vitimização.

A justiça monitora e incentiva o acompanhamento dos acordos resultantes do processo já que restabelecimento, recuperação, responsabilização e mudança se amplificam quando tais acordos são cumpridos.

A justiça é assegurada não pela uniformidade das decisões, mas por disponibilizar apoio e oportunidades a todas as partes, evitando-se a discriminação baseada em etnia, classe e gênero.

Decisões que são predominantemente coercitivas ou privativas de liberdade deveriam ser adotadas como último recurso, utilizando-se o menos possível as intervenções restritivas e, ao mesmo tempo, buscando a restauração das partes envolvidas.

Consequências imprevistas e não intencionais, como a cooptação de processos restaurativos para fins coercitivos ou punitivos, orientação indevida a ofensores, ou a expansão do controle social, devem ser rechaçadas.

Além dos princípios e valores definidos por Howard Zehr, cabe observar os princípios básicos para a utilização de programas de justiça restaurativa em matéria criminal na Resolução 2002/12 da ONU, a qual normatiza o que pode ou não ser adotado pelos Estados-membros que desejam implementar a justiça restaurativa em seus países.

Entre seus princípios, cabe ressaltar o disposto sobre a utilização de programas de justiça restaurativa, a Resolução indica que devem ser utilizados somente quando houver prova suficiente de autoria para denunciar o ofensor e com o consentimento livre e voluntário da vítima e do ofensor, podendo estes revogar esse consentimento em qualquer momento do processo. A participação do ofensor não deverá ser usada como prova de admissão de culpa em processo judicial ulterior. Quando não for indicado ou possível o processo restaurativo, o caso deve ser encaminhado às autoridades do sistema de justiça criminal para a continuidade da prestação judicial.

Quanto à operação dos programas restaurativos, a Resolução indica que as garantias processuais fundamentais que assegurem tratamento justo ao ofensor e à vítima devem ser aplicadas e quando possível, vítima e ofensor devem ter assistência jurídica sobre o processo restaurativo. A não implementação do acordo feito no processo restaurativo não deverá ser usado como justificativa para uma pena mais severa no processo criminal subsequente. Já os facilitadores que atuam no processo restaurativo, devem ser imparciais, com o devido respeito à dignidade das partes, assegurando o respeito mútuo e capacitá-las a encontrar a solução cabível entre elas.

A Resolução 2002/12 ainda dispõe sobre o desenvolvimento contínuo de programas de Justiça Restaurativa, orientando aos Estados-membros a buscar a formulação de estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao seu uso pelas autoridades de segurança, judiciais e sociais, deve haver, ainda, a consulta regular entre as autoridades do sistema de justiça criminal e administradores dos programas de justiça restaurativa para se desenvolver um entendimento comum que amplie a efetividade dos procedimentos e resultados restaurativos, explorando os caminhos para a incorporação das práticas restaurativas na atuação da justiça criminal.

Como assevera Van Ness e Strong (2010, p. 48), existem “tantos valores restaurativos quantas definições de justiça restaurativa”, mas espera-se um norte em que se tenha clareza sobre o que a compreenda. Cabe observar,

a Justiça Restaurativa é um campo de progressivo crescimento e a cada caso concreto ou metodologia aplicada, os elementos de seus princípios fundamentais são adotados de acordo com suas necessidades. Por esta razão, é preciso abordar quais metodologias (procedimentos) são aplicadas com os valores mencionados anteriormente, entre elas, a mediação vítima-ofensor, conferências restaurativas e processos circulares, pois presentes no cenário brasileiro.

3.3 METODOLOGIAS RESTAURATIVAS

Em conformidade com os princípios acima mencionados, diversas podem ser as práticas restaurativas voltadas à resolução de conflitos, não impedindo que outras sejam criadas. Da mesma forma, não se impede a adaptação dos modelos existentes com a aplicação no caso concreto. No presente trabalho, apresentamos três modelos amplamente aplicados e conhecidos atualmente, quais sejam, mediação vítima-ofensor, conferências restaurativas e processos circulares.

Cabe ressaltar, todos os três modelos pressupõem um lugar comum, uma etapa preparatória que analisa a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa, verificando os requisitos, entre eles, a voluntariedade, admissão da autoria do conflito e autonomia da vontade. O facilitador deve analisar a adequada aplicação em cada caso de acordo com os objetivos e finalidades, bem como a criação de um espaço equilibrado e horizontal de fala, buscando desta forma atender os interesses e necessidades de cada sujeito participante.

Cada uma das metodologias utilizadas possui técnicas, requisitos e objetivos, os quais devem ser observados para que não se chame tudo de Justiça Restaurativa, sob pena de desvirtuá-la e infringir ainda mais dor e constrangimento aos implicados. Embora semelhantes em linhas gerais, as metodologias restaurativas se diferenciam quanto ao número e tipo de participação e, em alguns programas, no estilo de facilitação.

3.3.1 Mediação Vítima-ofensor

A mediação é um processo estruturado em que as partes envolvidas contam com um agente externo capacitado para auxiliar no diálogo entre aqueles que causou um dano e quem sofreu este dano. Busca-se proporcionar ao autor e a vítima um novo entendimento sobre a experiência traumática compartilhada. O objetivo é viabilizar a compreensão para ambas às partes. Liebmann (2007, p. 73) sintetiza os estágios necessários a um procedimento restaurativo de mediação vítima-ofensor, reuniões separadas e encontro, devendo em cada estágio conter:

1. Reuniões separadas: Visitação ao infrator e a vítima, avaliando a adequação de suas necessidades. Discussão das regras e princípios básicos da proposta restaurativa.
2. Encontro Abertura, introdução e regras básicas. Tempo ininterrupto – cada pessoa conta a sua história. Troca – oportunidade para perguntas. Acordo de construção, se apropriado. Redigir o acordo, se apropriado. Sessão de encerramento, organizando o acompanhamento. Interrogatório dos mediadores.

Preliminarmente, busca-se um criterioso cuidado entre os envolvidos, entre os riscos de revitimização e frustrações de cada sujeito. Nas reuniões separadas, há a definição das ordens das falas, priorizando os anseios das vítimas em recuperar sua percepção sobre o conflito. As perguntas são formuladas pelo mediado, cada sujeito (vítima-ofensor) possui a oportunidade de falar sobre os fatos a partir de seu ponto de vista.

No encontro, cada sujeito tem a oportunidade de fala e o papel do mediador nesse estágio é resumir e redefinir o problema de acordo com o desenvolvimento da reunião, construindo um acordo ou agenda de trabalho que atenda os anseios da vítima e ofensor. Cabe ressaltar, a construção do acordo surge da proposta de autoria dos sujeitos, o papel do mediado é auxiliar com a proposta de resolução do problema. Na sessão de encerramento, há a identificação dos pontos fundamentais do acordo, visando por fim o acompanhamento e a garantia de que este seja cumprido.

Anchutti (2016) alega que atualmente existem variações em torno da mediação que poderá ocorrer através de um encontro cara a cara entre vítima e ofensor, ou de forma indireta, com o mediador funcionando como mensageiro entre vítima e ofensor. De acordo com Pedro Scuro

Programas de mediação têm intenções diversórias, ou seja, procuram conflitos menores ao largo do sistema de justiça. Diferentemente do processo judicial convencional, a mediação autoriza os participantes a resolver o conflito por si mesmos, em uma atmosfera de informalidade estruturada. Diferentemente também da arbitragem, em que um *tertius* ouve os dois lados e emite um juízo, a mediação busca uma solução concertada pelos próprios envolvidos – o mediador não impõe um resultado; seu papel é capacitar os participantes, promover diálogo e um acordo visto como justo por ambas as partes e que conduza à solução do problema. Nesse sentido, a mediação segue o roteiro restaurativo básico – discussão dos fatos, expressão de sentimentos; reparação negociada, e comportamento futuro alterado – *transformando* a relação infrator/vítima de uma maneira não previsível nos quadros convencionais de resolução de conflitos, e nem mesmo pelos mediadores profissionais. Na mediação promove-se um encontro entre as partes envolvidas em um conflito, visando um acordo que pode incluir reparação dos danos causados. Os interlocutores devem construir, a partir de suas próprias percepções, uma abordagem para atingir um resultado “justo” sob as circunstâncias concretas. (Scuro, 2011, p. 10).

A maioria dos programas de mediação prevê a participação apenas dos protagonistas, enquanto alguns permitem que membros da comunidade dê apoio às partes. Howard Zher (2017, p.66) informa a possibilidade de membros da família poderão participar, mas normalmente essas pessoas possuem papel secundário, além do que pessoas que representem a comunidade poderão ser envolvidas como facilitadoras ou supervisoras do acordo selado, mas via de regra, não participam do encontro.

O sucesso da mediação vítima-ofensor depende do desempenho do mediador em facilitar a interação entre as partes e ajuda-las a assumir uma postura proativa, atentando para as características de cada sujeito, de forma que a experiência seja construtiva sobre a natureza e a extensão dos prejuízos causados, e por fim, definir o que poderá ser feito para reparar as consequências do delito.

3.3.2 Conferências restaurativas

Os processos de conferências restaurativas possuem diversas denominações, Liebmann (2007, p. 80) indica serem as mesmas das conferências de comunidade, conferências em grupo, conferências vítima-infrator, entre outras que se desenvolvem a partir de um pequeno grupo de pessoas, vítima –agressor, famílias e membros da comunidade. Os processos de conferências restaurativas se distinguem da mediação vítima-ofensor por não envolver apenas os dois sujeitos dos processos, mas também a comunidade e pessoas próximas a eles na resolução dos conflitos.

A conferência visa desenvolver entre todas as pessoas afetadas direta e indiretamente pelo conflito um plano para se obter respostas ao crime e sobretudo, em busca de reparação. Da mesma forma da mediação vítima-ofensor, nas conferências também há um local que as pessoas afetadas pelo conflito possam expressar seus sentimentos. Tornando os infratores mais conscientes do dano e o sofrimento que seu comportamento causou a outros. Por exemplo, um adolescente que cometeu um ato infracional análogo ao crime de roubo pode ser inserido em um procedimento restaurativo em que possa obter consciência que seu ato atingiu não somente aquela vítima, mas toda uma cadeia de atores, inclusive de sua própria família e buscar então um meio para restaurar tais relações.

Essa metodologia se concentra no apoio àquele que cometeu a ofensa, para que ele assuma a responsabilidade e mude seu comportamento, com isso a família do ofensor e/ou pessoas relevantes da comunidade são muito

importantes. Em alguns casos, especialmente quando o encontro tem o poder de afetar o desenlace do processo penal, um representante do Estado poderá se fazer presente.

De tradição neozelandesa, a metodologia restaurativa de conferências surge em 1989, como uma nova abordagem para lidar com jovens infratores de inspiração da cultura Maori. Esta ação foi uma reação à crise vivida na área do bem-estar do adolescente em conflito com a lei e também em razão das críticas por parte da população de que se utilizavam do sistema colonial imposto alheio à cultura local. Van Ness explica que,

Tornou-se evidente que os Maoris estavam muito preocupados com o número crescente de seus filhos que estavam sendo removido de suas famílias às instalações do estado pelos tribunais. A cultura maori é comunitária ao invés de individualista, mas cada indivíduo é criticamente importante parte da família.

Remover uma criança destrói a cultura Maori porque prejudica a família, assim como a crianças/jovens são consideradas o futuro do povo Maori. Eles possuem processos para lidar com o conflito, mas envolvem essencialmente a família em um processo de conversação para entender o problema e encontrar uma solução. Solução é geralmente coletiva, a família do agressor assume a responsabilidade de acertar com a família da vítima. (Van Ness, 2010, p. 28)

A conferência em grupo, conforme criada na legislação juvenil da Nova Zelândia, é baseada no bem-estar social e não no sistema criminal judicial, embora este último ainda coexista, o procedimento padrão para a maioria dos crimes mais graves cometidos por menores de idade é a conferência de grupos familiares.

As conferências são organizadas e facilitadas por assistentes sociais pagos pelo Estado, chamados Coordenadores de Justiça Adolescente. É sua função ajudar as famílias e determinar quem deve estar presente no encontro, e a criar o processo mais apropriado para aquele grupo em particular. Um dos objetivos do processo é a sua adequação cultural, e a forma do encontro precisa estar adaptada às necessidades e à cultura de todos os envolvidos.

Nesse caso a facilitação não é roteirizada. Embora haja uma progressão comum às conferências em geral, cada uma sofre adaptação em função das partes envolvidas. Um dos elementos comuns à maioria delas é a reunião com cada família em separado, que acontece em dada altura do processo. Aquele que ofendeu e sua família se retiram para outra sala a fim de discutir o que aconteceu até então e desenvolver uma proposta que será apresentada àqueles que foram ofendidos e aos demais participantes da conferência.

