

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa

Restorative justice as a public policy alternative to mass incarceration

Selma Pereira de Santana

Carlos Alberto Miranda Santos

VOLUME 8 • Nº 1 • ABR • 2018

POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL

Sumário

I. DOSSIÊ ESPECIAL: POLÍTICAS PÚBLICAS E BOAS PRÁTICAS PARA O SISTEMA PENAL	19
PENAL ABOLITIONISM AND REFORMISM REVISITED	21
Roger Matthews	
A FORMULAÇÃO DA AGENDA POLÍTICO-CRIMINAL COM BASE NO MODELO DE CIÊNCIA CONJUNTA DO DIREITO PENAL	37
Mário Lúcio Garcez Calil e José Eduardo Lourenço dos Santos	
TRIAL WITHOUT UNDUE DELAY: A PROMISE UNFULFILLED IN INTERNATIONAL CRIMINAL COURTS.....	55
Cynthia Cline	
CONSTITUIÇÃO, STF E A POLÍTICA PENITENCIÁRIA NO BRASIL: UMA ABORDAGEM AGNÓSTICA DA EXECUÇÃO DAS PENAS	90
Bruno Amaral Machado e Rafael Seixas Santos	
PREVENÇÃO ESPECIAL NEGATIVA DA PENA: O TERRENO FÉRTIL PARA A IMPLEMENTAÇÃO E DIFUSÃO DA LÓGICA ATUARIAL NO SUBSISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	114
Paulo Afonso Cavichioli Carmona e Flávia Nunes de Carvalho Cavichioli Carmona	
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINOGENESE E PRÁTICAS PENAIAS E O DEBATE SOBRE A TEORIA DA AÇÃO ENTRE SUBJETIVISTAS E OBJETIVISTAS	128
André Leonardo Copetti Santos e Douglas Cesar Lucas	
A PRIVATIZAÇÃO DE PRESÍDIOS E A IDEIA NEOLIBERAL DE CRIAÇÃO DE UM ESTADO MÍNIMO ...	163
Gina Marcilio Vidal Pompeu e Carlos Lélío Lauria Ferreira	
LA NECESIDAD DE INVESTIGAR LA PRISIÓN (DESDE AFUERA Y DESDE ADENTRO) PARA TRANSFORMARLA. SOBRE UNAS MODESTAS EXPERIENCIAS EN EL ÁMBITO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES.....	179
Gabriel Ignacio Anitua	
AMBIENTE URBANO E SEGURANÇA PÚBLICA: CONTRIBUIÇÕES DAS CIÊNCIAS SOCIAIS PARA O ESTUDO E A FORMULAÇÃO DE POLÍTICAS CRIMINAIS.....	195
Sergio Francisco Carlos Sobrinho, Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira e Airton Guilherme Guilherme Berger Filho	
ECOCÍDIO: PROPOSTA DE UMA POLÍTICA CRIMINALIZADORA DE DELITOS AMBIENTAIS INTERNACIONAIS OU TIPO PENAL PROPRIAMENTE DITO?	210
Djalma Alvarez Brochado Neto e Tarin Cristino Frota Mont' Alverne	

A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO POLÍTICA PÚBLICA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO EM MASSA	228
Selma Pereira de Santana e Carlos Alberto Miranda Santos	
A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO INSTRUMENTO DE FORTALECIMENTO DA CULTURA DE PAZ: UMA NOVA PERSPECTIVA PARA A EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS NO BRASIL	244
Charlise Paula Colet Gimenez e Fabiana Marion Spengler	
THE INTERNATIONALIZATION OF CRIMINAL LAW: TRANSNATIONAL CRIMINAL LAW, BASIS FOR A REGIONAL LEGAL THEORY OF CRIMINAL LAW.....	261
Nicolás Santiago Cordini	
CRIMES NA INTERNET E COOPERAÇÃO INTERNACIONAL EM MATÉRIA PENAL ENTRE BRASIL E ESTADOS UNIDOS.....	277
Guilherme Berti de Campos Guidi e Francisco Rezek	
O PAPEL DA INTELIGÊNCIA FINANCEIRA NA PERSECUÇÃO DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO E ILÍCITOS RELACIONADOS.....	290
Antonio Henrique Graciano Suxberger e Rochelle Pastana Ribeiro Pasiani	
POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA DILACERADA: O EXEMPLO DA LEI 13491/2017 E SUAS CONSEQUÊNCIAS PENAIS E PROCESSUAIS PENAIS.....	320
Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro	
ATENDIMENTO INTEGRAL À VÍTIMA: A SEGURANÇA PÚBLICA COMO DIREITO FUNDAMENTAL	337
Waléria Demoner Rossoni e Henrique Geaquinto Herkenhoff	
DIREITOS FUNDAMENTAIS E AS RELAÇÕES ESPECIAIS DE SUJEIÇÃO.....	361
Pedro Adamy	
O NEAH E A ATENÇÃO AO AUTOR DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER EM BELÉM.....	378
Luanna Tomaz Souza, Anna Beatriz Alves Lopes e Andrey Ferreira Silva	
BOTÃO DO PÂNICO E LEI MARIA DA PENHA.....	397
Ludmila Aparecida Tavares e Carmen Hein de Campos	
O QUE PENSAM AS JUÍZAS E OS JUÍZES SOBRE A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA: UM PRINCÍPIO DE DIÁLOGO COM A MAGISTRATURA DE SETE CAPITAIS BRASILEIRAS.....	422
Marília Montenegro Pessoa de Mello, Fernanda Cruz da Fonseca Rosenblatt e Carolina Salazar l'Armée Queiroga de Medeiros	
UMA SALA COR-DE-ROSA: A POLÍTICA PÚBLICA DE GÊNERO PREVISTA NA LEI 11.340/2006 NA CIDADE DE PIRAQUARA – PARANÁ.....	450
Priscilla Placha Sá e Jonathan Serpa Sá	

