

UNIVERSIDADE FEDERAL DO TOCANTINS
Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos
Humanos

JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA PARA A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÓRBITA CRIMINAL

JACQUELINE OROFINO DA SILVA ZAGO DE OLIVEIRA

Palmas
2015

JACQUELINE OROFINO DA SILVA ZAGO DE OLIVEIRA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA PARA A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÓRBITA CRIMINAL**

Dissertação apresentada no Programa de Pós-Graduação em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre.

Orientador: Professor Doutor Tarsis Barreto Oliveira

Palmas
2015

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da Universidade Federal do Tocantins

- O48j Oliveira, Jacqueline Orofino da Silva Zago de .
 Justiça Restaurativa como alternativa para a solução de conflitos
 na órbita criminal. / Jacqueline Orofino da Silva Zago de Oliveira. –
 Palmas, TO, 2015.
 108 f.
- Dissertação (Mestrado Profissional) - Universidade Federal do
 Tocantins – Câmpus Universitário de Palmas - Curso de Pós-
 Graduação (Mestrado) em Prestação Jurisdicional em Direitos
 Humanos, 2015.
 Orientador: Tarsis Barreto Oliveira
1. Direitos Humanos. 2. Sistema Penal. 3. Justiça Restaurativa. 4.
 Solução de Conflitos. I. Título

CDD 342

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – A reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio deste documento é autorizado desde que citada a fonte. A violação dos direitos do autor (Lei nº 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.

Elaborado pelo sistema de geração automática de ficha catalográfica da UFT com os dados fornecidos pelo(a) autor(a).

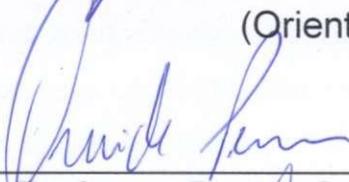
JACQUELINE OROFINO DA SILVA ZAGO DE OLIVEIRA

**JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO ALTERNATIVA PARA A
SOLUÇÃO DE CONFLITOS NA ÓRBITA CRIMINAL**

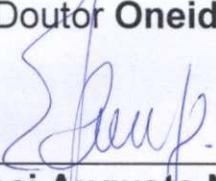
Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Prestação
Jurisdicional e Direitos Humanos da Universidade Federal do Tocantins, como
requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre.



Professor Doutor **Tarsis Barreto Oliveira - UFT**
(Orientador)



Professor Doutor **Oneide Perius - UFT**



Professora Doutora **Jaci Augusta Neves de Souza - ULBRA**
(Membro avaliador externo convidado)

Palmas, 15 de abril de 2015.

*Dedico esse trabalho
pela confiança depositada em mim.*

Dedico esse trabalho a minha família, pelo incentivo e pela confiança depositada em mim.

Agradecimentos

A Deus, pois sem ele nada seria possível.

Ao Professor Doutor **Tarsis Barreto Oliveira**, pela orientação na consecução deste trabalho, pelos valiosos ensinamentos e convicções humanistas.

Ao Professor Doutor **Oneide Perius** pelas lições filosóficas e pelas lições de vida, sobretudo por ter apresentado, durante o curso, um universo de descobertas, despertando o interesse de leitura e pesquisa em temas e autores anteriormente ignorados. Meus sinceros respeitos à Professora Mestra **Priscila Madruga Ribeiro Gonçalves** que aceitou abrir mão de parte de seu tempo a fim de conferir a mim a oportunidade de receber seus ensinamentos e valorosas sugestões, ao participar do exame de qualificação.

À Professora Doutora **Jaci Augusta Neves de Souza**, por aceitar a missão de fazer parte da minha história acadêmica.

A minha mãe **Maria Helia Orofino da Silva Zago de Oliveira**, por ter auxiliado a deixar essa versão em conformidade com as regras da Língua Portuguesa e, principalmente, por ter me dado o dom da vida.

Ao meu pai **Francisco Regis Zago de Oliveira** em razão de ter me criado demonstrando o valor do estudo de forma que se desenvolvesse em mim a curiosidade e o interesse pela pesquisa.