Assim como os mediadores de encontro entre vítima e ofensor, o coordenador da conferência de grupos familiares procura ser imparcial, ou talvez mais precisamente, igualmente parcial aos dois lados, equilibrado os interesses e necessidades das duas partes. No entanto, ele ou ela tem a incumbência de garantir a elaboração de um plano que comtemple as causas e também a reparação, que responsabilize adequadamente o ofensor, e por fim, que seja realista. (Zher, 2017, p. 68).

As conferências de grupos familiares, no modelo neozelandês, em virtude de normalmente fazerem papel de tribunal, possuem a função de desenvolver um plano completo para os adolescentes em conflito com a lei, plano este que além de reparações, inclua elementos de prevenção e, por vezes, punição.

Não existe, portanto, uma metodologia única, pois a abordagem se seguirá de acordo com o modelo de conferências que se desenrole. Também existem diversas variações, maiores e menores, que se adaptam de acordo com os países que aplicam, podendo ser aplicadas tanto em ambientes escolares quanto em conflitos penais, com diferentes órgãos de gestão, inclusive com a participação dos integrantes da segurança pública.

3.3.3 Processos circulares

Também chamadas de círculos de construção de paz e círculos de sentença, os processos circulares entraram no campo da Justiça Restaurativa através de experiências em comunidades aborígenes no Canadá e Estados Unidos. Os modelos envolvem a comunidade para lidar com as consequências de um delito, a sua dimensão e amplitude, visando identificar formas de

minimizar os danos, possuindo entre seus princípios a liberdade, voluntariedade, horizontalidade, conectividade e interdependência.

O processo em Círculo de Construção de Paz começou nos Estados Unidos, como assevera Kay Pranis (2010) com a filosofia da Justiça Restaurativa que inclui todos os envolvidos num processo de compreensão dos danos e criação de estratégias para a reparação dos mesmos. O processo se iniciou no sistema de justiça criminal do Estado de Minnesota, oferecendo um caminho para incluir as vítimas de um crime, os ofensores e a comunidade numa parceria com o poder judiciário, a fim de determinar a reação mais eficaz ao crime e promover o bem-estar e segurança de todos.

Os objetivos do Círculo incluem: desenvolver um sistema de apoio àqueles vitimados pelo crime, decidir a sentença a ser cumprida pelos ofensores, ajudá-los a cumprir as obrigações determinadas e fortalecer a comunidade a fim de evitar crimes futuros. Percebe-se que nesta metodologia há o objetivo de prevenção no cometimento de delitos.

Embora os Círculos tenham começado no contexto das varas criminais e das audiências de sentenciamento, os oficiais de condicional encontraram novas aplicação para esta abordagem, dentro do sistema judiciário. Profissionais inovadores começaram a usar os círculos para facilitar a integração de egressos da prisão, e também para aumentar a eficácia da supervisão comunitária sobre as pessoas em liberdade condicional.

Os círculos em Minnesota surgiram no contexto da justiça criminal, mas logo começaram a ser utilizados em outros contextos. Voluntários que trabalhavam nos círculos restaurativos logo viram que o processo seria útil em muitas situações não relacionadas ao crime, e levaram os Círculos para escolas, locais de trabalho, assistência social, igrejas, associações de bairros e famílias.

A disseminação de círculos de Construção de Paz foi espontânea e orgânica e as sementes se espalharam de um lugar para outro muito mais pelo interesse e compromisso individual das pessoas do que devido a planejamento estratégico e implementação organizada (Pranis, 2010, p. 22).

A Justiça Restaurativa contempla diferentes círculos, sendo de apoio e suporte às vítimas e ofensores, restaurativos de danos e relações, de reintegração na forma de acolhimento após aplicação de alguma sanção de restrição de liberdade, entre outros. Howard Zher (2017, p.71) explica que “em virtude do envolvimento da comunidade, os diálogos dentro do círculo são em geral mais abrangentes do que em outros modelos de Justiça Restaurativa”, pois os atores podem abordar circunstâncias comunitárias que talvez estejam propiciando violações, podendo falar sobre o apoio e necessidades dos que cometeram o delito e das vítimas, das responsabilidades que a comunidade possa ter e outros assuntos relevantes ao contexto.

Liebman (2007, p. 96), ao tratar sobre o tema, informa que os “círculos de construção da paz contemplam os círculos de sentença, possuindo estas quatro etapas: Inscrição, Preparação, Círculos de Sentença, Círculos de acompanhamento.” Os principais facilitadores dos Círculos são chamados de mantenedores e nomeados pelo comitê de Justiça após a primeira etapa ser completada, dos quais possuem trabalho precípua na preparação dos círculos, onde poderá haver círculos separados entre vítima e ofensor, podendo estes se fundirem na terceira etapa. A fase final, é acompanhada pelos facilitadores, de forma que as necessidades da vítima, ofensor e comunidade sejam atendidas. O processo de diálogo no círculo continua até que o consenso seja alcançado. Quando o processo circular é usado em na aplicação de eventual penalidade (Círculos de Sentença), o juiz irá usar o consenso alcançado para impor uma sentença com base nas informações compartilhadas no círculo.

A metodologia de conferências restaurativas está presente no cenário brasileiro em razão do Projeto Justiça para o Século 21, onde a formatação dos encontros foi baseada pelas conferências restaurativas de Círculos de Construção da Paz, e em 2010 a Profa. Kay Pranis esteve no Brasil para difundir na aplicação da metodologia em experiências por todo o país, não apenas em casos de conflito, mas em várias áreas de conhecimento além da justiça criminal.

3.4 O QUE É/NÃO É JUSTIÇA RESTAURATIVA

A Justiça Restaurativa não tem como objeto principal o perdão ou a reconciliação. É verdade que se insere dentro de um contexto que pode vir a acontecer, porém é uma experiência que varia de participante e depende de aspectos individuais de cada experiência aplicada. Da forma, como bem leciona Zher (2017, p. 26), não se tem por objetivo principal um retorno às circunstâncias anteriores, uma vez que o termo “restaurativo” por vezes indica uma sugestão de retorno ao passado, como se o conflito não houvesse existido, isso não é possível, ainda mais em situações de crimes graves.

Processos de vitimização podem desencadear situações mais dolorosas à vítima, uma pessoa com histórico de abusos ou traumas, por exemplo, talvez não tenha um estado saudável para o qual retornar. Sua situação precisa ser transformada e não restaurada. Por isso, a Justiça Restaurativa visa transformar e não perpetuar padrões de opressão e vitimização. Diante da multiplicidade de definições, Helena Morgado arremata que a “ideia de Justiça Restaurativa é, pois, por natureza, polissêmica. Não há como estabelecer um conceito inequívoco, sob pena de inibi-la e desvirtuá-la” (Morgado, 2018, p. 137).

Apesar do campo da Justiça Restaurativa ter surgido em experiências dos anos 70, ela não é algo novo, não surgiu do nada e sim em razão de tradições culturais e religiosas de comunidade aborígenes e indígenas, além de modelos de justiça de antigas civilizações árabes, gregas e romanas. Portanto suas raízes e precedentes são bem mais amplas que a iniciativa dos anos 70.

Na verdade, essas raízes estão mais antigas quanto a história da humanidade. Mencionando ainda a possibilidade de aplicação da Justiça Restaurativa além do Sistema Judicial, inclusive pelo diálogo em comunidades indígenas brasileiras, iniciativas já realizadas a exemplo do *Projeto Piloto Amambai*, em Mato Grosso do Sul, onde ocorreu a aplicação e treinamento das práticas restaurativas em diálogo com as comunidades indígenas dentro das aldeias, implementado em 2011 pelo Juiz de Direito Thiago Nagasawa Tanaka.

A Justiça Restaurativa não é uma panaceia nem necessariamente um substituto para o sistema judicial, pois em caráter *dual* os sistemas de justiça continuariam a existir ao lado do sistema restaurador.

A Justiça Restaurativa não é, de modo algum, resposta para todas as situações. Nem está claro que deva substituir o sistema judicial, mesmo no mundo ideal. Muitos entendem que, mesmo que a justiça restaurativa pudesse ganhar a implementação, algum tipo de sistema jurídico ocidental (idealmente orientado por princípios restaurativos) ainda seria necessário com uma salvaguarda de defesa dos direitos humanos fundamentais. De fato, esta é a função das Varas de Infância e Juventude no sistema de Justiça Restaurativa Juvenil de Nova Zelândia. A maioria dos defensores da Justiça Restaurativa concorda que o crime tem uma dimensão pública e uma privada. Creio que seja mais exato dizer que o crime tem uma dimensão social assim como uma dimensão mais pessoal e interpessoal. O sistema jurídico se preocupa com a dimensão pública, ou seja, os interesses e obrigações da sociedade representada pelo Estado. Mas esta ênfase relega ao segundo plano, ou chega a ignorar, os aspectos pessoais interpessoais do crime. Ao colocar o foco sobre as dimensões pessoal, interpessoal e comunitária do crime, conseqüentemente valorizando-as, a Justiça Restaurativa procura oferecer um maior equilíbrio na maneira como vivenciamos a justiça. (Zher, 2017, p. 25).

Ademais, a Justiça Restaurativa tem potencial para ser utilizada como instrumental prático e teórico para incrementar a democracia no sistema penal. Com isso, a Justiça Restaurativa é uma proposta de um modelo democrático de resolução de conflitos judiciais e extrajudiciais sob a ótica de metodologias restaurativas que possibilitam o diálogo entre os sujeitos de um conflito, determinando responsabilidades, obrigações e necessidades para reconstrução das relações sociais abaladas e a prevenção de delitos.

3.5 JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Oficialmente em vigor no Brasil desde 2004, a Justiça Restaurativa vem cada mais se solidificando como uma prática possível no sistema jurídico, porém suas raízes advêm de experiências realizadas desde da década de 90, não no

Judiciário, mas em escolas públicas, como programa de pesquisa sobre prevenção de desordem, violência e criminalidade.

Para Patrícia Rosas (2020), a Justiça Restaurativa no Brasil é uma realidade multifacetada, existindo práticas nas mais diversas áreas, exercidas por pessoas oriundas também de diversas formações e para apresentar as características *à brasileira* se torna necessário abordar as primeiras experiências realizadas, tanto sobre sua origem quanto a atualidade.

Em 1998 foi colocado em prática o *Projeto Jundiaí: viver e crescer em segurança*, desenvolvido pelo Centro Talcott de Direito e Justiça, Conselho Comunitário de Segurança e Pela Coordenadora de Ensino e apoio da Ordem dos Advogados de São Paulo, na cidade de Jundiaí/SP em 26 escolas de ensino médio, nos objetivos de melhorar condutas, prevenir desordem, violência e criminalidade no espaço escolar. Eminentemente alinhado aos princípios e valores restaurativos, o projeto trouxe responsabilidade de um dos percussores do tema Justiça Restaurativa, o sociólogo Pedro Scuro Neto, o qual definiu os pressupostos para a sua definição e a diferença entre o modelo retributivo e o restaurador (ver Anexo 03).

Para casos mais complexos e visando reconstruir as relações entre escola e sociedade, o Projeto Jundiaí trouxe um componente chamado *câmaras restaurativas*, consistindo numa metodologia para conscientizar quanto à administração da conduta dos alunos não ser responsabilidade exclusiva da escola, mas de todos os adultos da comunidade cujo centro é a Escola. Os atores dessa prática participariam de um processo de formação de novo sentido de comunidade e cidadania, baseado na restauração de relacionamentos corrompidos por comportamentos desregrado, violência e criminalidade.

O projeto foi interrompido em 2000 e a iniciativa Justiça Restaurativa só não foi esquecida porque seus proponentes perceberam que repercutiria melhor se fosse aplicada a partir de outro contexto ou sistema social. Daí a proposta de usá-la como instrumento de reafirmação do papel do Estado em procedimentos judiciais, com respeito às pessoas envolvidas e ao direito de verem ser reconhecidos seus valores e pontos de vistas. Articulados e

supervisionados pela Justiça os procedimentos restaurativos passariam a ter papel estratégico, não só para resguardar a ordem social, mas acima de tudo viabilizar mudanças e tornar o processo legal mais apropriado às atuais demandas individuais e sociais por justiça (Scuro, 2008, p. 8).

Em 2004, a parceria entre o Ministério da Justiça e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) trouxe o Relatório Acesso à Justiça por Sistema Alternativos de Administração de Conflitos, alcançando um mapeamento de 67 programas distribuídos em 20 unidades da Federação, tendo como um dos resultados, atividades na área de Justiça Restaurativa, cuja ações trouxe eixos práticos e teóricos desenvolvidos. Quanto à prática, consistiu na implementação de três projetos-piloto de aplicação de práticas de Justiça Restaurativa, na teoria, com a realização de uma conferência Internacional e a produção de material doutrinário sobre o tema.

A implementação foi aplicada posteriormente através do projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiros, nas três cidades escolhidas como sedes de projetos pilotos: São Caetano do Sul/SP, Brasília/DF e Porto Alegre/RS. O objeto seria acompanhar as práticas e o impacto da justiça restaurativa nas relações entre vítima-infrator-comunidade, além fomentar práticas na área jurídica.