A PRÁTICA DA MISTANÁSIA NAS PRISÕES FEMININAS BRASILEIRAS ANTE À OMISSÃO DO DIREITO À SAÚDE E A NEGAÇÃO DA DIGNIDADE HUMANA.....	473
Elias Jacob de Menezes Neto e Tiago José de Souza Lima Bezerra	
REPRESENTAÇÕES SOCIAIS NO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: PROTEÇÃO NORMATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O APENADO LGBT	495
Mariana Dionísio de Andrade, Marina Andrade Cartaxo e Daniel Camurça Correia	
CALONS: REDEFININDO AS FRONTEIRAS DOS DIREITOS HUMANOS E DO SISTEMA DE JUSTIÇA PENAL	515
Phillipe Cupertino Salloum e Silva e Marcos José de Oliveira Lima Filho	
AS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NO BRASIL: UMA JANELA PARA A MELHORA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL.....	531
Carolina Costa Ferreira e Gabriel Antinolfi Divan	
A ATUAÇÃO DO AGENTE PENITENCIÁRIO COMO BUROCRATA DE NÍVEL DE RUA: PARA ALÉM DA DISCRICIONARIEDADE.....	551
Thaís Pereira Martins e Camila Caldeira Nunes Dias	
QUANDO A LUTA ANTIMANICOMIAL MIRA NO MANICÔMIO JUDICIÁRIO E PRODUZ DESENCARCERAMENTO: UMA ANÁLISE DOS ARRANJOS INSTITUCIONAIS PROVOCADOS PELA DEFENSORIA PÚBLICA NO CAMPO DA POLÍTICA PÚBLICA PENITENCIÁRIA E DE SAÚDE MENTAL ...	574
Patricia Carlos Magno e Luciana Boiteux	
PENAS ALTERNATIVAS PARA PEQUENOS TRAFICANTES: OS ARGUMENTOS DO TJSP NA ENGRENAGEM DO SUPERENCARCERAMENTO	605
Maíra Rocha Machado, Matheus de Barros, Olívia Landi Corrales Guaranha e Julia Adib Passos	
II. OUTROS TEMAS	630
AÇÃO POPULAR POR OMISSÃO LESIVA AO MÍNIMO EXISTENCIAL (MORALIDADE) E CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: NOVOS HORIZONTES DESVELADOS PELA JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DO STF NO PARADIGMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	632
Luciano Picoli Gagno e Camilo José d'Ávila Couto	
AS PRÁTICAS DE JURIDICIDADE ALTERNATIVA NA AMÉRICA LATINA: ENTRE O REFORMISMO E O IMPULSO DESESTRUTURADOR A PARTIR DE STANLEY COHEN	649
Jackson da Silva Leal	
DISTINÇÃO INCONSISTENTE E SUPERAÇÃO DE PRECEDENTES NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	668
Patrícia Perrone Campos Mello e Paula de Andrade Baqueiro	

DEMOCRATIZAÇÃO DO ORÇAMENTO PÚBLICO PELA DA LEGALIDADE, LEGITIMIDADE E ECONOMICIDADE	690
Rafael Antonio Baldo	
A TRANSPARÊNCIA DA POLÍTICA MONETÁRIA E A SUA LIMITAÇÃO AOS OBJETIVOS CONSTITUCIONAIS.....	707
Marcelo Quevedo Do Amaral	
GESTÃO DOS ESPAÇOS MARINHOS NO CONTEXTO DAS ENERGIAS MARINHAS RENOVÁVEIS	726
Tarin Frota Mont`Alverne e Maira Melo Cavalcante	
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO ANTE OS RISCOS ADVINDOS DAS NOVAS TECNOLOGIAS BÉLICAS	746
Alice Rocha da Silva e Mario Abrahão Antônio	
A ESCOLHA DO ESTADO BRASILEIRO PELO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: O DEVER DE FINANCIAR MEDICAMENTOS DE ALTO CUSTO.....	767
Andre Studart Leitão, Thiago Patrício de Sousa e Alexandre Antonio Bruno da Silva	
POR QUE A ÁREA DO DIREITO NÃO TEM CULTURA DE PESQUISA DE CAMPO NO BRASIL?	782
Fayga Silveira Bedê e Robson Sabino de Sousa	

A justiça restaurativa como política pública alternativa ao encarceramento em massa*

Restorative justice as a public policy alternative to mass incarceration

Selma Pereira de Santana**

Carlos Alberto Miranda Santos***

RESUMO

Este artigo tem o objetivo de analisar a eficácia da justiça restaurativa como um novo paradigma de política pública em segurança pública capaz de humanizar as respostas estatais para condutas escolhidas como criminosas, diferentemente da retribuição punitiva, característica principal do sistema de justiça criminal atual. A hipótese será testada com base na observação empírica do cenário atual; no modelo adotado pelo sistema carcerário nos estados brasileiros que evidencia sua capacidade de gerar violência extrema, a exemplo das recentes rebeliões ocorridas em presídios estaduais, fruto da política criminal adotada pelo Estado e do sistema penal como ferramenta de controle social. Justifica-se uma análise teórica do paradigma restaurativo como uma alternativa apta a substituir a pena afitiva tradicionalmente imposta, toma-se por base os movimentos que lançaram críticas ao sistema penal e as propostas alternativas à pena ao longo da história, até o surgimento do novo paradigma; conclui-se que, originalmente, a justiça restaurativa surge como um novo modelo de resposta ao crime capaz de diminuir o encarceramento massivo, ainda que não implique a total supressão do modelo retributivo atual, que poderá ser utilizado de maneira residual nos casos de maior gravidade.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Sistema penal. Crime. Cárcere. Punição.

ABSTRACT

This article aims to analyze the efficacy of restorative justice as a new paradigm of public policy in public security capable of humanizing state responses to chosen criminal conduct, unlike punitive retribution, the main feature of the current criminal justice system. And it is from empirical observation in the current scenario that such hypothesis will be tested; in the model adopted by the prison system in the Brazilian states that shows its capacity to generate extreme violence, as in the recent rebellions in state prisons, as a result of the criminal policy adopted by the State and the penal system as a tool for social control. A theoretical analysis of the restorative paradigm is justified as an alternative to replace the traditionally imposed distressing sentence, based on movements that have criticized the penal sys-

* Recebido em 25/01/2018
Aprovado em 14/02/2018

** Doutora em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre em Ciências Jurídico-Criminais. Professora do PPGD UFBA. Promotora do Ministério Público Militar da União. Email: selmadesantana@gmail.com

*** Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Segurança Pública, Justiça e Cidadania pela Faculdade de Direito da UFBA. Professor da Academia da Polícia Militar da Bahia. Advogado. Major R/R da Polícia Militar da Bahia. Email: kiko.miranda@bol.com.br

tem and alternative proposals to the sentence throughout history until the emergence of the new paradigm; it is concluded that restorative justice originally emerges as a new model of response to crime capable of reducing mass incarceration, although it does not imply the total suppression of the current remuneration model, which can be used in a residual manner in cases of greater severity.

Keywords: Restorative justice. Criminal system. Crime. Prison. Punishment.

1. INTRODUÇÃO

O modelo de política criminal adotado pela justiça penal brasileira, lastreado na pena afliativa, mais uma vez mostrou-se incapaz de cumprir suas promessas de reabilitação e prevenção das condutas criminosas. A falência anunciada do sistema carcerário ganhou novos episódios de repercussão internacional evidenciando sua capacidade de gerar violência extrema. As rebeliões ocorridas no ano de 2017 nos presídios dos estados do Amazonas, Roraima e Rio Grande do Norte são consequências esperadas em relação à escolha do paradigma punitivo retributivo e do encarceramento em massa como principais instrumentos de resposta ao crime.

Como reação à escalada da violência, o Estado amplia o alcance do sistema penal com decisões de caráter emergencial, às vezes equivocadas, a exemplo da crescente utilização das ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), evidenciando uma forte tendência a um estado de exceção permanente. Em contraposição a essa concepção tradicional da justiça criminal, cresce a ideia da justiça restaurativa, adotando o paradigma restaurativo como um modelo mais humanizado e capaz de combater altos índices de reincidência criminal, para reintegrar egressos do sistema penitenciário e solucionar conflitos em comunidades com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe a reapropriação do conflito avocado pelo Estado soberano, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos, e, assim, reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social, outrora rompidos.

A partir dos anos 70 do século passado, foi surgindo referências à justiça restaurativa como um modelo de resposta ao crime diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação à pena afliativa, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta essa solução como mais pacificadora e capaz de reatar os laços comunitários fragilizados pela ocorrência do delito.