A meu irmão **Regis Orofino da Silva Zago de Oliveira**, parceiro de todas as horas e à **Maria Carolina Zangarine Barbosa**, pela hospitalidade com que sempre me recebeu em sua casa, durante as necessárias viagens a Palmas.

A todos os professores do curso de Mestrado em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos por abrirem mão de seu precioso tempo para compartilhar comigo seus conhecimentos.

RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar a falência do Direito penal tradicional, no que se refere às finalidades da pena de prisão, sobretudo no que diz respeito à reeducação do delinquente, o que vem acarretando como consequência o descrédito do sistema penal enquanto instrumento de solução de conflitos oriundos da criminalidade. A partir da análise histórica do Direito penal e das diferentes teorias da pena, busca-se evidenciar que, qualquer que seja a vertente adotada, o sistema penal atual não cumpre seu papel e, portanto, faz-se necessária a implementação de novas formas de solução dos conflitos penais. A pesquisa salientará a importância dos princípios constitucionais que devem nortear a aplicação da sanção penal, apontando que o Direito penal tradicional nem sempre atende ao que eles preconizam. Nesse cenário, a justiça restaurativa constitui uma forma democrática de resolução de conflitos, ao permitir que aqueles que nele estão diretamente envolvidos possam propor formas de solucioná-lo. Além disso, sua implantação permitirá desafogar o Poder Judiciário que deixará de ter como missão decidir casos penais de menor complexidade, podendo ocupar-se apenas dos casos mais graves. Pretende-se demonstrar a viabilidade de execução da justiça restaurativa no Estado do Tocantins, como forma de solucionar os conflitos penais referentes às infrações de menor potencial ofensivo e àquelas que admitem a suspensão condicional do processo.

Palavras-chave: pena. descrédito do sistema penal. justiça restaurativa.

RESÚMEN

El trabajo tiene la intención de demostrar la falibilidad del Derecho penal tradicional en relación a los fines de la prisión que resulta desacreditar el sistema penal como instrumento para resolver los conflictos derivados de la delincuencia. A partir del análisis histórico del Derecho penal y las diferentes teorías de la pena, se busca demostrar que, cualquiera que sea la posición adoptada, el actual sistema penal no cumple su papel y, por tanto, es necesario la implementación de nuevas formas de resolución de conflictos penales. La pesquisa enfatizará la importancia de los principios constitucionales que deben guiar la aplicación de las sanciones penales, señalando que el derecho penal tradicional no siempre responde a lo que ellos defienden. En este escenario, la justicia restaurativa es una forma democrática de resolución de conflictos, porque permite que aquellos que están directamente involucrados en él puedan proponer maneras de solucionarlo. Por otra parte, su aplicación permitirá el Poder Judicial deje de tener la tarea de decidir los casos penales de menor complejidad, y pueda participar sólo los casos más graves. Pretendese demostrar la viabilidad de la aplicación de la Justicia Restaurativa en el Estado de Tocantins, como una forma de resolver los conflictos relativos a infracciones penales de menor potencial ofensivo y los que admiten la suspensión condicional del procedimiento.

Palabras-clave: pena. descrédito del sistema penal. justicia restaurativa.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL.....	14
3 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA.....	43
4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS LIMITADORAS DO DIREITO DE PUNIR.....	53
5 A CRISE DO SISTEMA PENAL.....	66
5.1 A atuação compartimentada dos autores do sistema penal.....	70
5.2 Cifra negra da criminalidade.....	71
5.3 O mito ressocializador e a falência do sistema punitivo.....	73
5.4 O papel da mídia na criminalização de novas condutas.....	76
6 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS.....	80
6.1 Conceito, características e princípios.....	80
6.2 Viabilidade e vantagens da implementação da Justiça Restaurativa no Estado do Tocantins para as infrações de menor potencial ofensivo e para os crimes que admitem a suspensão condicional do processo.....	96
7 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	102
8 REFERÊNCIAS	105

1 INTRODUÇÃO

O caos que atualmente assola o sistema carcerário brasileiro demonstra que a imposição da pena de prisão nos moldes atuais não serve como proposta para diminuir a criminalidade, além de constituir violação aos Direitos Humanos e ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Para a melhor compreensão da realidade hodierna do sistema prisional é interessante retroceder para conhecer a evolução da pena durante a história.