Outro marco que fez parte da implementação foi o I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa – O braço da cultura de paz na justiça, realizado em abril de 2005 na cidade de Araçatuba/SP, a qual foi divulgada a Carta de Araçatuba, documento que buscou alinhar um consenso mínimo sobre os princípios da justiça restaurativa entre aqueles que vinham estudando e implementando as práticas no território nacional. Posteriormente, na Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, realizada em junho de 2005, com base na Carta de Araçatuba, foi ratificada a *Carta de Brasília* (ver Anexo B), registrando os princípios e valores a serem observados nas práticas da Justiça Restaurativa.

A parceria do Ministério da Justiça e o PNUD foi consagrada no lançamento do livro *Justiça Restaurativa*, reunindo diversos artigos de autores

nacionais e internacionais focados em projetos já implementados no âmbito internacional, bem como a reflexão sobre o aproveitamento no sistema penal no Brasil e no Mundo, com o intuito de estimular e qualificar o debate sobre o tema no meio jurídico e na comunidade acadêmica brasileira.

3.5.1 Projetos-pilotos

Prosseguindo a parceria do Ministério da Justiça e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, foram viabilizados aporte financeiro por meio do projeto intitulado *Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro* que consistiu na avaliação das práticas restaurativas aplicadas no âmbito de atos infracionais cometidos por adolescentes em conflito com a lei e no âmbito de Juizados Especiais Criminais, por meio de três projetos pilotos, a saber, Projeto São Caetano do Sul/ SP, Justiça para o Século 21 e a Experiência de Brasília.

Anchutti (2016, p.229) destaca que “tais iniciativas foram o primeiro passo em termos institucionais para a verificação da efetividade do método restaurativo quando utilizado em conjunto com o sistema de justiça tradicional”, importante mencionar que cada projeto foi necessário para o aporte teórico da Justiça Restaurativa no Brasil, de forma que se faz necessário analisar suas peculiaridades, objetivos e resultados.

3.5.1.1 Projeto São Caetano do Sul

O *Projeto Justiça, Educação, Comunidade: parcerias para a cidadania*, implementado em São Caetano do Sul/SP a partir de julho de 2005, consolidou-se em gerar práticas e conhecimentos inovadores em parceria com o Judiciário e o Sistema Educacional, buscando uma nova forma de se fazer justiça, cuja ferramenta residiu na aplicação da Justiça Restaurativa em conflitos envolvendo adolescentes.

Utilizando a metodologia de círculos restaurativos, a implementação do projeto de iniciativa da Vara da Infância e Juventude, intermediada pelo Juiz Eduardo Rezende Melo e equipe, obteve apoio institucional do Tribunal de Justiça de São Paulo e a Secretaria de Educação do Estado. Pautado por uma busca de promoção de responsabilidade ativa e cidadã das comunidades e escolas, o projeto baseou-se na parceria entre justiça e educação para construção de espaços de resolução de conflito e de sinergias de ação, em âmbito escolar, comunitário e forense.

O projeto teve sua atuação, a princípio, em duas esferas distintas: na vertente jurisdicional, a qual tinha por foco os atos infracionais levados ao conhecimento da Vara de Infância e Juventude; e na vertente educacional, em qualquer infração disciplinar ou ato infracional dentro do espaço escolar (Achutti, 2016, p. 230). Na área jurisdicional, a seleção dos casos era realizada pela Vara e o Ministério Público, os quais adotavam como critério a admissão da responsabilidade pelo adolescente e sua disposição em reencontrar a vítima, a indicação dos casos podia ser realizada pelo juiz, promotor, conselho tutelar e pelos assistentes sociais. Nas escolas, não havia uma seleção dos casos, pois todos os conflitos eram registrados e alguns eram repassados à Vara, por sugestão dos envolvidos e dos professores.

Na primeira fase do projeto, a prática visava três objetivos primordiais: 1.a resolução de conflitos de modo preventivo nas escolas, evitando seu encaminhamento à justiça, vez que uma grande dos termos de ocorrência recebidos pelo Vara de Infância de São Caetano do Sul provinha de escolas, e a diminuição das consequências estigmatizantes que esses adolescentes sofriam em decorrência de processos de atos infracionais. 2. A resolução de conflitos caracterizados como atos infracionais e não relacionados à vivência comunitária escolar, no Fórum, em círculos restaurativos. 3. O fortalecimento das redes comunitárias para que agentes governamentais e não-governamentais, de organizações voltadas a assegurar os direitos da infância e da juventude, pudessem passar a atuar de forma articulada, no atendimento às necessidades das crianças, adolescente e suas famílias, identificadas, principalmente, por meio das escolas.

Para atingir tais objetivos, o Juiz mobilizou uma vasta rede de atendimento parceiros essenciais do Judiciário: A Secretaria de educação, o Conselho Municipal de Direitos da Criança e Adolescente, Conselho Tutelar, Conselho Municipal de Segurança, o Cartório da Infância e da Juventude, entre outros, para apoiar e facilitar a realização dos círculos restaurativos em espaços escolares, no Fórum e no Conselho Tutelar. Para facilitar esses encontros entre ofendidos, ofensores, comunidades escolares e famílias, foram capacitados em técnica de Comunicação Não-Violenta, de técnica criada por Dominic Barter.

Os facilitadores das práticas restaurativas passaram a realizar os encontros circulares nas escolas com alunos, professores e funcionários e em alguns casos, também realizados no Fórum, quando houvessem casos em situações fora das escolas participantes, juntamente com o apoio do Promotor de Justiça e das assistentes sociais da Vara de Infância e Juventude. No Conselho Tutelar, foram aplicados em casos onde crianças e adolescentes haviam sido expostos à risco e vulnerabilidades, passando por um meio de processo restaurativo, a construir e implementar Planos de Ação de forma participativa que continham ações institucionais para a garantia de seus direitos.

Na segunda fase do projeto, a reflexão sobre a prática já desenvolvida possibilitou que o Projeto se modificasse aperfeiçoasse e nos meses iniciais de 2006, chegou-se à conclusão de que além dos círculos sob responsabilidade das escolas e do Fórum, era importante promover também círculos comunitários e ampliar o repertório de práticas restaurativas além dos processos circulares, passando a um segundo projeto piloto denominado *Restaurando justiça na família e na vizinhança: Justiça Restaurativa e comunitária no bairro Nova Gerty*.

Desta forma, pessoas voluntárias da comunidade foram capacitadas para facilitar encontros restaurativos utilizando uma nova técnica desenvolvida na África do Sul – modelo *Zwelethemba* que foi apresentada pelos especialistas daquele país que realizaram capacitação e treinamento dos facilitadores. A técnica sul-africana foca na construção de um plano de ação; as necessidades individuais ficam menos presente, pois o núcleo do trabalho é focado na mudança comunitária, sendo considerado uma experiência de democracia

deliberativa de âmbito local. Em 2007, houve uma nova reformulação do projeto por meio do denominado *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: parceria pela Cidadania*. A partir da experiência, a Secretaria de Estado de Educação de São Paulo, com o apoio do Ministério da Educação, decidiu ampliar o projeto para Heliópolis e Guarulhos.

No terceiro do projeto, o objetivo voltou-se a desenvolver procedimentos padrões nas três áreas de aplicação da justiça restaurativa (jurisdicional, escolas e comunidade) visando aumentar a integração e torna-la mais sistemática.

Para tanto, iniciou-se a utilização do termo “derivador” para se referir às pessoas responsáveis pelo encaminhamento de casos para uma das alternativas existentes, que passaram a ser treinadas especificamente para o exercício desta função, de forma que pudessem explicar com clareza às partes as diferentes maneiras de resolver o conflito, as implicações de participar em um procedimento restaurativo e o direito de cada um à assistência legal antes da decisão final. Tais explicações eram necessárias para garantir a voluntariedade da participação de todos. Dentre os derivadores estavam juízes, promotores de justiça, diretores de escola, assistentes sociais (lotados na Vara de Infância e Juventude), agentes policiais, conselheiros tutelares, advogados, agentes de saúde comunitária, e grupos de suporte a minorias e de atendimento a drogadição e alcoolismo (Achutti, 2016, p. 231).

Passados três anos após o início do projeto, foi lançada a obra *Justiça Restaurativa e Comunitária em São Caetano do Sul: Aprendendo com os conflitos a respeitar direitos e promover cidadania*, elaborado em parceria com a Secretaria Especial de Direitos Humanos – SEDH em convênio com o Fundo de População das Nações Unidas – UNFPA, detalhando todo o trabalho teórico e prático aplicado no projeto piloto, o que tornou a experiência de São Caetano do Sul um polo irradiador de práticas de Justiça Restaurativa no Brasil.

3.5.1.2 Justiça para o Século 21

Iniciativas de práticas de Justiça Restaurativa no Rio Grande do Sul foram registradas desde o ano 2000 e diante do apoio da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (AJURIS), sua implementação foi realizada através das experiências da 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude, competente para executar medidas socioeducativas aplicadas em adolescentes em conflito com a lei.

A atividades foram derivadas de um planejamento macro estratégico concebido no Núcleo de Estudos de Justiça Restaurativa da Escola Superior de Magistratura em dezembro de 2004, a qual foi proposto organizar o processo de introdução das práticas restaurativas em quatro áreas estratégicas: processos judiciais, atendimento socioeducativo, educação e comunidade (Brancher, 2006, p. 676).

A partir de 2005, foram viabilizados meios para a introdução das práticas no âmbito dos processos judiciais após parceria entre o PNUD e o Ministério da Justiça, através do Projeto *Promovendo Práticas Restaurativas*. Da mesma forma que em São Caetano do Sul, o projeto piloto de Porto Alegre, denominado Justiça Para o Século 21, foi desenvolvido em 2005 no âmbito do sistema de Justiça da Infância e Juventude.

Sob a coordenação do Juiz de Direito Leoberto Brancher (Juiz titular da 3ª Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre), o projeto foi desenvolvido na execução de medidas socioeducativas aplicadas, utilizando-se a metodologia de Círculos Restaurativos. Com o objetivo de valorizar a autonomia e o diálogo entre as partes envolvidas, o projeto buscou criar oportunidades para expressão e criação de ações concretas que possibilitassem prevenir a violência e lidar com suas implicações.

As principais atividades do projeto passaram a ser concentradas e impulsionadas a partir de um mecanismo operacional unificado, representado pelo espaço Central de Práticas Restaurativas, espaço de serviço interinstitucional coordenado pelo 3º Vara do Juizado, destinado a promover práticas restaurativas na porta de entrada do sistema de atendimento de atos

infracionais, em atuação integrada do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Delegacia Especializada da Criança e Adolescente.

As atuações das práticas foram complementares e alternativas ao processo judicial, pois além de aplicado nas execuções das medidas, também foi utilizado antes de iniciado qualquer processo judicial como meio de desjudicialização de conflitos. Como bem explicou o coordenador do projeto,

o projeto piloto foi concentrado nos atos infracionais (esferas judiciais e administrativas) e em incidentes disciplinares em escolas (ocasionalmente, via processos judiciais, também se estendendo a situações disciplinares em abrigos e unidades de internação). Deliberadamente, por questão de preservar o foco na experiência, de modo a consolidar a construção de habilidades, o projeto evitou aplicar em todas as situações relacionadas em conflitos familiares e crimes sexuais, uma vez do alto grau de especificidade e da exigência dessas áreas de aplicação, cujas dificuldades foram encontradas no objetivo de evitar a revitimização, assegurar a efetiva isonomia aos participantes durante o círculo e proteger as vítimas de eventuais represálias consecutivas à alta exposição vivenciada no círculo, já que as relações familiares estabelecem contato continuado, além de manter o foco num único ato e preservar a experiência de confusões entre abordagem restaurativa e abordagens terapêuticas (Brancher, 2006, p. 679).

Por ser um dos pólos irradiadores de Justiça Restaurativa no Brasil, a experiência de Porto Alegre possibilitou treinamentos para replicação de práticas em outros estados. Achutti (2016, p. 232) alega que um dos diferenciais do projeto de Porto Alegre foi justamente o uso de círculo restaurativo após o trâmite do processo judicial (durante a execução de medida socioeducativa) e na elaboração dos planos individuais de atendimento, com a finalidade de atribuir novos sentidos éticos às proposições de medidas socioeducativas a partir dos princípios da justiça restaurativa. Cabe mencionar, o projeto Justiça para o Século 21 ganhou o prêmio *Innovare* em 2007.

A concepção de trabalho do Projeto Justiça para o Século 21 tem estratégia emancipatória, irradiando para a rede de atendimento e para a comunidade na relação com as políticas públicas definidas pelo Estatuto da Criança e Adolescente por meio de parcerias individuais e institucionais. Em três anos do projeto (2005-2008), 2.583 pessoas participaram de 380 procedimentos restaurativos realizados no Juizado da Infância e da Juventude. Outras 5.906 participaram de atividades

de formação promovidas pelo projeto. Além do Juizado, outros espaços institucionais como as unidades de privação de liberdade da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul, unidades de medidas socioeducativas de meio aberto, abrigos, escolas e ONGs também já estão aplicando essas práticas na gestão de conflitos internos, evitando sua judicialização (Orsinl & Lara, 2013, p. 310).