A justiça restaurativa firmou-se nas últimas décadas como resposta inovadora adequada às necessidades de vítimas, comunidade e autores da conduta criminosas, por considerar os crimes como violações de pessoas e relacionamentos interpessoais, e não somente ao Estado soberano, que acarretam na obrigação do infrator reparar os danos.

Este artigo tem como objetivo demonstrar a eficácia da justiça restaurativa para diminuição da intervenção penal estatal e a da política de encarceramento em massa, contrapondo-se à aporia do paradigma punitivo que se sustenta no discurso da legitimidade conferida pelo sistema criminal, em que as promessas de ressocialização e prevenção não foram cumpridas. Contudo, o aumento do encarceramento e da reincidência é constante. Para tanto, com base em debates no campo nacional e internacional, o método hipotético-dedutivo servirá para desenvolver os estudos dos referenciais bibliográficos básicos e complementares.

Este artigo está dividido em mais três capítulos, além da introdução, quais sejam: no segundo é abordada a relação entre a justiça restaurativa e a diminuição do encarceramento, ressaltando as promessas não cumpridas pela justiça penal; no terceiro faz-se um relato histórico dos movimentos que antecederam a justiça restaurativa, notadamente o abolicionismo e a vitimologia; o quarto detalha a justiça restaurativa como um original e novo modelo de resposta ao delito; por fim as conclusões para essa nova experiência.

2. A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A DIMINUIÇÃO DO ENCARCERAMENTO

Considerando-se que o crime constitui, por natureza, um conflito entre indivíduos que resulta em danos à vítima, à comunidade e ao próprio autor, e somente de maneira reflexa torna-se uma transgressão ao ordenamento jurídico, que anteriormente tipificou a conduta como delituosa, entende-se que toda resposta direcionada ao conflito terá repercussões que ultrapassam a figura do ofensor, ainda que a vítima ou a comunidade não sejam diretamente afetadas, visto que o Estado, ao optar pela pena afiliva, retirando das partes o poder de conduzir a resolução do desencontro, condena-os às frustrações e angústias causadas pela sensação de impotência experimentada diante da insuficiência do modelo adotado pela justiça penal, que não atende as suas expectativas. Assim, para Leonardo Sica¹:

A punição irracional, o castigo e a violência punitiva, enquanto características principais da reação penal, apenas infundem nos cidadãos o ideal de sofrimento como dado essencial da justiça e avolumam a própria violência que os oprime [...] Em outras palavras, a justiça penal deve dispor da mínima força e sempre que possível prescindir do recurso à violência legal, reconhecendo que o conflito, o desvio às regras de convivência, são constantes impossíveis de eliminar.

O discurso de combate ao crime tem servido como álibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado. Muitos estudos se ocupam em analisar a pobreza tentando, inclusive, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais por influência do paradigma da reação social. Entretanto, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos e exemplo do Brasil. Por outro lado, a chamada legislação penal de emergência “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo emocionalismo e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas²”.

Ao se desvirtuar do princípio da intervenção mínima, em que o direito penal somente deve intervir na ordem jurídica e social quando os outros ramos do direito fracassam nesta função, o Estado anulou a característica residual e de subsidiariedade do direito penal, o que banalizou todo o sistema penal³.

O descrédito na eficiência do sistema penal e carcerário tem gerado discursos a favor do endurecimento das leis em detrimento a outras estratégias coercitivas menos ofensivas à dignidade humana que, embora já estejam previstas na Lei de Execução Penal (LEP), por não serem efetivadas, terminam aumentando a sensação de inoperância de todo o sistema de justiça criminal brasileiro.

As posturas estatais, que em sua origem deveriam ser extraordinárias e temporárias, passam a ser empregadas como técnicas de governo, sendo aplicadas de forma rotineira na sociedade transformando-se em um verdadeiro paradigma de governo travestido de democracia, muitas vezes referendados e legitimados pelo Direito, como se percebe ao analisar o artigo 86 da LEP e sua aparente permissividade à pena de degredo na medida em que autoriza construção de presídios em áreas distantes do local da condenação do ofensor, para recolher condenados por interesse da segurança pública ou do próprio condenado, o que parece ser um contrassenso frente ao artigo 90 da própria lei que limita a distância de construção à possibilidade de visitação ao preso, com vistas a favorecer o processo (re) educativo e “socializador” do apenado⁴, e na constante utilização de ações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO) evidenciando o estado de exceção⁵.

1 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 5.

2 SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

3 SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

4 BASTOS, Osvaldo Neto. *Crise do Estado e segurança nacional: nova geopolítica num contexto de terrorismo, crime organizado, democracia e liberdade*. Salvador: Dinamarca, 2011.

5 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

2.1. O Estado de exceção e o paradigma de governo

O paradigma punitivo tem servido para legitimar esse fenômeno, uma vez que, na medida em que se percebe a apropriação do poder punitivo pelo Estado dito democrático, lastreado no discurso de manutenção da ordem e defesa da sociedade em geral, pode-se identificar a escalada das práticas de controle em que medidas que deveriam ser consideradas como excepcionais, são normalizadas pela sua frequente ocorrência, tornando cidadãos em objetos de controle, tal como os ditos como criminosos. O paradigma restaurativo surge como um novo modelo, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

O estado de exceção como paradigma de governo⁶ e como princípio político surge como leis integradas ao corpo do direito vigente, utilizando-se deste para atingir a classe social escolhida para sofrer determinado controle por meio da criminalização de certas condutas e das constantes violações dos direitos humanos a exemplo do descaso pela obrigatoriedade trazida na Lei de Execuções Penais relacionada à assistência educacional do preso e do internado. Também a inexistência de uma assistência social direcionada ao egresso com vistas a sua reintegração na sociedade serve para denunciar o sistema prisional como um constante violador dos direitos humanos perpetrados pelo próprio Estado, com a anuência das instituições responsáveis pelo cumprimento e fiscalização das leis, e sob o silêncio da sociedade civil.

Outro exemplo claro de violação dos direitos humanos reside na atenção para compatibilidade da lotação dos estabelecimentos penais e da competência do juiz da execução em determinar o cumprimento da pena ou medida de segurança em outra comarca, sem que interesse político e partidário seja o condutor da subjetividade no julgamento dessas decisões. Porém, as notícias de presídios superlotados são recorrentes, denunciando a aporia da abordagem do sistema punitivo atual, que tem seu fracasso retratado pela anomia do Estado por meio do desalinhamento da lei formal com os anseios da sociedade atual diante da conduta desviante, resultando em diversos movimentos alternativos para reformar ou mesmo extinguir a justiça penal, tendo como principal objetivo a ressignificação da resposta ao crime.

2.2. A justiça penal e a aporia da pena afiliva

Por meio do entendimento conceitual da racionalidade criminal moderna como um sistema de legitimação do pensamento e da ação na necessidade da punição, pode-se identificar um sistema de ideias que dão suporte teórico e ideológico para as formas de intervenção adotadas pelo direito penal.

A racionalidade penal moderna⁷ legitima o mito da pena afiliva como a melhor forma de assegurar a observância disciplinada das normas de comportamento, o que confere ao saber criminal o *status* de uma ciência voltada para o punitivismo. A adoção do castigo, como resposta aos crimes, proferido por processo público e aplicado de forma racional e humana, guarda relação visceral com a sociedade que se forma meio às revoluções e posteriormente governada pelas leis positivadas, planejadas e ordenadas, a sociedade disciplinar da lei e da ordem que vai ser erguida durante os séculos XVIII e XIX.