A iniciativa não se restringiu à 3ª Vara do Juizado de Infância e Juventude de Porto Alegre, sendo o projeto ampliado para outras comarcas e outros espaços, agora como uma prática institucionalizada desde outubro de 2014, no poder Judiciário do Rio Grande do Sul, através do então denominado *Programa Justiça Restaurativa para o Século 21*. A principal diferença entre o Projeto e o Programa encontra-se no nível de abrangência de cada um deles, visto que enquanto o Projeto tinha como principal objetivo a implementação e utilização da justiça restaurativa no âmbito da Infância e Juventude, já o Programa, consolida a aplicação da Justiça Restaurativas em outros âmbitos, a saber, Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, Direito de Família, Execução Penal e Direito Penal.

3.5.1.3 A experiência de Brasília

O projeto Justiça Restaurativa aplicado em Brasília, iniciou-se em Junho de 2004, a partir da Portaria Conjunta nº 15 do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, em razão de estudos sobre possibilidades de aplicação da Justiça Restaurativa ao Distrito Federal diante da existência de novos modelos de abordagem do crime exitosos em diversos países e, posteriormente, em 2005, junto com as experiências pioneiras de Porto Alegre e São Caetano do Sul, o projeto-piloto foi inaugurado nos Juizados Especiais do Nucleo Bandeirante, sob a coordenação dos Juizes de Direito Asiel Henrique de Souza e Lea Martins Sales.

O projeto-piloto se diferencia dos demais em relação ao público alvo, pois diferentemente dos aplicados em conflitos juvenis, o projeto se voltou aos adultos. Desenvolvido junto aos 1º e 2º Juizado Especiais Criminais do Núcleo

Bandeirantes, o projeto de Brasília trabalhou apenas com delitos de menor potencial ofensivo, nos procedimentos de juizado especial criminal da Lei 9.099/95, utilizando a metodologia vítima-ofensor e segundo, tendo entre seus objetivos, avaliar a percepção modelo restaurativo junto ao sistema formal de justiça e aos usuários do sistema de justiça, assim como averiguar a pacificação social a partir da resolução das causas subjacentes aos conflitos.

De acordo com Achutti, o projeto de cunho multidisciplinar, possuía dois grupos de atuação – gestor e o técnico, sendo este último composto de uma supervisora, uma coordenadora de capacitação de facilitadores e uma coordenadora executiva, além de vinte dois facilitadores e um estagiário. Já os facilitadores eram em sua maioria bacharéis ou estudantes de psicologia e direito. O grupo gestor era composto de dois juízes, três promotores de justiça e um defensor público, e ainda da supervisora, das duas coordenadoras e de um facilitador. Este último grupo realizava encontros quinzenais, para avaliar o projeto e estabelecer diretrizes.

Os casos são selecionados conforme seja possível identificar conflitos subjacentes e conflitos penais, passíveis de solução via justiça restaurativa. Para a equipe responsável, a noção do conflito subjacente remete ao conflito real além do conflito aparente, que envolve vínculo ou relacionamento que se projete para o futuro e cuja situação envolva um conflito permanente. Nos casos em que não existe vínculo entre as partes, os casos são selecionados conforme se verifique a necessidade de reparação emocional ou patrimonial. Não são contemplados pelo projeto casos de violência doméstica e de uso de drogas.

Os encaminhamentos eram inicialmente decididos na audiência preliminar no rito da Lei 9.099/95, após análise de conveniência realizada pelo juiz, pelo promotor de justiça e, quando presente, pelo defensor público, na presença das partes. Após algum período, restou decidido que a seleção dos casos seria realizada pelo grupo gestor, nas suas reuniões periódicas. Os casos selecionados são encaminhados à coordenação executiva, que os repassa aos facilitadores, responsáveis pela condução do procedimento restaurativo. (Anchutti, 2016, p.325).

Durante os encontros restaurativos, os procedimentos eram realizados por dois facilitadores, integrantes do grupo técnico, capacitados a

partir da metodologia mediação vítima-ofensor. Após a finalização do acordo, os facilitadores apresentam um relatório e o enviam ao juizado para análise do juiz e do promotor de justiça, havendo homologação, o juiz encerra o caso; quando não há acordo, o processo retoma o tramite normal seguindo o rito da lei 9.099/95.

Em razão do projeto-piloto aplicado, em 2006, foi instituído o Programa de Justiça Restaurativa, vinculado à estrutura administrativa do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, além do Serviço de apoio ao programa e propagação do paradigma restaurativo (Portaria Conjunta nº 52/2006). Atualmente, desde 2017, há o Núcleo Permanente de Justiça Restaurativa – NUJURES que tem entre seus objetivos, desenvolver plano de implantação, difusão e expansão da Justiça Restaurativa no âmbito do poder Judiciário e em entidades e órgãos parceiros, além da criação de um Código de Ética de Facilitadores e Supervisores em Justiça Restaurativa, estando totalmente incluído como política judiciária em diversas áreas de atuação, tanto cível como criminal.

A partir da irradiação desses projetos-pilotos, a Justiça Restaurativa cada vez mais vem sendo incluída como instrumento transformador no Judiciário e suas metodologias são adaptadas à realidade brasileira vez que a Justiça Restaurativa como já mencionado anteriormente, é um campo de progressivo aprendizado e cada vez mais vem se solidificando no país como instrumento de transformação, promoção de direitos humanos, da inclusão e na difusão da cultura de paz, democratizando a resolução de conflitos.

3.6 NORMAS ORIENTADORAS NA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Apesar de ainda não existir uma lei específica aprovada de caráter nacional que discipline a Justiça Restaurativa, é necessário indicar quais normas que orientam aplicação de princípios e valores restaurativos, podendo indicar as Resoluções 125 e 225 do CNJ, a Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95), Sistema Nacional de atendimento socioeducativo (Lei 12.594/2012) e a inovação

Jurídica da Pacote Anticrime (13.964/19), além dos Projetos de Lei nº 7006/06 e 2976/19.

3.6.1 Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais

A Lei 9.099/95 instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais em razão da necessidade de maior celeridade e efetividade no processo, e quanto aos casos criminais, centralizado na competência dos JECrim's, a inovação jurídica trouxe a percepção de uma justiça mais consensual e a tentativa de resgate no protagonismo da vítima em determinados crimes de menor potencial ofensivo, inserindo a figura da composição de danos ou conciliação, transação penal e da suspensão condicional do processo.

A criação dos Juizados Especiais Criminais trouxe uma transformação na aplicação da Justiça nos critérios da oralidade, informalidade, celeridade, economia processual e efetividade nas resoluções de conflitos, cujo rito consiste preliminarmente numa fase de conciliação, a qual possibilita a proposta de um acordo entre as partes e posteriormente, a transação penal, cabendo nessa fase a atuação do Ministério Público na proposta de aplicação de uma pena de multa ou restritiva de direito (arts. 69 e seguintes da Lei 9.099/95). A figura central no rito é o *conciliador*, o qual surge na lei para como instrumento participativo na administração da Justiça.

Uma das críticas direcionadas aos Juizados Especiais Criminais é que a solução dos conflitos, ainda que por meio de uma composição de danos ou transação penal, é a de que ela não é construída, mas sim imposta e de acordo com Wunderlich, se o sistema penal em sua inteireza é mesmo um “sistema injusto, repressivo, estigmatizante e seletivo, não haveria outro caminho à Lei nº 9.099/95. O sistema é, pois, em si mesmo um instrumento capaz de produzir seus reféns. Com os juizados especiais criminais não foi diferente” (2017, p. 35).

No sistema dos Juizados Especiais criminais é plenamente viável incluir o modelo da Justiça Restaurativa, pois há a possibilidade de construção

democrática de resolução de conflitos, uma vez que a lei fala especificamente em *aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Art. 72 da Lei 9099/95)*. Por essa razão, muitos programas estruturados de Justiça Restaurativa no Brasil já a utilizam em seus procedimentos de competência do JECrim, inclusive, foi nesse plano de atuação que o projeto-piloto do TJDFDT foi inserido e amplamente irradiado.

3.6.2 Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo - SINASE

No enfoque dos atos infracionais cometidos por adolescentes, a Lei nº 12.594/2012 que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo, expressamente, faz menção às práticas restaurativas. Por este motivo, além das experiências consagradas no âmbito das Varas de Infância e Juventude, a Lei do SINASE veio para consagrar a máxima da proteção integral da criança e adolescente sob o manto do modelo restaurativo.

A Legislação prevê em seu Art. 35 que trata sobre a execução das medidas socioeducativas, indicando que a responsabilização seguirá sob a égide dos seguintes princípios:

- I – legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- II – excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos;
- III – prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas;
- IV – proporcionalidade em relação à ofensa cometida;
- V – brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente);
- VI – individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente;
- VII – mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;

VIII – não discriminação do adolescente, notadamente em razão da etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status; e

IX – fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo.

O procedimento de apuração de atos infracionais disciplinado no Estatuto da Criança e Adolescente são aplicados entre os 12 anos completos e os menores de 18 anos aos indivíduos em conflito com a lei que cometem um ato infracional análogo ao crime, passíveis de execução de medidas socioeducativas, as quais possuem uma finalidade estritamente pedagógica, em respeito à condição do adolescente em fase de desenvolvimento.

Os princípios que regem o SINASE são correlatos ao modelo de Justiça Restaurativa, a intervenção por meio dessas metodologias pode constituir um estímulo maior à participação juvenil na socioeducação, contribuindo para a efetividade das medidas aplicadas. A lei indica como prioridade as práticas de cunho restaurativo que atendam às necessidades das vítimas, assim como o fortalecimento dos vínculos familiares comunitários.

O princípio da mínima intervenção e a revisibilidade da medida socioeducativa a qualquer tempo, que tornam coerente o entendimento de que esta só se justifica para enfatizar o caráter pedagógico e auxiliar na ruptura da trajetória infracional do adolescente – diferenciando-se, portanto, da lógica retributiva existente no discurso oficial da pena aplicada aos adultos – faz com que acentue-se a importância do fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Nesse sentido, o resgate dos valores e das relações do adolescente com seus laços afetivos e de território de sobrepõe à privação ou restrição de liberdade (Giamberadino e Ziliotto, 2015, p. 18).

Desta forma, a adoção do modelo restaurativo no âmbito das Varas de Infância e Juventude possibilita a proposta da construção de diálogos, entendimento das necessidades dos sujeitos envolvidos e a compreensão das responsabilidades, obrigações e necessidades para reconstrução das relações

sociais abaladas e a prevenção de delitos, no caso de adolescente, a prevenção de atos infracionais.

3.6.3 Acordo de não-persecução penal - Lei 13.964/19

O escopo do presente tópico de estudo é analisar a possibilidade de aplicação do modelo restaurativo sob os acordos de não persecução penal (ANPP). Originalmente instituído na Resolução 118 do Conselho Nacional do Ministério Público, de 2014, o ANPP surgiu no cenário brasileiro como incentivo à autocomposição na atuação consensual dos conflitos, decorrente da evolução na cultura de justiça participativa e do diálogo.

Considerando que a negociação, a mediação, a conciliação, as convenções processuais e as práticas restaurativas são instrumentos efetivos de pacificação social, resolução e prevenção de litígios, e que sua apropriada utilização em programas implementados no Ministério Público tem reduzido a excessiva judicialização e levado os envolvidos à satisfação, à pacificação, a não reincidência e ao empoderamento, de forma que o ANPP surge como instrumento de resolução autocompositiva dos conflitos.

No caso de práticas restaurativas, a resolução preconiza:

Art. 13. As práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o(s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos.

Art. 14. Nas práticas restaurativas desenvolvidas pelo Ministério Público, o infrator, a vítima e quaisquer outras pessoas ou setores, público ou privados, da comunidade afetada, com a ajuda de um facilitador, participam conjuntamente de encontros, visando à formulação de um plano restaurativo para a reparação ou minoração do dano, a reintegração do infrator e a harmonização social.

Após breve discussão, o denominado Pacote Anticrime, impactando o recrudescimento de determinadas normas penais e processuais, foi aprovado sob a Lei 13.964/2019, sob o caráter de direito penal de emergência, porém quanto à figura do Acordo de Não Persecução Penal, a novel legislação trouxe a possibilidade concreta de aplicação da Justiça Restaurativa, uma vez que traz a vítima ao enfoque da relação processual, de acordo com a possibilidade já prevista na Resolução 118/2014 do CNMP.

O ANPP previsto no Artigo 28-A touxe a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Desta forma, observamos que os princípios da Justiça Restaurativa estão presentes no Acordo de Não-persecução Penal, sendo este mais um mecanismo de possibilidade e legitimação de aplicabilidade concreta das metodologias frente ao fenômeno crime e suas implicações sociais e jurídicas.