A justiça penal tem como objetivo a defesa da sociedade contra a violência gerada pelos conflitos, intrínsecos à natureza humana, e na dimensão política deve criar mecanismos que garantam e protejam os direitos fundamentais e a dignidade humana dos cidadãos contra a arbitrariedade do Estado polícia, o que ajuda a efetivar o mandamento contido na norma parâmetro que dita o Estado Democrático de Direito. Entretanto, quando

6 AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

7 A racionalidade penal moderna é o sistema de pensamento desenvolvido na Europa entre os séculos XVIII e XIX, caracteriza-se por uma maneira de pensar e construir o direito penal, que adquire uma forma de sistema de pensamento que tem como uma de suas principais características a naturalização da estrutura normativa.

se escolhe adotar o paradigma da punição adotando a pena privativa de liberdade como única resposta a ser aplicada nas situações de crime, acaba-se por também gerando outra violência, tornando-se a principal violadora de tais direitos e garantias, o que gera insatisfação social e põe em xeque a legitimidade do sistema penal.

É, ainda, a justiça penal, manifestação do poder do Estado em punir condutas consideradas criminosas, como forma de controlar os impulsos de vingança, tendo em vista garantir uma existência pacífica entre os membros da sociedade, porém, o exercício desse poder de sancionar penalmente termina por resultar em graves supressões de garantias individuais e direitos civis, resultando em críticas ao discurso racionalista que legitima o poder de punir, ao enxergar a pena como um mal legalmente definido para causar sofrimento a quem causou o sofrimento alheio, ou seja, de forma retributiva praticar o mal a quem causou o mal como um dado essencial da justiça, o que não é admitido pela ética já que o Estado não permite a vingança privada, contudo, usa da punição violenta contra quem viola as leis penais.

Ao utilizar o castigo e a pena afliitiva como respostas ao delito, o Estado apenas aumenta a própria violência que vitima os seus administrados, destruindo laços comunitários com base na falácia do paradigma punitivo retributivo, que sustenta a ideia de realização da justiça, que se corporifica na imposição de uma pena ao autor do crime, em retribuição ao mal por ele causado⁸.

Complementando esse pensamento, Guilherme Câmara aduz que⁹:

Cuida-se aqui de uma concepção da pena como reação, retribuição ou castigo punitivo, que tem como nota característica e diferenciadora sua desvinculação ou (des) ligamento de qualquer fim social específico, que remonta ao ver de não poucos às origens vindicativas da pena e ao princípio do Talião; já no plano jurídico filosófico, liga-se, sobretudo aos próceres do idealismo alemão.

O sistema penal retribucionista é caracterizado pela capacidade de potencializar toda situação que envolve o delito, a resposta que o Estado dá à sociedade carece de legitimidade ética porque sua medida é o mal que oferece àqueles que praticam o mal. O foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, em que a culpa se apresenta como o fulcro do processo penal, o delito é visto como uma transgressão às leis e o infrator se insere numa conduta proibitiva por ser danosa, ou imoral, ou ofensiva à lei penal. Acredita-se que o crime é uma ofensa ao Estado soberano, e que o ofensor deve ser exemplarmente castigado.

Ao longo do tempo, a justiça penal foi abandonando outras formas de resposta ao crime, a exemplo da pena física do suplício, no sistema absolutista de punição, uma vez que, nas monarquias absolutistas, a punição apresentava-se muito mais como o símbolo do poder da majestade, para garantir a presença do rei, do que um efetivo instrumento de controle e coerção social. Também era composto por algumas outras espécies de punições como os trabalhos forçados, as penas de deportação e as de multa. Às vezes, as penas de banimento e de multa vinham acompanhadas, quase sempre, de uma dose de sofrimento e demais alternativas ao encarceramento¹⁰.

No Brasil, as Casas de Correção surgiram como o embrião de nossa atual concepção de prisão e eram estabelecimentos dedicados à caridade, à correção e à disciplina de um modo geral, apesar de que não gozavam de primazia enquanto modelo de punição, foram ganhando notoriedade tempos depois como relata Clarissa Maia; Flávio Sá Neto; Marcos Costa e Marcos Luiz¹¹.

De um lado, as prisões deveriam ser reestruturadas de acordo com os princípios modernos da Escola Positiva. Do outro lado, havia a experiência do funcionamento da Casa de Correção desde 1850, que demonstrava um acúmulo de problemas naquela que foi criada para ser a prisão modelo do Império brasileiro.

8 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

9 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 29.

10 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

11 MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 285

A Casa de Correção surgiu como proposta de pessoas com importantes posições sociais como: médicos, políticos e juristas, essa instituição prisional foi constituída durante o século XIX de forma bastante paradoxal, pois o seu propósito era realizar um avanço em relação às práticas que dominavam aquele período histórico, e servir de modelo para a regeneração dos criminosos por meio do trabalho, educação e religião. Porém, foi palco de estratificações sociais e terminou por servir as demandas político-econômicas da época¹².

Quando o modelo retributivo passou a dominar o sistema penal com as promessas de reeducação, ressocialização e prevenção percebeu-se que na prática tais resultados não estavam sendo alcançados, e que o encarceramento e o endurecimento das leis penais não tinham influências na diminuição da criminalidade; por outro lado, percebeu-se que o encarceramento, além de romper com os laços comunitários, tendia a aumentar os casos de reincidência, uma vez que o egresso do sistema carcerário não encontrava oportunidades diante da vigilância, controle e estigmatização pós-cárcere e pela criação de novas vítimas indiretas, como é o caso dos membros da família do infrator, que passavam a ter dificuldades financeiras.

Assim, pode-se deduzir que ressalvados alguns casos extremos, em que se tem por indubitável que o afastamento de alguém do convívio social é imprescindível e estritamente necessário, a aplicação de penas restritivas da liberdade a autores de práticas delituosas revela-se como uma medida penal inteiramente desaconselhável. De fato, se não aplicada dentro de uma dimensão absolutamente excepcional, ela pode trazer mais prejuízos do que benefícios à vida social¹³.

O processo penal provavelmente estigmatiza por toda a vida aqueles considerados culpado, e, para responder às constantes críticas que recebia, o sistema se utilizava de meios autorreferenciais, atribuindo o seu fracasso às técnicas e reformas do modelo. Diante da aporia da pena afitiva com suas promessas de prevenção e diminuições da violência, surgiram diversos movimentos que questionaram a legitimidade e efetividade do modelo calcado no paradigma punitivo, e apontaram soluções para sua reforma e até mesmo extinção.

3. ANTECEDENTES DO NOVO PARADIGMA: O ABOLICIONISMO E A VITIMOLOGIA COMO MOVIMENTOS CATALISADORES

O desgaste da justiça penal provocou movimentos ideológicos como forma de reação ao paradigma punitivo, a exemplo do abolicionismo, das penas alternativas, do minimalismo e da vitimologia que influenciaram a criação do novo paradigma. A fomentação do surgimento de novas ideias relativas à forma de abordagem do delito, nas décadas de 60 e 70 nos Estados Unidos, somadas à crise da ideia de ressocialização por meio do encarceramento parece ser um bom marco histórico para situar o surgimento do paradigma restaurativo.

Raffaella Pallamolla¹⁴ aponta que crise do sistema de justiça criminal remonta à época do próprio surgimento da prisão como pena por excelência, e as tentativas que buscaram reformá-la (dentre elas as penas alternativas como forma de reduzir o emprego da prisão). Ademais, desde o início dos anos 70, observa-se uma gradual modificação nas políticas penais, com um progressivo deslocamento do modelo baseado na punição, na direção de um modelo orientado à reparação.

O Quadro 1 sintetiza as principais diferenças que formam as bases teóricas que caracterizam o tradicional paradigma punitivo e o novo paradigma restaurativo, e que são alvos da crítica abolicionista entre outras propostas alternativas à pena.

12 MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009. p. 285

13 ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 723, dez. 2017.

14 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

Quadro 1: Principais diferenças entre os paradigmas punitivo e restaurativo

ABORDAGEM PUNITIVA	ABORDAGEM RESTAURATIVA
Tem na culpa o centro das atenções.	Tem a resolução do conflito como central.
Foco no fato delituoso pretérito, já ocorrido.	Foco nas consequências futuras que o fato delituoso causa.
As necessidades das partes são vistas como secundárias.	As necessidades das partes envolvidas e da comunidade são primárias.
Enfatiza diferenças entre ofensor e vítima.	Procura pelo comum entre o ofensor, a vítima e a comunidade.
Imposição de dor considerada normativa.	Restauração e reparação consideradas normativas.
Foco voltado ao ofensor e no crime, a vítima ignorada.	As necessidades da vítima são centrais, contudo não se despreza o autor e a comunidade.
O Estado soberano como único responsável pela resposta à conduta delituosa.	Reconhecidos os papéis da vítima, do ofensor e da comunidade na resposta ao crime.

Fonte: Dados próprios.

Pallamolla¹⁵, ao citar a Zehr¹⁶, elenca as características do modelo punitivo e retributivo em contraposição ao modelo da justiça restaurativa:

- o foco da justiça criminal está na infração cometida e em seu autor, e não no dano causado à vítima, suas necessidades e direitos;
- analisa-se o ato (delito) como uma transgressão às leis da sociedade. O infrator cometeu um ato proibido, por ser danoso ou imoral, pela lei penal. Dessa forma, não é conferida importância às relações interpessoais que perpassam o delito, bem como é ignorado o aspecto conflituoso do crime;
- os danos são definidos em abstrato e não em concreto;
- o Estado passa a ser a vítima da ação e pode iniciá-la contra o infrator, bem como tem o poder exclusivo de prosseguir ou não com a ação e pode, muitas vezes, dar seguimento à ação mesmo quando a vítima não queira. Assim, Estado e infrator são as partes do processo, enquanto a verdadeira vítima é afastada e não entra em contato com o ofensor;
- terminada a ação e atribuída a culpa ao infrator, este é punido. A ele é imposta alguma perda ou sofrimento;
- esse processo estigmatiza aqueles considerados culpados, o que acarreta perda considerável de sua reputação moral, fato que lhe acompanhará, provavelmente, por toda vida, mesmo depois de ter “pago sua dívida com a sociedade”;
- em razão dos danos causados por essa resposta penal, são concedidas garantias processuais ao acusado para que se reduzam os riscos de injustiças;
- os acusados têm o direito de mentir em sua própria defesa.

15 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

16 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

É certo que o abolicionismo penal e o movimento em favor das vítimas inspiraram a formalização dos princípios da justiça restaurativa, mas não endossaram seus princípios nem participaram diretamente de seu advento. Porém, a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa tem contornos complexos ao se comparar aspectos de convergência contraditórios, como aponta Cláudia Cruz Santos¹⁷:

Um dos aspectos que torna mais complexa a reflexão sobre as origens da justiça restaurativa prende-se com o modo como nela convergem correntes criminológicas e orientações político criminais a um primeiro olhar contraditórias. Considerem-se a título de exemplo, as dificuldades inerentes à conciliação do abolicionismo penal com a vitimologia ou, no plano político criminal, a contradição entre uma reação ao crime que aposta na diversão processual através de mecanismos de consenso e, por outro lado, o endurecimento no sancionamento penal preconizado por alguns para enfrentar uma criminalidade que se diz progressivamente mais grave.

Na década de 80, houve o crescimento dos movimentos abolicionista e vitimológico, que também denunciavam as nefastas consequências do modelo de justiça criminal, enquanto o abolicionismo tem foco na rejeição do sistema de justiça penal tradicional como forma de resolução do conflito, por ser deletério para o ofensor e para a comunidade; a vitimologia preocupa-se com o imperativo da reparação dos danos causado a vítima do crime praticado, e chama a atenção para o seu afastamento da resolução dos conflitos e a consequente despreocupação do sistema penal clássico com suas necessidades e direitos. Nesse cenário (re) surge a ideia de práticas restaurativas aliadas a um modelo de justiça restaurativa. Muitos autores apontam a vitimologia e o abolicionismo penal como principais críticos do sistema de justiça criminal, porém, Leonardo Sica¹⁸ relativiza a importância dos movimentos em favor da vítima, apesar de, em alguns países e em muitos estudos, este ser considerado como principal fator de impulso à justiça restaurativa.

Sica faz essa relativização pelo fato de considerar que, em tais movimentos, existe uma tendência em potencializar os valores retributivos os quais se pretende neutralizar, mas se entende que a fase em que a vitimologia ficou mais centrada nas consequências que a infração resulta para a vítima foi o fator de maior inspiração, principalmente considerando-se que a reparação e o empoderamento dela são os objetos definitórios da justiça restaurativa. Ressalte-se, porém, que a vitimologia cuida do estudo das vítimas de crimes, e não cabe a esta estudar problemas relacionados a todas as formas possíveis de vitimização social; tem por medida e limite o problema do crime, não os problemas relacionados a todas as categorias possíveis de vítimas. Exacerbada ampliação no campo de pesquisa da vitimologia, significaria uma perda de densidade científica.

O Abolicionismo, como doutrina que revela uma face ilegítima do direito penal e a não justificação para a sustentação dos institutos vigentes, prega a extinção do direito penal e dos seus elementos de justificação, buscando uma humanização contrária à violência penal. As teorias abolicionistas foram as que criticaram a punição com mais ênfase, propondo reflexões que foram além da simples legitimidade do direito criminal e suas penas, questionando a própria necessidade de existência do paradigma de punir¹⁹.

As ideias abolicionistas, de maneira ampla, pretendem superar não somente a pena de prisão, mas as tradicionais formas punitivas. As críticas abolicionistas versam sobre o direito penal e a forma pela qual este trata os delitos. Primeiramente porque os delitos não teriam uma realidade ontológica, sendo apenas expressão de conflitos sociais, problemas, casualidades, etc. e, em segundo lugar, porque o direito penal não auxilia na resolução de tais problemas, pois não evita delitos e não ajuda o autor do delito e a vítima.

Duras críticas foram dirigidas ao abolicionismo, principalmente por deixar de participar da tentativa de reformar o Direito Penal, pugnando somente por sua extinção, afastando-se de outros setores que também criticam o sistema penal, mas que acreditam na impossibilidade e sua extinção. Entre os críticos, Pallamolla

17 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal*. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014. p. 40.