3.6.4 Projetos de Lei nº 7006/06 e 2976/19

Apesar da inexistência de uma legislação direta que trate especificamente sobre o tema, é necessário indicar os projetos em trâmite que buscam a reforma do Código Penal e do Código de Processo Penal quanto à inclusão da Justiça Restaurativa em suas normas orientadoras da dogmática penal e do processo penal.

O Projeto de Lei nº 7006/06, apresentado em 10.05.2006 surge através de sugestão normativa da Comissão de Legislação Participativa, apresentado pelo Instituto de Direito Comparado e Internacional de Brasília, que altera o Código Penal para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais. O referido Projeto de Lei nos apresenta a conceituação de Justiça Restaurativa em seu art. 2º como

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

Também retrata do acordo restaurativo, como uma forma de unificar e estabelecer os procedimentos frente aos projetos aplicados no país. Conforme art. 3º do projeto de lei mencionado, “o acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção”.

Além de sistematizar os procedimentos, a proposta indica os princípios a serem observados na observação da Justiça Restaurativa, sendo os seguintes: voluntariedade, dignidade humana, imparcialidade, razoabilidade, proporcionalidade, cooperação, informalidade, confidencialidade, interdisciplinaridade, responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Já o Projeto de Lei nº 2976/2019, busca definir a aplicação da Justiça Restaurativa, limitando-a a situações de conflito e violência que acarretem dano concreto ou abstrato no curso do inquérito, investigação criminal ou outra fase pré-processual, do processo penal e da execução da pena.

Neste documento, é apresentado a proposta das chamadas sessões de justiça restaurativa, as quais ocorrerão em espaços próprios e adequados e serão coordenadas por facilitadores previamente capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais para a resolução de conflitos. Amplificando o rol de princípios, o Projeto de Lei nº 2976/2019, em seu art. 3º, propõe

Art. 3º A justiça restaurativa será orientada pelos seguintes princípios:

I – corresponsabilidade;

II – reparação dos danos;

III – atendimento às necessidades de todos os envolvidos;

IV – informalidade;

V – voluntariedade;

VI – imparcialidade;

VII – participação;

VIII – fortalecimento;

IX – consensualidade;

X – confidencialidade;

XI – urbanidade.

Cabe ressaltar, neste projeto, as práticas de justiça restaurativa terão como foco a satisfação de todos os envolvidos, a responsabilização das pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o fortalecimento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano. Iniciado o procedimento, o inquérito policial, o procedimento investigatório ou o processo penal em curso ficaria suspensos pelo prazo de até seis meses, havendo a possibilidade de prorrogação por igual período.

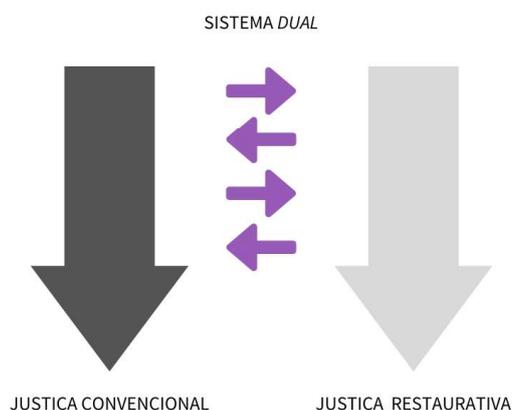
Em ambas as propostas, observa-se a figura do facilitador da Justiça Restaurativa, um indivíduo capacitado, treinado e aperfeiçoado, responsável por conduzir os procedimentos submetidos à Justiça Restaurativa. Não obstante, o projeto apresentado em 2019 propõe o reconhecimento dos efeitos do acordo de Justiça Restaurativa, tais como a extinção da punibilidade, a redução da pena ou a substituição por pena restritiva de direitos. Nota-se, portanto, o caráter despenalizador da proposta, com impactos tanto na esfera penal quanto na execução da pena.

Os modelos apresentados possuem um caráter minimalista, buscando reduzir a utilização da pena privativa de liberdade, assim como a aplicação de medidas substitutivas ao cárcere e alternativas ao próprio sistema penal. Esses modelos reconhecem a orientação garantista penal, já em andamento e aplicada nos diversos institutos mencionados nos tópicos anteriores.

3.7 CARACTERÍSTICAS DA JUSTIÇA RESTAURATIVA NO BRASIL

Através da construção da presente pesquisa, observa-se que uma das apresentações principais da Justiça Restaurativa no Brasil é ser eminentemente vinculada aos programas instituídos no âmbito do Poder Judiciário, por esta razão Pedro Scuro Neto já analisava que a aplicação da JR no Brasil teria como consequência de um sistema *Dual*, pois os sistemas de justiça continuariam a existir ao lado do sistema restaurador, ambos operando independentemente sob os mesmos princípios gerais do Direito, mas com “ponte” permitindo transitar para o ‘lado de lá’ quando necessário (SCURO, 2008, p. 16), para melhor visualização, temos a seguinte figura elaborada:

Figura 03. Modelo Pedro Scuro Neto “Sistema dual”



Fonte: elaboração própria.

De fato, a JR no Brasil tem como característica *dual*, pois há essa coexistência de diferentes sistemas de punição e prevenção dos delitos, o sistema judicial punitivistas (retributivo, dissuasório, ressocializador) e a justiça restaurativa (consensual, modelo integrador) e a própria Resolução 225/2016 do Conselho Nacional de Justiça já indicava que a aplicação de procedimento restaurativo pode ocorrer de forma alternativa ou concorrente com o processo convencional, devendo suas implicações serem consideradas, caso a caso, à luz do correspondente sistema processual, objetivando sempre as melhores soluções para as partes envolvidas.

Outra característica que podemos indicar na aplicação brasileira, é ser *aberta*, no sentido de que o atendimento restaurativo pode ser aplicado em

procedimentos e processos judiciais e extrajudiciais, em qualquer fase de sua tramitação. Por esta razão observa-se que a mesma é utilizada desde do âmbito de inquéritos policiais até a execução de medidas socioeducativas e de execução penal.

A justiça restaurativa possui caráter *transdisciplinar*, há a necessidade da existência de correlação em diferentes áreas de atuação e conhecimento, um processo restaurativo é complexo, não se pode apenas aplicar uma lei ou seguir uma cartilha passo-a-passo para solucionar o conflito, mas analisar cada relação sob o viés, jurídico e sociológico, além da criminologia e vitimologia correlacionadas. Por essa razão diversos profissionais são chamados a atuar em procedimentos restaurativos, são psicólogos, assistentes sociais, servidores públicos, acadêmicos, pesquisadores, etc.

Horizontal, no sentido que a partir do empoderamento e diálogo dos atores envolvidos no conflito, suas vozes são finalmente levadas em conta, pois em uma relação de um conflito criminal, o autor do delito exterioriza os motivos que levaram à prática do fato, os anseios da vítima são ouvidos, a comunidade atingida pode ser chamada a se manifestar e a partir da democratização desse conflito, gera uma transformação social, uma restauração da justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No decorrer da pesquisa, constatamos que o sistema prisional brasileiro está em crise. Partindo dessa premissa, que se corrobora com os dados obtidos sobre a realidade carcerária brasileira, observamos que compreender e problematizar os motivos que justificam a prisão nos leva a questionar e refletir sobre a necessidade e a funcionalidade da pena.

Qual é a legitimação do punir, bem como os motivos que levam à ação do Estado diante do cometimento de uma conduta desviante do pacto social, nominalmente, o crime, o delito, o conflito penal? Porém, ainda que haja essa ação – a punição de um delito – os dados de reincidência nos fazem questionar

se realmente há a necessidade da punição e se haveria espaço para um mundo sem prisões ou uma via que possibilitasse a reforma desse sistema punitivo.

Com base nas teorias do abolicionismo penal, do minimalismo e do garantismo, chegou-se a uma proposta não tão revolucionária, pois já utilizada por vários povos para a administração de seus conflitos: a Justiça Restaurativa.

Ao trazer sua aplicação para a contemporaneidade e a sistematização de seus princípios, observou-se o surgimento deste campo de aplicabilidade em conflitos penais no Brasil, instrumentalizado principalmente pelo Poder Judiciário, com incentivos e regulamentação do Conselho Nacional de Justiça.

Entretanto, a característica observada na Justiça Restaurativa brasileira é que sua aplicabilidade é orientada por uma instância que não participou do conflito em sua origem; trata-se de uma metodologia incentivada, mas não construída pela base mais afetada no conflito (vítima-autor-comunidade). Para ilustrar, pode-se utilizar a figura de um triângulo invertido.



Não se retira o mérito da aplicação da Justiça Restaurativa, mas reconhece-se que sua base não foi construída pelos protagonistas do conflito. No entanto, as iniciativas e práticas se amoldam às necessidades do caso concreto, tendo em vista a realidade multifacetada e suas variadas metodologias, além da coexistência de um sistema dual que permite sua aplicação quando necessário.

Dessa forma, ao reconhecer sua aplicabilidade e coexistência com o sistema judicial tradicional, observou-se que a Justiça Restaurativa é uma política cuja aplicação busca minimizar os problemas decorrentes da crise no sistema prisional. Ela se apresenta como uma proposta emancipatória para a solução de conflitos e, portanto, deve ser incentivada e aprimorada continuamente em seus conceitos e limites de aplicabilidade. Isso possibilitaria, de fato, a construção democrática e o protagonismo das partes envolvidas no conflito, tornando-se, efetivamente, uma Justiça horizontal e democrática.

REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel Silva. **Justiça Restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil**. 2. Edição. São Paulo. Saraiva, 2016.

ACHUTTI, Daniel Silva. **Modelos Contemporâneos de Justiça Criminal**. 1. Edição. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2009.

ADORNO, Sérgio & BORDINI, Eliana. (1986), “**Reincidência e reincidentes penitenciários em São Paulo – 1974 a 1985**”. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 9 (3): 70-94.

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. **A justiça no tempo, o tempo da justiça**. Tempo Social, Rev. de Sociologia da USP, 19(2), 2007, p. 132-155.

ADORNO, Sergio; PASINATO, Wânia. **Violência e impunidade penal: da criminalidade detectada à criminalidade investigada**. Dilemas-Revista de Estudos de Conflito e Controle Social, v. 3, n. 7, 2010, p. 51-84.

ALVAREZ, Marcos César. **A vítima no processo penal brasileiro: um novo protagonismo no cenário contemporâneo?** Revista Brasileira de Ciências Criminais: RBCCrim, v. 18, n. 86, p. 247-288, set./out. 2010.

ALVES, Dina. **Rés negras, juízes brancos: Uma análise da interseccionalidade de gênero, raça e classe na produção da punição em uma prisão paulistana**. CS, n. 21, p. 97-120, 2017.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de (coord.) **Relatório analítico propositivo justiça pesquisa direitos e garantias fundamentais – Pilotando a Justiça Restaurativa: o Papel do poder judiciários**. Brasília. Conselho Nacional de Justiça, 2018.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão**. Revista Seqüência, n. 52, p. 163-182, jul. 2006.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **História dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro. 1ª Edição. Editora Revan, 2008.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2024. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 18, 2024. ISSN 1983-7364.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro. Editora Revan Rio de Janeiro, 2007.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugênio Raúl; Alejandro Slokar; Alejandro Alagia. **Direito penal brasileiro I-II: segundo volume – teoria do delito**. Rio de Janeiro. Revan, 2017.

BAZEMORE, Gordon. **After Shaming, Whither Reintegration: Restorative Justice and Relational Rehabilitation**. In *Restorative Juvenile Justice: Repairing the Harm of Youth Crime*, ed. Gordon Bazemore and Lode Walgrave. Monsey, 1999.

Bedê Júnior, Américo Senna, Gustavo. **Princípios do processo penal entre o garantismo e a efetividade da sanção**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2009.

BINDER, Alberto M. **Introdução ao direito processual pena**. Rio de Janeiro. Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da Pena de Prisão – Causas e Alternativas**. 4ª Edição. São Paulo, 2011

BRAITHWAITE, John. **Restorative justice and responsive regulation**. New York: oxford university, 2002.

BRANCHER, Leonardo Narciso. **Programa justiça restaurativa para o século XXI**: tribunal de justiça do Rio Grande do Sul. 2014.

BRASIL, **Acesso à justiça por sistemas alternativos de administração de conflitos: mapeamento nacional de programas públicos e não-governamentais** / Ministério da Justiça. - Imprensa: Brasília, UNDP, Ministério da Justiça, 2005.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 225 de maio de 2016**. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/biblioteca/clippinglegislacao/Res_225_2016_CNJ.pdf. Acesso em 11 de mar. 24.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Informações Penais – 2º Semestre 2023**. Brasília, dezembro de 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-relipendo-segundo-semester-de-2023/relipen-relatorio-preliminar-de-informacoes-penais-2o-semester-2023.pdf>. Acesso em 04 de fev. 2024.