18 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal*. O Novo Modelo de Justiça Criminal e de Gestão do Crime. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

19 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

cita a Ferrajoli²⁰ que, apesar de ser um defensor do direito penal mínimo, acusa que a abolição do direito penal oficial é uma “utopia regressiva”, ao ter a ilusão de uma sociedade boa e de um Estado bom, pois se fosse abolido, reações públicas ou privadas arbitrárias se multiplicariam. Também faz referência à ideia de Galeano²¹ que defende que a existência da utopia tem justificativa na necessidade da humanidade em continuar caminhando e sonhando.

O problema do esquecimento da vítima do delito é um dos mais preocupantes pontos que levantam crítica sobre a legitimidade do direito criminal na atualidade. O Estado soberano avoca para si o poder de punir deixando a vítima e ou a comunidade fora da resolução do conflito, não considerando o dano causado à vítima, suas necessidades e direitos. Agindo assim, não se confere importância às relações interpessoais que vão além do delito, nem se leva em conta o aspecto conflituoso do crime, já que os danos são definidos em abstrato e não em concreto.

Ao se apropriar de forma exclusiva da resolução do delito, o Estado afasta a vítima e a comunidade, passando a ser vítima da ação podendo iniciá-la contra o infrator. Note-se que Guilherme Câmara²², ao sublinhar sobre a alteração do protagonista do *jus puniendi*, discorre sobre a dimensão dos interesses do Estado nessa mudança. Assim, a intervenção penal terá como interesse maior a intimidação, geral ou especial, não a satisfação das vítimas concretas. Direito Penal público dotado de sanções também públicas.

Aliás, no âmbito do processo penal, a vítima de crime é excluída quando da recepção do delito pelo sistema inquisitório, cujas principais características podem ser aqui esquematicamente elencadas: a função de julgar se especializa; o juiz já não é um árbitro nomeado pelas partes, agora é um técnico; a justiça penal perde seu caráter popular; o procedimento é escrito e secreto; o Estado procede de ofício surge, então, a figura do procurador do Rei, órgão rudimentar que dará origem ao Ministério Público²³.

Ainda segundo Câmara²⁴, o interesse pela vítima sobreveio em épocas mais recentes, notadamente após a Segunda Guerra Mundial, influenciado pela macrovitimização, resultante do holocausto judeu, e pelo aumento da criminalidade urbana. Há observações da comunidade científica, compromissadas com a figura da vítima, que, às vezes, chega até mesmo a incidir em unilateral vitimocentrismo.

Ressalta-se que, por outro lado, uma orientação para o delinquente, fundada no conceito de reabilitação, dominou a política criminal durante os anos sessenta e setenta. Apenas nos anos noventa, a vítima alcança alguma densidade no contexto político criminal. Nessa linha, vale salientar que um olhar mais vigoroso para a vítima não pressupõe um automático retorno a estágios primitivos de justiça penal, tal como a prevalência da vingança privada, nem em uma reprivatização do Direito Penal. Traduz-se, aliás, em benefícios para os protagonistas do conflito, mormente no sentido conciliatório, some-se a isso que a neutralização da vítima do conflito pelo processo criminal ocasiona outro sofrimento, ou vitimização secundária, que ocorre já na delegacia ou outros locais de atendimento, quando a vítima procura as autoridades policiais ou agentes de saúde para noticiar o fato típico, e se não são bem orientados, esses profissionais darão mais importância às informações acerca do ofensor e do fato, de que as próprias necessidades da vítima.

O paradigma punitivo sofreu evoluções no decorrer da história passando das penas severas e sem correção com o delito cometido; penas racionais focadas na reabilitação e na proporcionalidade entre o delito e a pena; e as penas alternativas ao encarceramento. Essas penas ditas como alternativas, em vez de substituir a pena de cárcere por outra alternativa acabaram por aumentar o espectro de atuação do controle formal,

20 Luigi Ferrajoli utiliza o termo de utopia regressiva para criticar a abolição do direito penal oficial, independentemente dos seus intentos libertatórios e humanitários, já que se projeta sobre a existência de ilusória de uma sociedade boa ou de um Estado bom.

21 Para Eduardo Galeano a utopia é necessária para que a comunidade continue sonhando, delirando ainda que tenha em vista o inatingível.

22 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

23 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 77.

24 CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

adicionando uma nova pena alternativa à antiga pena privativa de liberdade, sendo bastante criticada por não introduzir mudança significativa na racionalidade do sistema penal, uma vez que, como pontuou Howard Zehr²⁵, ambas penas (privativas de liberdade e alternativas) comungavam da mesma compreensão acerca do crime e da justiça, pois se apoiavam nos pressupostos de que a culpa deveria ser atribuída e a justiça estaria sempre comprometida em impor a aflição como resposta ao delito. Então já que o crime é definido por meio da violação da lei, ficou evidenciado que:

Nas últimas décadas, muito se falou sobre penas alternativas: incontáveis projetos, experiências e supostas inovações surgiram nesse campo. Curiosamente, as taxas gerais de encarceramento subiram vertiginosamente, contrastando com o discurso das alternativas e, mais do que tudo, indicando que algo está equivocado no enfoque ou na transposição prática de todo esse arcabouço de ideias para diminuir a utilização da pena de prisão.

Ao abordar sobre as penas e medidas alternativas, Leonardo Sica²⁶ relata que estas foram um verdadeiro fracasso, visto que as taxas gerais de encarceramento subiram de maneira vertiginosa, o que contrastava com o discurso das alternativas, isso porque não se preocupou em construir um discurso próprio e toda sua elaboração restringiu-se na crítica à prisão e na constatação das mazelas do cárcere, por outro lado, as alternativas eram pensadas, exclusivamente, dentro do paradigma punitivo retributivo.

4. A JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO UM NOVO MODELO DE RESPOSTA AO DELITO

Como resposta à falência do paradigma punitivo, Cláudia Cruz Santos²⁷ afirma que, a partir dos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Enquanto novo paradigma de resolução dos conflitos penais, a justiça restaurativa desenvolveu-se com base nos movimentos de diversão das sanções penais, como salienta Ilana Luz²⁸:

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

No modelo restaurativo afasta-se a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresenta solução mais pacificadora para a comunidade. As duas décadas de experiência e debates da justiça restaurativa não foram suficientes para definir o conceito e os objetivos desse modelo direcionado à conciliação e reconciliação entre as partes, à resolução do conflito, à reconstrução dos laços rompidos pelo delito, à prevenção da reincidência e à responsabilização.

Com conceito aberto e polissêmico, a justiça restaurativa se apresenta como um sistema de práticas utilizadas com o escopo de prevenir conflitos ou atenuar as consequências decorrentes dos conflitos interpersonais por meio da devolução do poder de solução do conflito à vítima, ao ofensor e à comunidade para que decidam, dialoguem e planejem a melhor forma de reparar os danos advindos do desencontro conflituoso.

Pallamolla²⁹ corrobora o caráter polissêmico do conceito de justiça restaurativa ao afirmar que buscar

25 ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

26 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 8.

27 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

28 LUZ, Ilana Martins. *A Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a racionalidade criminal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012. p. 102.

29 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

por um conceito unívoco e simples levaria a uma visão reducionista de uma proposta cuja riqueza está na diversidade e na flexibilidade, permitindo a sua melhor adaptação frente aos diferentes cenários sociais já que, diferentemente do paradigma punitivo focado no crime em si e na pessoa do autor, o foco da justiça restaurativa está nas consequências do crime e nas relações sociais afetadas. Esse novo paradigma de justiça penal baseado na mediação penal pode colaborar com a concretização do Estado democrático de direito previsto na norma parâmetro de 1988, mas, até o momento, parece latente diante dos vários fatores característicos do pensamento racionalista moderno, em que as prisões têm uma função e público-alvo pré-selecionados.

Crítico do discurso racionalista da legitimação do poder de punir e suas conseqüentes violações de garantias e direitos civis, Sica³⁰ propõe a adoção da justiça restaurativa como um paradigma criativo e inovador capaz de substituir a pena afletiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos. Para o autor o crime deve ser compreendido como um fato social normal que foi rotulado como tal, fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura. Para tanto, a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico nacional, com capacidade de servir à construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena.

Também com condão de reintroduzir a vítima no processo de resolução dos problemas derivados do crime, permitindo-lhe reapropriação do conflito afastando o direito penal do papel de vingador público, limitando o exercício de poder do sistema penal e substituí-lo por formas efetivas de solução de conflitos. E, por essa via, reforçar os laços e sentimentos de solidariedade social rompidos. Isto criaria um sistema de dupla entrada: mediação e punição, gerando outras possibilidades, para fora do círculo punitivo, como tentativa de quebrar o ciclo da violência. Além disso, e a justiça punitiva passaria a ser residual e aplicada nos casos mais graves, de extrema necessidade já que para alguns o principal papel da justiça penal é o de possibilitar a aplicação das sanções penais, conforme a ideologia de lei e ordem, e tão somente de forma residual caberia a justiça penal garantir os direitos fundamentais.

Por fim seguiria os princípios basilares de que o crime é, primariamente, um conflito entre indivíduos, resultando danos à vítima e/ou a comunidade e ao próprio autor. E somente secundariamente é uma transgressão à lei; o objetivo da justiça criminal deve ser reconciliar as pessoas e reparar os danos advindos do crime facilitando a participação ativa de vítimas, ofensores e comunidades.

O padrão restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, em busca por uma pacificação e ressignificação da relação social conflituosa que o originou, e assim almeja pela restauração de todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura ativa e amadurecida do infrator durante a utilização do instrumental da mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal, na medida em que devolve à vítima a relevância de sua participação na resposta ao dano sofrido, o que afasta possibilidade de uma vitimização secundária, e promove recuperação da paz social da comunidade envolvida.

Tendo a flexibilidade como base para ser operacionalizada, a justiça restaurativa deve seguir alguns contornos basilares para se ajustar a realidade das partes envolvidas e a cultura da comunidade que estas integram, sob pena de incorrer nos mesmos erros característicos do modelo de justiça retributiva, ou seja, obrigar as partes a se adequarem aos procedimentos formais, rígidos e previamente positivados pelo sistema tradicional de justiça. O caráter voluntariado das partes é condicionante no processo restaurativo. Entretanto, estas devem ser estimuladas à participação no evento conciliatório, em que as vantagens do modelo na busca do consenso dos efeitos causados pela infração devem ser cuidadosamente demonstradas. Entretanto, existem princípios básicos que podem servir para orientar a institucionalização da justiça restaurativa como

30 SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

cita Raffaella Pallamolla³¹:

Os Princípios Básicos encontram-se na Resolução 2002/12 do Conselho Social e Econômico da ONU e são referência internacional no âmbito da regulamentação da justiça restaurativa e suas práticas. Tais princípios visam orientar sua utilização em casos criminais e pretendem delinear aspectos relativos à sua definição, uso, operação e desenvolvimento contínuo dos programas e dos facilitadores, a fim de abordar limitações e finalidades dos processos e resultados restaurativos. Estes princípios não ambicionam indicar como os países devem proceder à institucionalização da justiça restaurativa, apenas apresentam um guia para os Estados que queiram implementá-la.

O modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo, eles devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações limite.

Cláudia Cruz Santos³² relata que, apesar da explosão da justiça restaurativa acontecer somente nos anos 90, antes disto já existiam valores, processos e práticas consideradas restaurativas. Assim, o modelo de justiça restaurativa, de inspiração teórica anglo-saxônica, eclode nos Estados Unidos na década de 90, e, em pouco tempo, é difundido pelo continente europeu com suas três principais concepções (encontro, reparação e transformação), que se diferenciam de acordo onde for enfatizado.

1ª a concepção do encontro {vítima, autor e outros interessados no caso devem ter a oportunidade de se encontrarem em um local não tão formal. Saindo da passividade e assumindo posições ativas nas discussões e na tomada de decisões sobre o que deve ser feito em relação ao delito}.

2ª a concepção da reparação {defende-se que o dano causado à vítima deve ser reparado: valorizando a vítima — ressignificar o conflito}.

Valorização do ofensor — que terá a oportunidade do arrependimento e de reparar a vítima.

3ª a concepção da transformação {transformar a maneira pela qual as pessoas compreendem a si mesmas e como se relacionam com os outros no dia a dia. Rejeita-se qualquer hierarquia entre os seres humanos (ou entre outros elementos do meio ambiente)}.

A justiça restaurativa, como forma de vida a ser adotada, prega o abandono do eu isolado para compreender a nós mesmos como intrinsecamente conectados e identificados com os outros seres e o mundo externo.

Algumas críticas surgem sobre a justiça restaurativa, no campo prático, são os seguintes questionamentos: o novo paradigma não seria mais um “canto da sereia” ou uma “utopia regressiva”? As decisões aplicadas de modo assistemático e com pouca planificação, dependente, ainda, da discricionariedade dos responsáveis pela administração da justiça; isto não limitaria a “clientela” alcançada pelos programas restauradores aos infratores contra a propriedade privada e primários? A justiça restaurativa, além de não servir como alternativa efetiva à prisão pode conduzir a uma expansão das redes de controle penal, violando garantias jurídicas? Sua atuação se concentra em infratores jovens, e em alguns casos particularmente seletivos, também sua efetividade para reduzir a reincidência é real?

No campo doutrinário, as críticas mais fortes referem-se ao fato de que esse paradigma representa um retrocesso, uma volta às formas primitivas de controle, possibilitando a autotutela e fomentando a vingança privada. Porém, essas críticas elaboradas pelos defensores do sistema penal tradicional surgem sempre de forma autorreferencial, ou seja, sugere o aperfeiçoamento do modelo punitivo encarcerador como solução aos problemas, ou seja, leis mais duras e a construção de mais presídios.

Em comparação com a justiça retributiva, podem-se enumerar alguns valores gerais que caracterizam a

31 PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009. p. 87.

32 SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal*. Porquê, para quê e como? Coimbra: Coimbra Editora, 2014.

justiça restaurativa: visão realista do crime como um ato que traumatiza a vítima causando danos; interesse na participação das pessoas e da comunidade envolvidas no delito, atribuindo-lhes responsabilidade na solução do crime considerando as diferenças e incentivando a tolerância numa dimensão de justiça social. Contudo, os valores obrigatórios não são estáticos, e vão sendo elaborados com base em análises empíricas que verificam como estão funcionando na prática. Entretanto, esses valores devem ser respeitados ou até mesmo impostos. Todos os processos da justiça restaurativa se encerram com um acordo que definirá como o infrator irá reparar o dano por ele causado.