BRASIL. Ministério de Justiça e Segurança Pública – DEPEN. Universidade Federal de Pernambuco. **Relatório Reincidência Criminal**. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/depen-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf/@@download/file>. Acesso em 13 dez. 2023.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. **Plataforma de Dados Estatísticos do Sistema Penitenciário (SISDEPEN)**. Brasília. Disponível em: bit.ly/3YDCTjC. Acesso em 04 de fev. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347 AÇÃO DECLARATÓRIA DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**. Brasília, out. 2023. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>. Acesso em 19 abr. 2024.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. **PL 700/2006**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=323785> Acesso em 14 dez. 2023.

BRASIL. CAMARA DOS DEPUTADOS. **PL 8045/2010**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263#:~:text=Explica%C3%A7%C3%A3o%20da%20Ementa%3A%20Estabelece%20direitos,no%20dia%2030%20de%20mar%C3%A7o>. Acesso em 14 dez. 2023.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador. JusPodvm, 2016.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural**. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em 12 dez. 2023.

CARVALHO, Salo de . **O encarceramento seletivo da juventude negra brasileira: a decisiva contribuição do poder judiciário**. Rev. Fac. Direito UFMG. Belo Horizonte, 2015, p. 623-658

CARVALHO, Salo de. **Penas e Garantias**. Rio de Janeiro. 3ª Edição. Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. 2ª Ed. São Paulo. Ed. Saraiva, 2015.

CHRISTIE, Nils. **Limites à dor: O Papel da Punição na Política Criminal**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

COLÔMBIA. Corte Constitucional de Colômbia. Sentencia nº SU-559 de 06/11/1997. Disponível em: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/SU559-97.htm>. Acesso em 12 dez. 2023.

DE MELLO PRANDO, Camila Cardoso. **A Criminologia Crítica no Brasil e os estudos críticos sobre branquidade**. *Revista Direito e Práxis*, v. 9, n. 1, p. 70-84, 2018.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal : uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. 2014. 49 f. Tese (Doutorado em Ciências Criminais) - Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014.

FERRAJOLI, LUIGI. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. tradutores: Ana Paula Zomer Sica ... [et al.]. São Paulo. 3. Edição. Revista dos Tribunais, 2010.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. **Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do estado brasileiro**. 2006. 2006. Tese de Doutorado. Dissertação (Mestrado em Direito)–Faculdade de Direito, Universidade de Brasília.

GIAMBERARDINO, Pedro Ribeiro; ZILLOTTO, Flavia Palmieri. **Caderno de socioeducação: práticas restaurativas e a socioeducação**. 1ª Edição, Curitiba.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. Edição. São Paulo. Atlas, 2008.

GOLDBACH, Toby S. **Sentencing Circles, Clashing Worldviews, and Case of Christofer Pauchay**. *Illumine Journal of the Centre for Studies in Religion and society*, Vol. 10 nº 1. Pag. 53-76, 2011.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jaqueline Bernat de. **Penas Perdidas: O sistema Penal em questão**. 3. Edição. Belo Horizonte. Editora D'Plácido, 2018.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **“Reincidência criminal no Brasil”**. **Relatório final de atividades da pesquisa sobre reincidência criminal**, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília, 2015.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **A Ressocialização Através do Estudo e do Trabalho no Sistema Penitenciário Brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009.

ORSINI, Adriana Goulart de Sena; LARA, Caio Augusto Souza. **Dez anos de práticas restaurativas no Brasil: a afirmação da justiça restaurativa como política pública de resolução de conflitos e acesso à Justiça**. Belo Horizonte, v. 2, n. 2, p. 305-324, set. 2012/fev. 2013

KOEN, R. 2005. **Restorative justice : a Marxist analysis**. University of Cape Town. Disponível em: <https://open.uct.ac.za/handle/11427/4448>. Acesso em 11 mar. 2024. p.168.

LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5. Edição. São Paulo. Atlas, 2003.

LEMGRUBER, Julita (1989). “**Reincidência e reincidentes penitenciários no sistema penal do Estado do Rio de Janeiro**”. Revista da Escola de Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul, 1 (2): 45-76.

MAEPA, Traggy. **Beyond Retribution. Prospect for restorative justice in South Africa**. Institute for Security Studies, 2005.

MASI, Carlo Velho. **Breves apontamentos sobre uma política criminal de (re) valorização da vítima**. Revista Jurídica. São Paulo, n. 438, p. 95-103, abr. 2014.

MATHIESEN, Thomas. **Prison on trial**. 3. Ed. Waterside Press. Winchester, 2006.

MATHIESEN, Thomas. **A caminho do século XXI - abolição, um sonho impossível?** Verve: Revista do Núcleo de Sociabilidade Libertária, n. 4, p. 80-111, 2003.

MIKA, Harry; ZEHR, Howard (2003). **A Restorative Framework for Community Justice Practice** In, Kieran McEvoy and Tim Newburn, eds., Criminology, Conflict Resolution and Restorative Justice. Basingstoke, Hampshire, UK and New York, NY: Palgrave MacMillan. p. 135-152.

MOLINA, Antônio García-Pablos. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MORGADO, Helena Zani Morgado. **Direito Penal Restaurativo: em busca de um modelo adequado de justiça**. 1. Edição. Rio de Janeiro. Revan, 2018.

OLINTO, Maria Teresa Anselmo. **Reflexões sobre o uso do conceito de gênero e/ou sexo na epidemiologia: um exemplo nos modelos hierarquizados de análise**. Revista Brasileira de Epidemiologia, v. 1, p. 161-169, 1998.

PALLAMOLLA, R. **Justiça restaurativa: da teoria à prática**. São Paulo: IBCCRIM. 2009.

PASSETTI, Edson. **A atualidade do abolicionismo penal**. In: PASSETTI, Edson et al. **Curso livre de abolicionismo penal**. 2.ed. Rio de Janeiro. Revan, 2012.

PEACHEY, D. **The Kitchner Experiment**”. **Mediation and Criminal Justice**. Londres, 1989.

PRANIS, Kay. **Processos circulares**. São Paulo. Palas Athena, 2010.

PETRUCCELLI, José Luis; SABOIA, Ana Lucia. **Características étnico-raciais da população—IBGE**. Rio de Janeiro: IBGE, 2013.

ROSAS, Patrícia Melhem. **Justiça Criminal e empoderamento no Brasil: experiências, possibilidades e limites**. 1. Edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris. 349 p.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal. Parte General – Tomo I. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. España. 2ª Ed: Civitas, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

SANTOS, Diego Junior da Silva et al. **Raça versus etnia: diferenciar para melhor aplicar**. Dental press j. orthod.(Impr.), v. 15, n. 3, p. 121-124, 2010.

SÃO PAULO, Tribunal de Justiça. **Carta de Brasília, 2005**. Disponível em: <https://www.tjsp.jus.br/Download/CoordenadoriaInfanciaJuventude/JusticaRestaurativa/CartaBrasilia.pdf>

SCURO, Pedro. **Câmaras restaurativas: A Justiça como instrumento de transformação de conflitos. Encontros pela Justiça na Educação (Afonso A. Konzen, org.)**, MEC/Banco Mundial, 2000: 601-639. Variações tiveram efeito em projetos de Mairiporã, Guarulhos, Heliópolis, São Caetano do Sul, Campinas.

SCURO, Pedro. **O enigma da esfinge. Uma década de justiça restaurativa no Brasil** *Revista Jurídica - CCJ/FURB* ISSN 1982 -4858 v. 12, nº 23, p. 3 - 24, jan./jun. 2008

SHECAIRA, Sergio Salomão. **Criminologia**. São Paulo. 6ª Edição. Ed. Revista dos tribunais, 2014.

SILVA, Maria Coeli. **Justiça de proximidade: instrumento de proteção dos direitos humanos para a vítima**. Curitiba. 1ª Edição. Juruá, 2010.

SOUZA, Jesse. **A elite do atraso: da escravidão à Lava Jato**. Rio de Janeiro. Ed. LEya, 2017.

TASSE, Adel E. **Criminologia**. 1. Edição. São Paulo. Editora Saraiva, 2013.

TAVARES, Juarez. **Parecer apresentado no bojo da petição inicial da ADPF 347**. Brasília, 2015.

TRINDADE, Lourival. **Uma (dis)função da pena de prisão. A Ressocialização**. Porto Alegre. Editora Sergio Fabris Junior, 2003.

WACQUANT, Loic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed.; 2001.

WEBER, M. **Economia e Sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva**. v.2. Brasília: Editora da UnB, 1999.

WEITEKAMP, Hans-Jürgen Kerner; ELMAR G. M. **Restorative Justice in Context: International practice and directions**. Willan, 2003.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Colonização punitiva e totalitarismo financeiro: a criminologia do ser aqui**. Tradução: Juarez Tavares. Rio de Janeiro. Da Vinci Livros, 2021.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do Sistema Penal**. 5ª Edição. Editora Revan. Rio de Janeiro, 2001

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro. 4ª Ed. Revan, 2011. p.114.

ZHER, Howard. **Justiça Restaurativa**. São Paulo. Ed. Palas Athena, 2017.

ANEXOS

Anexo 01. Tabela Evolução da população prisional por cor/raça.

TABELA 01 Evolução da população prisional por cor/raça - 2005-2023													
Ano	Negra ⁽²⁾		Branca		Amarela		Indígena		Outras		Total presos com informações sobre cor/raça	Total de pessoas encarceradas	Razão entre total presos com cor/raça informado e total de pessoas encarceradas (em %)
	Ns. Absolutos	Em percentual (%)	Ns. Absolutos	Em percentual (%)	Ns. Absolutos	Em percentual (%)	Ns. Absolutos	Em percentual (%)	Ns. Absolutos	Em percentual (%)			
2005	91.843	58,4	62.574	39,8	1.048	0,7	279	0,2	1398	0,9	157.140	361.402	43,5
2006	135.426	56,7	97.422	40,8	1.587	0,7	602	0,3	3989	1,7	239.026	401.236	59,6
2007	199.842	58,1	137.436	39,9	2.234	0,6	539	0,2	4053	1,2	344.104	422.373	81,5
2008	217.160	56,8	147.438	38,5	2.733	0,7	511	0,1	14.685	3,8	382.527	451.429	84,7
2009	240.351	59,0	156.197	38,4	2.026	0,5	521	0,1	8.058	2,0	407.153	473.626	86,0
2010	252.796	59,8	156.535	37,0	2.006	0,5	748	0,2	10.686	2,5	422.771	496.251	85,2
2011	274.058	60,3	166.340	36,6	2.180	0,5	769	0,2	10.809	2,4	454.156	514.582	88,3
2012	294.999	60,7	173.463	35,7	2.314	0,5	847	0,2	13.996	2,9	485.619	548.003	88,6
2013	307.715	61,7	176.137	35,3	2.755	0,6	763	0,2	11.527	2,3	498.897	581.507	85,8
2014	312.625	61,7	188.696	37,2	3.312	0,7	666	0,1	1.608	0,3	506.606	622.202	81,5
2015	289.799	63,5	162.731	35,7	3.028	0,7	770	0,2	-	-	456.328	698.618	65,3
2016	340.611	63,6	188.741	35,2	3.111	0,6	654	0,1	2.627	0,5	535.744	722.120	74,2
2017	370.976	64,5	198.244	34,5	5.022	0,9	1.090	0,2	-	-	575.332	722.716	79,6
2018	399.657	66,0	198.804	32,9	5.522	0,9	1.201	0,2	-	-	605.184	744.216	81,3
2019	438.719	66,7	212.444	32,3	5.291	0,8	1.390	0,2	-	-	657.844	755.274	87,1
2020	397.816	66,3	195.085	32,5	5.864	1,0	1.167	0,2	-	-	599.932	759.518	79,0
2021	429.255	67,5	184.682	29,0	19.012	3,0	3.245	0,5	-	-	636.194	820.689	77,5
2022	442.033	68,2	197.084	30,4	7.139	1,1	1.603	0,2	-	-	647.859	832.295	77,8
2023	472.850	69,1	203.126	29,7	6.721	1,0	1.671	0,2	-	-	684.368	852.086	80,3
Variação (entre 2005-2023) - em %	414,8	-	224,6	-	542,5	-	498,9	-	-	-	-	-	-

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública/Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional – SISDEPEN; Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), Fórum Brasileiro de Segurança Pública.

(-) Fenômeno inexistente.

(1) Foram consideradas pessoas encarceradas no Sistema Penitenciário Federal.

(2) Considera os valores informados para presos de cor preta e parda, de acordo com a classificação do IBGE.

Anexo 02. Tabela de incidência por tipo penal.

Tabela 02. Incidências Penais. SISDEPEN 2023.