Por fim, restou-se comprovada a potencial eficácia da justiça restaurativa como limitadora da exteriorização da ação penal governamental, ao afastar a possibilidade de condenação à pena de prisão por meio da reintegração do agente ofensor, invocação da satisfação das necessidades das vítimas, e ainda apresentar uma solução mais pacificadora para a comunidade promovendo a reconciliação entre as partes, a resolução do conflito, a reconstrução dos laços rompidos pelo delito, a prevenção da reincidência e a responsabilização, que surgem, às vezes, como disfunções do sistema criminal atualmente equivocado, e que carece de considerações para uma nova experiência de resposta ao delito.

5. CONSIDERAÇÕES PARA UMA NOVA EXPERIÊNCIA

O Direito Penal deve ser uma garantia para coexistência pacífica entre os membros da sociedade, entretanto, é dentro do sistema de justiça penal que se observam as maiores atrocidades e insurgências contra os princípios da liberdade e dignidade da pessoa humana.

O encarceramento em massa reflete tal violência, uma vez que, equivocadamente, passou a figurar como resposta justa e ideal de política criminal, entre os arranjos institucionais, por parte do Estado policial.

A crise que assola os presídios brasileiros surge como consequência do sistema penal retribucionista que potencializa a violência; da problemática situação atual que envolve o delito, na medida em que se oferece o mal àqueles que praticam o mal. Fato característico do paradigma de punir que atravessa uma crise de legitimidade diante da aporia da resposta afletiva e sancionatória ao delito, que não cumpriu as finalidades prometidas e afastou da resolução do conflito penal, a vítima do delito e a comunidade envolvida.

O paradigma punitivo é estruturado por uma racionalidade criminal moderna e está fundado nas normas positivadas de comportamento e de sanção, de forma que, na presença do delito, deverá haver sempre a aplicação de uma resposta punitiva. Essa racionalidade não admite a criação de qualquer outra resposta para o crime diferente da punição como castigo e da violência punitiva enquanto características principais da reação penal, apostando no sofrimento como dado essencial à justiça, e avolumando a própria violência que se diz combater.

O estabelecimento institucional para utilização dos meios consensuais de resolução de conflitos e da justiça restaurativa diminui a ocorrência dos crimes, uma vez que o crime nada mais é que um conflito, anteriormente escolhido para tal.

O crime pode ser evitado por meio da mediação quebrando a espiral do delito, pois, geralmente, é fruto de um pequeno conflito não resolvido e que ganha dimensões.

O direito penal, com fulcro no infrator e na culpa, esqueceu-se da vítima ao tratar apenas da proteção dos bens jurídicos, negligenciando o dano causado à vítima e a necessidade de reparação, gerando movimentos que pregam medidas alternativas e até mesmo a sua extinção, a exemplo do surgimento da vitimologia e do abolicionismo penal.

A prisão fabrica, indiretamente, delinquência, pois faz as famílias dos apenados caírem na miséria; o ró-

tulo de criminoso e a constante vigilância fazem com que egresso reincida na ação delituosa.

A partir dos anos 70 do século passado, surgiram referências à justiça restaurativa como modelo de resposta ao crime que seria diferente da justiça penal. Afasta-se a possibilidade de condenação à pena de prisão, afirmam-se as vantagens para reintegração do agente ofensor e invoca-se a satisfação das necessidades das vítimas. E ainda apresenta essa solução como mais pacificadora para a comunidade. Torna-se, então, necessário compreender o seu sentido e a forma como podem coexistir e relacionar-se com a justiça penal na reação ao crime.

O modelo restaurativo tem por objetivo conciliar os interesses de todas as partes envolvidas no conflito criminal, restaurando todas as relações abaladas, não se limitando à reparação dos danos causados à vítima e à comunidade, a partir de uma postura ativa e do infrator durante a mediação, o que redundará em vantagens para todos os envolvidos no episódio criminal.

O discurso de combate ao crime e/ou ao inimigo tem servido de alibi para fomentar a exclusão social e a constante violação dos direitos humanos de uma classe social pré-selecionada, seja por ação ou omissão do Estado. Muitos estudos se ocupam em analisar a pobreza inclusive tentando, de alguma maneira, vinculá-la ao cometimento de ilícitos penais por influência do paradigma da reação social, porém, sem buscar as estruturas e dinâmicas do problema, apontando para sua nascente reproduzida pelas elites econômicas, políticas e intelectuais de países periféricos e exemplo do Brasil. Por outro lado, a chamada legislação penal de emergência “representa a crise de hipertrofia do sistema penal, em grande parte causada pelo “pânico midiático” e pela opção política equivocada em fundamentar o sistema sobre tendências autoritárias, demagógicas e expansivas.

O paradigma restaurativo surge como um novo modelo eficaz, mais humanizado, retirando do Estado e devolvendo a vítima e a sociedade em geral o controle e a resolução do conflito delitivo, o que aproxima as partes realmente envolvidas e afetadas pelo delito, devolvendo-lhes a competência de resolução dos conflitos.

Conclui-se pela adoção da justiça restaurativa como política pública de segurança pública alternativa ao encarceramento, por ser um paradigma criativo e inovador capaz de substituir a pena aflictiva, como forma de resposta aos comportamentos desviantes definidos como delituosos, já que o crime deve ser compreendido como um fato social normal que fora rotulado como tal fruto de uma escolha política localizada no tempo e muitas vezes passível de releitura.

Para tanto a mediação surge como reação penal legítima e adaptável ao ordenamento jurídico nacional, com capacidade de servir para construção de um novo paradigma de justiça baseado em princípios restaurativos passíveis de ocupar o lugar da pena. Contudo, o modelo de justiça restaurativa não se apresenta como um substituto ao modelo punitivo. Ambos os modelos devem coexistir e se complementarem, já que se entende que não há condições de prescindir do direito punitivo como instrumento repressor em determinadas situações-limite.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poletti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.
- AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. *O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- BASTOS, Osvaldo Neto. *Crise do Estado e segurança nacional: nova geopolítica num contexto de terrorismo, crime organizado, democracia e liberdade*. Salvador: Dinamarca, 2011.

- CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: Orientado para a Vítima de Crime*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo. *Constituições do Brasil*. São Paulo: Atlas S.A, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução e revisão de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- LUZ, Ilana Martins. *A Justiça Restaurativa: a ascensão do intérprete e a racionalidade criminal*. 2012. 204 f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- MAIA, Clarissa Nunes et al. *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco, 2009.
- MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. *Meios Alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2004.
- MORAIS, José Luis Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e arbitragem*. alternativa à jurisdição. 2.ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- ROCHA, Lilian Rose Lemos; CARDOZO, José Eduardo. Precariedade do sistema penitenciário brasileiro como base temática para proibição ou legalização das drogas. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 714-730, dez. 2017.
- ROLIM, Marcos. *A síndrome da rainha vermelha*. policiamento e a segurança pública no século XXI. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.
- SANTOS, Cláudia Cruz. *A Justiça Restaurativa: um modelo de reação ao crime diferente da Justiça Penal. Porquê, para quê e como?* Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- SICA, Leonardo. *Direito penal de emergência e alternativas à prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- SICA, Leonardo. *Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- WARAT, Luís Alberto. *Surfando na pororoca: o ofício do mediador*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.