Incidência por tipo Penal	Quantidade
Tráfico de drogas	183.862
Roubo qualificado	116.798
Roubo simples	62.948
Homocídio qualificado	51.750
Furto simpleas	38.057
Furto qualificado	34.476
Homicídio simples	34.043
Associação para o tráfico	28.788
Estupro de vulnerável	27.650
Porte ilegal de arma de fogo	19.480
Receptação	19.073
Latrocínio	16.309
Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito	15.757
Estupro de vulnerável	14.187
Quadrilha ou bando	13.955
Estatuto da Criança e do Adolescente	13183
Outros não listado acima entre os artigos 122 a 154-A	11.048
Violência Doméstica	10.653
Lesão corporal	9.507
Trafico internacional de drogas	9.110
Outros - Art. 303 a 312	4.094
Outros - não listados entre os arts. 156 a 179	3860
Estelionato	3782
Extorsão	3675
Homicídio culposo	3169
Disparo de arma de fogo	3069
atentado violento ao pudor	2681
Sequestro e carcer privado	2642
Uso de documento falso	2200
Estorsão mediante sequestro	2161
Outros - Arts. 215,2016-A, 2188-B, 227, 228, 229 e 230	1872
Receptação qualificada	1509
Corrupção de menos	1185
Falsificação de papéis, selo sinal e documento público	1135
Falsidade ideológica	1088
Peculato	1088
Apropriação indébita	1082
Corrupção ativa	927
Crimes de tortura	725
Aborto	642
Moeda falsa	525
Crimes contra o meio ambiente	453
Contrabando ou descaminho	367
Homicídio culposo na condução de veículo automotor	361
Comercio ilegal de arma de fogo	336
Trafico internacional de arma de fogo	317
Apropriação indébita previdenciária	134
Genocídio	104
Corrupção passiva	86
Trafico internacional de pessoa - exploração sexual	62
Consussão e excesso de exação	41
Trafico interno de pessoa - exploração sexual	9

Fonte: Elaborado a partir dos dados da plataforma SIDESPEN 15º ciclo, 2023.

Anexo 3. Crime e Justiça: Pressupostos de Pedro Scuro Neto

Justiça retributiva	Justiça Restaurativa
Crime: noção abstrata, infração à lei, ato contra o Estado	Crime: ato contra pessoas e comunidades
Controle: Justiça Penal	Controle: comunidade
Compromisso do infrator: pagar multa ou cumprir pena	Compromisso do infrator: assume responsabilidade e faz algo para compensar o dano
Crime: ato e responsabilidade exclusivamente individuais	Crime: ato e responsabilidade com dimensões individuais e sociais
Pena eficaz: a ameaça de castigo altera condutas e coíbe a criminalidade	Castigo somente não muda condutas, além de prejudicar a harmonia social e a qualidade dos relacionamentos
Vítima: elemento periférico no processo legal:	Vítima: vital para o encaminhamento do processo judicial e a solução de conflitos
Infrator: definido em termos de suas deficiências	Infrator definido por sua capacidade de reparar danos
Preocupação principal: estabelecer culpa por eventos passados (Você fez ou não fez?)	Preocupação principal: resolver o conflito, enfatizando deveres e obrigações futuras. (Que precisa ser feito agora?)
Ênfase: relações formais, adversativas, adjudicativas e dispositivas	Ênfase: diálogo e negociação
Impor sofrimento para punir e coibir	Restituir para compensar as partes e reconciliar
Comunidade: marginalizada, representada pelo Estado	Comunidade: viabiliza o processo restaurativo

Anexo 4. Carta de Brasília. Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”

CARTA DE BRASÍLIA

PRINCIPIOS E VALORES DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Documento ratificado pelos painelistas e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, com base na carta produzida, em abril do corrente ano, no I Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizado em Araçatuba – SP, em abril de 2005.

Considerando que:

O século XXI pode ser o século da justiça e da paz no planeta, que a violência, as guerras e toda sorte de perturbações à vida humana e ao meio ambiente a que temos estado expostos são fruto de valores e práticas culturais e, como tal, podem ser transformados;

O poder de mudança está ao alcance de cada pessoa, de cada grupo, de cada instituição que se disponha a respeitar a vida e a dignidade humana;

O modo violento como se exerce o poder, em todos os campos do relacionamento humano, pode ser transformado, mudando-se os valores segundo os quais compreendemos e as práticas com as quais concebemos a justiça em nossas relações interpessoais e institucionais;

Reformular nossa concepção de justiça é, portanto, uma escolha ética imprescindível na construção de uma sociedade democrática que respeite os direitos humanos e pratique a cultura de paz;

Essa nova concepção de justiça está em construção no mundo e propõe que, muito mais que culpabilização, punição e retaliações do passado, passemos a nos preocupar com o restabelecimento e a restauração de todas as relações que foram afetadas, em uma perspectiva focada no presente e no futuro;

Só desse modo será possível resistir às diversas modalidades de violência que contaminam o mundo, sem realimentar sua corrente de propagação;

Será necessário, por isso, recomendar que cada pessoa, família, comunidade e instituição promovam reflexões e diálogos acerca dos temas da justiça e da paz, em especial acerca das alternativas para implementar valores e práticas restaurativas;

Estas mudanças devem ser paulatinas e que, portanto não podem prescindir do modelo institucional de justiça tal como hoje estabelecido,

sobretudo das garantias penais e processuais asseguradas constitucionalmente a todos aqueles que têm contra si acusações de práticas de atos considerados como infracionais, bem como a irrestrita observância dos direitos humanos garantidos pela ordem jurídica doméstica e internacional;

As práticas restaurativas não implicam em uma maximização da área de incidência do direito penal, mas, pelo contrário, uma reformulação do modo como encaramos a resolução dos conflitos;

As práticas restaurativas devem ser objeto da construção de uma política pública coordenada capaz de fomentar, fortalecer e difundir as boas experiências e devem ser objeto da reflexão específica diante do atual estágio da democracia na América Latina, devendo incluir necessariamente o poder público, a sociedade civil e organismos Internacionais do sistema global e regional de proteção dos direitos humanos;

As práticas restaurativas preconizam um encontro entre a pessoa que causou um dano a outrem e aquela que o sofreu, com a participação eventualmente de pessoas que lhe darão suporte, caso assim o desejarem, inclusive de advogados, assistentes sociais, psicólogos ou profissionais de outras áreas;

O envolvimento da comunidade é fundamental para a restauração das relações de modo não violento;

O encontro é a oportunidade dos afetados de compartilharem suas experiências e atenderem suas necessidades, procurando chegar a um acordo;

Os painelistas e participantes da Conferência Internacional “Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos”, realizada na cidade de Brasília, Distrito Federal, nos dias 14, 15, 16 e 17 de junho de 2005, registram que as práticas restaurativas e respectivas políticas públicas de apoio, devem se nortear pelos seguintes princípios e valores:

1. Plenas e precedentes informações sobre as práticas restaurativas e os procedimentos em que se envolverão os participantes;
2. Autonomia e voluntariedade na participação em práticas restaurativas, em todas suas fases;
3. Respeito mútuo entre os participantes do encontro;
4. Corresponsabilidade ativa dos participantes;
5. Atenção às pessoas envolvidas no conflito com atendimento às suas necessidades e possibilidades;
6. Envolvimento da comunidade, pautada pelos princípios da solidariedade e cooperação;
7. Interdisciplinariedade da intervenção;
8. Atenção às diferenças e peculiaridades socioeconômicas e culturais entre os participantes e a comunidade, com respeito à diversidade;

9. Garantia irrestrita dos direitos humanos e do direito a dignidade dos participantes;
10. Promoção das relações equânimes e não hierárquicas;
11. Expressão participativa sob a égide do Estado Democrático de Direito;
12. Facilitação feita por pessoas devidamente capacitadas em procedimentos restaurativos;
13. Direito ao sigilo e confidencialidade de todas as informações referentes ao processo restaurativo;
14. Integração com a rede de políticas sociais em todos os níveis da federação;
15. Desenvolvimento de políticas públicas integradas;
16. Interação com o sistema de justiça, sem prejuízo do desenvolvimento de práticas com base comunitária;
17. Promoção da transformação de padrões culturais e a inserção social das pessoas envolvidas;
18. Monitoramento e avaliação contínua das práticas na perspectiva do interesse dos usuários internos e externos.

Brasília, 17 de junho de 2005.

ANEXO 5.

Projeto de Lei nº 7006/2006. Câmara dos deputados.

Autor: Comissão de Legislação Participativa.

Apresentação: 10/05/2006.

Originada da SUG-99/2005.

Propõe alterações no Decreto-Lei nº2848, de 7 de dezembro de 1940, do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941, e da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, para facultar o uso de procedimentos de Justiça Restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 1º - Esta lei regula o uso facultativo e complementar de procedimentos de justiça restaurativa no sistema de justiça criminal, em casos de crimes e contravenções penais.

Art. 2º - Considera-se procedimento de justiça restaurativa o conjunto de práticas e atos conduzidos por facilitadores, compreendendo encontros entre a vítima e o autor do fato delituoso e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou pela contravenção, num ambiente estruturado denominado núcleo de justiça restaurativa.

Art. 3º - O acordo restaurativo estabelecerá as obrigações assumidas pelas partes, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das pessoas envolvidas e afetadas pelo crime ou pela contravenção.

Art. 4º - Quando presentes os requisitos do procedimento restaurativo, o juiz, com a anuência do Ministério Público, poderá enviar peças de informação, termos circunstanciados, inquéritos policiais ou autos de ação penal ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 5º - O núcleo de justiça restaurativa funcionará em local apropriado e com estrutura adequada, contando com recursos materiais e humanos para funcionamento eficiente.

Art. 6º - O núcleo de justiça restaurativa será composto por uma coordenação administrativa, uma coordenação técnica interdisciplinar e uma equipe de facilitadores, que deverão atuar de forma cooperativa e integrada.

§ 1º. À coordenação administrativa compete o gerenciamento do núcleo, apoiando as atividades da coordenação técnica interdisciplinar.

§ 2º. - À coordenação técnica interdisciplinar, que será integrada por profissionais da área de psicologia e serviço social, compete promover

a seleção, a capacitação e a avaliação dos facilitadores, bem como a supervisão dos procedimentos restaurativos.

§ 3º – Aos facilitadores, preferencialmente profissionais das áreas de psicologia e serviço social, especialmente capacitados para essa função, cumpre preparar e conduzir o procedimento restaurativo.

Art. 7º – Os atos do procedimento restaurativo compreendem:

a) consultas às partes sobre se querem, voluntariamente, participar do procedimento;

b) entrevistas preparatórias com as partes, separadamente;

c) encontros restaurativos objetivando a resolução dos conflitos que cercam o delito.

Art. 8º – O procedimento restaurativo abrange técnicas de mediação pautadas nos princípios restaurativos.

Art. 9º – Nos procedimentos restaurativos deverão ser observados os princípios da voluntariedade, da dignidade humana, da imparcialidade, da razoabilidade, da proporcionalidade, da cooperação, da informalidade, da confidencialidade, da interdisciplinaridade, da responsabilidade, do mútuo respeito e da boa-fé.

Parágrafo Único - O princípio da confidencialidade visa proteger a intimidade e a vida privada das partes.

Art. 10 – Os programas e os procedimentos restaurativos deverão constituir-se com o apoio de rede social de assistência para encaminhamento das partes, sempre que for necessário, para viabilizar a reintegração social de todos os envolvidos.

Art. 11 - É acrescentado ao artigo 107, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso X, com a seguinte redação:

X – pelo cumprimento efetivo de acordo restaurativo.

Art. 12 – É acrescentado ao artigo 117, do Decreto-Lei nº 2848, de 7 de dezembro de 1940, o inciso VII, com a seguinte redação:

VII – pela homologação do acordo restaurativo até o seu efetivo cumprimento.

Art. 13 - É acrescentado ao artigo 10, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, o parágrafo quarto, com a seguinte redação:

§ 4º - A autoridade policial poderá sugerir, no relatório do inquérito, o encaminhamento das partes ao procedimento restaurativo.

Art. 14 - São acrescentados ao artigo 24, do Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, os parágrafos terceiro e quarto, com a seguinte redação:

§ 3º - Poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos de inquérito policial a núcleos de justiça restaurativa,

quando vítima e infrator manifestarem, voluntariamente, a intenção de se submeterem ao procedimento restaurativo.

§ 4º – Poderá o Ministério Público deixar de propor ação penal enquanto estiver em curso procedimento restaurativo.

Art. 15 - Fica introduzido o artigo 93 A no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

Art. 93 A - O curso da ação penal poderá ser também suspenso quando recomendável o uso de práticas restaurativas.

Art. 16 - Fica introduzido o Capítulo VIII, com os artigos 556, 557, 558, 559, 560, 561 e 562, no Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941, com a seguinte redação:

CAPÍTULO VIII DOPROCESSO RESTAURATIVO

Art. 556 - Nos casos em que a personalidade e os antecedentes do agente, bem como as circunstâncias e consequências do crime ou da contravenção penal, recomendarem o uso de práticas restaurativas, poderá o juiz, com a anuência do Ministério Público, encaminhar os autos a núcleos de justiça restaurativa, para propiciar às partes a faculdade de optarem, voluntariamente, pelo procedimento restaurativo.

Art. 557 – Os núcleos de justiça restaurativa serão integrados por facilitadores, incumbindo-lhes avaliar os casos, informar as partes de forma clara e precisa sobre o procedimento e utilizar as técnicas de mediação que forem necessárias para a resolução do conflito.

Art. 558 - O procedimento restaurativo consiste no encontro entre a vítima e o autor do fato e, quando apropriado, outras pessoas ou membros da comunidade afetados, que participarão coletiva e ativamente na resolução dos problemas causados pelo crime ou contravenção, com auxílio de facilitadores.

Art. 559 - Havendo acordo e deliberação sobre um plano restaurativo, incumbe aos facilitadores, juntamente com os participantes, reduzi-lo a termo, fazendo dele constar as responsabilidades assumidas e os programas restaurativos, tais como reparação, restituição e prestação de serviços comunitários, objetivando suprir as necessidades individuais e coletivas das partes, especialmente a reintegração da vítima e do autor do fato.

Art. 560 – Enquanto não for homologado pelo juiz o acordo restaurativo, as partes poderão desistir do processo restaurativo. Em caso de desistência ou descumprimento do acordo, o juiz julgará insubsistente o procedimento restaurativo e o acordo dele resultante, retornando o processo ao seu curso original, na forma da lei processual.

Art. 561 - O facilitador poderá determinar a imediata suspensão do procedimento restaurativo quando verificada a impossibilidade de prosseguimento.

Art. 562 -O acordo restaurativo deverá necessariamente servir de base para a decisão judicial final.

Parágrafo Único – Poderá o Juiz deixar de homologar acordo restaurativo firmado sem a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade ou que deixe de atender às necessidades individuais ou coletivas dos envolvidos.

Art. 17 - Fica alterado o artigo 62 , da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 62 - O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando-se, sempre que possível, a conciliação, a transação e o uso de práticas restaurativas.

Art. 18 – É acrescentado o parágrafo segundo ao artigo 69, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com a seguinte redação:

§ 2º – A autoridade policial poderá sugerir, no termo circunstanciado, o encaminhamento dos autos para procedimento restaurativo.

Art. 19 – É acrescentado o parágrafo sétimo ao artigo 76, da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, com o seguinte teor:

§ 7º – Em qualquer fase do procedimento de que trata esta Lei o Ministério Público poderá oficiar pelo encaminhamento das partes ao núcleo de justiça restaurativa.

Art. 20 – Esta lei entrará em vigor um ano após a sua publicação.

Sala das Sessões, em de de 2006.

ANEXO 06.

Projeto de Lei nº 2976/2019. Câmara dos deputados.

Autor: Paulo Teixeira – PT/SP

Apresentação: 21/05/2019

Disciplina a Justiça Restaurativa.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta lei disciplina a prática de justiça restaurativa entre as pessoas atingidas por conflito de natureza criminal.

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 2º As práticas de justiça restaurativa aplicar-se-ão a situações de conflito e violência que acarretem dano concreto ou abstrato no curso do inquérito processual, investigação criminal ou outra fase pré-processual, do processo penal e da execução da pena.

§ 1º É necessária a participação do ofensor e, se possível, da vítima, familiares e demais envolvidos no fato danoso, e a presença de representantes da comunidade direta ou indiretamente prejudicada pelo dano e de um ou mais facilitadores da justiça restaurativa.

§ 2º Serão admitidos nas sessões de justiça restaurativa pessoas direta ou indiretamente afetadas pela situação de conflito ou violência e aquelas que puderem apoiar os envolvidos.

§ 3º As sessões de justiça restaurativa ocorrerão em espaços próprios e adequados e serão coordenadas por facilitadores previamente capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais para resolução de conflitos.

§ 4º É vedada qualquer forma de coação ou envio de comunicação judicial para as sessões de justiça restaurativa.

Art. 3º A justiça restaurativa será orientada pelos seguintes princípios:

I – corresponsabilidade;

- II – reparação dos danos;
- III – atendimento às necessidades de todos os envolvidos;
- IV – informalidade;
- V – voluntariedade;
- VI – imparcialidade;
- VII – participação;
- VIII – fortalecimento;
- IX – consensualidade;
- X – confidencialidade;
- XI – urbanidade.

Parágrafo único. As práticas de justiça restaurativa terão como foco a satisfação de todos os envolvidos, a responsabilização das pessoas que contribuíram direta ou indiretamente para a ocorrência do fato danoso e o fortalecimento da comunidade, destacando a necessidade da reparação do dano.

Art. 4º. Iniciado o procedimento de justiça restaurativa, o inquérito policial, o procedimento investigatório ou o processo penal ficarão suspensos pelo prazo de até seis meses, podendo este ser prorrogado, justificadamente, por igual período.

Parágrafo Único. A suspensão do inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal implicará a suspensão do curso dos respectivos prazos prescricionais.

CAPÍTULO II DO ATENDIMENTO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Art. 5º Para fins de atendimento da justiça restaurativa, o juiz encaminhará o inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal, em qualquer fase de tramitação, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, da Defensoria Pública, das partes ou seus procuradores, ou do setor técnico de psicologia e serviço social.

§ 1º Se o ofensor ou a vítima manifestar interesse no procedimento de justiça restaurativa, o juiz não poderá negar o encaminhamento do inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal para sua realização.

§ 2º O encaminhamento para o procedimento de justiça restaurativa não vinculará o ofensor e vítima, sendo imprescindível o prévio consentimento destes para a realização das sessões.

§ 3º Na hipótese de morte ou impossibilidade de manifestação da vítima, sua participação no procedimento de justiça restaurativa será suprida por familiares.

§ 4º Encerradas as sessões de justiça restaurativa, as partes envolvidas poderão celebrar acordo, que somente produzirá efeitos com sua homologação pelo juiz, após prévia manifestação da defesa e do Ministério Público, sob pena de nulidade.

§ 5º É vedada às partes se retratar do acordo após sua homologação judicial.

§ 6º Deverá ser juntada aos autos do inquérito policial, procedimento investigatório ou processo penal relatório das sessões de justiça restaurativa, com o registro obrigatório dos nomes das pessoas presentes e do plano de ação adotado no acordo, respeitados os princípios do sigilo e da confidencialidade.

§ 7º O acordo resultante do procedimento de justiça restaurativa conterá obrigações razoáveis, proporcionais e em conformidade com a Constituição Federal e a lei, e respeitará a dignidade de todos os envolvidos.

§ 8º Não obtido o acordo, é vedado o emprego de informações do procedimento de justiça restaurativa como prova, e não poderá este ser utilizado como fundamento para aumento ou agravamento da pena em caso de condenação.

§ 9º Havendo ato infracional, a criança ou adolescente terá preferência de atendimento, sendo prioritária a tramitação do respectivo procedimento e a adoção imediata de medidas e de práticas da justiça restaurativa.

CAPÍTULO III DO FACILITADOR DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Art. 6º O facilitador da justiça restaurativa deverá ser submetido a cursos de capacitação, treinamento e aperfeiçoamento permanentes.

Art. 7º É vedado ao facilitador da justiça restaurativa:

I – impor determinada solução, antecipar decisão judicial, julgar, aconselhar ou diagnosticar durante as sessões;

II – ser testemunha a respeito de informações do procedimento de justiça restaurativa;

III – relatar ao juiz, ao Ministério Público, aos procuradores ou a autoridade, sem motivação legal, o conteúdo de declarações prestadas por envolvido no procedimento de justiça restaurativa.

CAPÍTULO IV DOS EFEITOS DO ACORDO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA

Art. 8º. São efeitos decorrentes do cumprimento integral do acordo firmado no procedimento da justiça restaurativa:

I – a extinção de punibilidade da infração de menor potencial ofensivo ou que não envolva violência e grave ameaça à pessoa;

II – a redução da pena até a metade ou sua substituição por pena restritiva de direitos de infração penal diversa das previstas no inciso I.

§ 1º Da decisão que declarar extinta a punibilidade na hipótese do inciso I não decorrerá qualquer efeito condenatório.

§ 2º A prestação da justiça restaurativa não terá efeitos civis, cabendo aos interessados demandar no juízo cível.

Art. 9º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.

JUSTIFICAÇÃO

Este projeto de lei tem por objetivo disciplinar a justiça restaurativa. Além disso, foi o fruto de uma série de debates havidos na Comissão Especial do Código de Processo Penal, onde solicitei a formação de um grupo de trabalho constituído de especialistas, acadêmicos e operadores do Direito. Agora trago a esta Casa, o resultado do trabalho proposto com os devidos agradecimentos e homenagens aos renomados autores:

- André Giamberardino, Defensor Público do Estado do Paraná;
- Daniel Achutti, Advogado e membro da Comissão de Mediação de Práticas Restaurativas da OAB/RS;
- Egberto Penido, Juiz de Direito em SP, especialista em justiça restaurativa;
- Leonardo Sica, Advogado criminalista

- Luis Fernando Bravo de Barros, Advogado e mestre em Estudos de Paz e Transformação de Conflitos;
- Marcelo Malessio Salmaso, Juiz de Direito em SP, especialista em justiça restaurativa;
- Marina Dias, Advogada, formada em Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa;
- Petronella Maria Boonen, Doutora e Mestre em Sociologia da Educação, com tese em Justiça Restaurativa;
- Raffaella da Porciuncula Pallamolla, Professora da UnisalleCanoas e Vice-Presidente da Comissão Especial de Mediação e Práticas Restaurativas da OAB/RS.
- Catarina Lima, Juíza do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios;
- Júlio Cesar Rodrigues de Melo, do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios.

Uma análise singela de normativos sobre a justiça restaurativa nos permitem uma melhor incursão na matéria e entendimento da necessidade de positivação de normas para discipliná-la.

A Resolução nº 2000, de 2014, do Conselho Social e Econômico das Nações Unidas, intitulada “Princípios Básicos para a utilização de Programas Restaurativos em Matéria Criminal”, buscou, perante Estados Membros, organizações intergovernamentais e não-governamentais competentes, perante ainda ao Escritório das Nações Unidas de Prevenção do Crime e de Programa de Justiça Criminal, a utilização de programas de justiça restaurativa como novo instrumento de solução de conflitos.

O Decreto nº 7.037, de 2009, estimula novas formas de tratamento de conflitos, a exemplo das práticas restaurativas.

A Lei nº 12.594, de 2012, que institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) e regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional, determina que a execução das medidas socioeducativas reger-se-á pela prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas.

A Lei nº 13.140, de 2015, dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.

Ademais, a Lei nº 13.105, de 2015, o Novo Código de Processo Civil, expressamente adota práticas consensuais de resolução de conflitos, dando ênfase à mediação com relação a questões inseridas no âmbito privado.

Por fim, a Resolução nº 225, de 2016, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário, disciplinando normas atinentes à implementação do respectivo programa de solução de conflitos, inclusive voltadas aos tribunais de justiça.

Em breves linhas, e com escopo na Resolução nº 225/2016 do CNJ, destaque-se que a justiça restaurativa corresponde a um conjunto ordenado e sistêmico de princípios, métodos, técnicas e atividades próprias, constituindo uma nova forma de solução de conflitos.

O modelo é baseado na participação do ofensor e, se for possível, da vítima, contando, ainda, com a colaboração de suas famílias, dos demais envolvidos no fato danoso, bem como dos membros da comunidade direta ou indiretamente atingida pelo evento danoso. A busca pela via reparatória é voluntária e será coordenada pelos facilitadores da justiça restaurativa, agentes capacitados em técnicas autocompositivas e consensuais.

A proposta apresentada orienta-se a partir de uma perspectiva político-criminal minimalista.

Nesse sentido, entre outras medidas, é marcada pela não utilização da ação penal a serviço de interesses privados, mesmo quando lastreados na motivação particular da vítima, ratificando a imposição penal como fruto, exclusivamente, do interesse público.

Ademais, enaltece a tendência a diminuição da utilização da pena privativa de liberdade, destacando a frequente ofensa ao princípio da humanidade. Com o referido fundamento, são apresentadas medidas substitutivas ao cárcere enquanto pena, bem como alternativas ao próprio sistema penal, em que se destaca a composição dos danos.

Todavia, os benefícios se restringem, ainda, aos crimes patrimoniais cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e às infrações penais de menor potencial ofensivo, de modo que o regramento da justiça restaurativa poderá ampliar, de maneira ainda mais significativa, a busca pela composição e reparação dos danos.

O projeto de lei disciplina a prática da justiça restaurativa não somente no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo ou que não envolvam violência e grave ameaça à pessoa, podendo acarretar a extinção da punibilidade; como também nas demais infrações penais, figurando causa de

diminuição de pena em até a metade ou ainda de substituição da privação de liberdade por pena restritiva de direitos.

Diante disso, entende-se haver ambiência jurídica, bem como necessidade social, para a positivação de normas que reconheçam a autonomia da justiça restaurativa como via alternativa e autônoma na solução de conflitos, avançando, portanto, na política minimalista e garantista que orienta a reforma processual penal já em andamento.

Certo de que meus nobres pares bem aquilatarão a conveniência e oportunidade das medidas legislativas ora apresentadas, conclamo-os a apoiar a aprovação deste projeto de lei.

Sala das Sessões, de 2019.
Deputado PAULO TEIXEIRA