Na Antiguidade a pena possuía traços de vingança privada. Aquele que sofria um mal causado por outrem o retribuía com a intenção de vingar-se, sem que houvesse qualquer preocupação em assegurar a proporcionalidade entre o mal sofrido e o mal causado.

Por essa razão, a Lei de Talião é tida como verdadeiro avanço por prever, ainda que de forma prematura, a proporcionalidade da pena a ser aplicada àquele que tivesse causado mal a outrem.

Após um período em que as partes envolvidas no conflito tentavam solucioná-lo diretamente, por meio da composição, o Estado avocou para si o direito de punir os delinquentes.

Na Idade Média, período eminentemente teocrático, o Direito penal sofreu profunda influência do Direito canônico. Nesse período havia confusão entre Estado e Igreja e pregava-se a ideia de que o soberano representava o poder de Deus na Terra. As penas eram aplicadas como forma de expiação (castigo) dos pecados praticados a fim de que o delinquente alcançasse a salvação de sua alma. O conceito de crime confundia-se com a ideia de pecado.

Com o Iluminismo e a ascensão da burguesia ao poder, os ideais antropocentristas não comungavam das justificativas apresentadas anteriormente para a imposição da sanção. A partir da Revolução Francesa e do surgimento da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão, a pena adquire viés humanitário e restringe-se a aplicação da pena de morte e das penas corporais. Nesse período, a racionalidade impõe a preocupação de conferir à pena uma finalidade: a de recuperar, tratar, ressocializar o apenado.

Atualmente, com fundamento no que dispõe o art. 59, *caput*, do Código Penal, pode-se afirmar que, no sistema penal brasileiro, a pena deve ter por finalidade a reprovação e a prevenção do crime, ou seja, ao mesmo tempo em que a pena tem o

intuito de punir o delinquente pelo mal causado, também deve impedir que ele volte a delinquir e intimidar os demais membros da sociedade para que também não o façam.

Todavia, na prática, verifica-se, sobretudo pelos casos de reincidência e pela manutenção dos índices de criminalidade, que a pena não tem atingido sua finalidade de prevenção geral e especial do crime, ou seja, não se presta a fazer com que o delinquente não volte a praticar novos crimes, tampouco desencoraja/desestimula os demais a praticarem delitos.

Mais gritante ainda é o espaço que separa a finalidade ressocializadora da pena preconizada na legislação e a realidade vivenciada no sistema carcerário atual que inviabiliza qualquer tentativa de recuperação do delinquente.

Mesmo diante desse cenário, continuam sendo criados novos tipos penais e constantemente são aumentadas as penas dos já existentes na legislação vigente como se essa fosse a solução encontrada para combater a criminalidade.

Não há preocupação em promover o debate e aprofundar as discussões para as causas da criminalidade, a fim de buscar formas eficazes de solucioná-las. Apenas se adotam medidas de caráter populista que atendem aos anseios da sociedade que, inflamada pela opinião divulgada pela mídia, cobra alternativas para solucionar o problema da criminalidade e garantir a segurança da sociedade.

A realidade é a de presídios superlotados, a cobrança da sociedade pela criação de novos tipos penais e pelo endurecimento da pena de prisão, propostas de redução da menoridade penal, como se essas fossem as formas de solucionar os problemas da criminalidade.

Os integrantes do sistema penal recusam-se a enxergar a crise que o assola e, por conseguinte, não procuram alternativas para solucioná-la.

A aplicação do Direito penal tradicional, na prática forense, permite verificar que, em muitos casos, ao término da audiência criminal, a vítima cujo papel fora reduzido ao de mera testemunha a quem compete pura e simplesmente relatar os fatos, não compreende o que de fato ocorreu, não concorda com o desfecho dado à lide penal. O ofensor, por sua vez, permanece alheio às consequências do ato praticado, não tem a oportunidade de esclarecer suas condições de vida e os fatos determinantes que antecederam a prática da infração ou de demonstrar qualquer espécie de sentimento em relação ao crime, suas consequências ou à vítima. Por

seu turno, a sociedade permanece alheia ao desenrolar do processo penal e ignora suas reais consequências.

Nesse contexto, ganha relevo a Justiça Restaurativa, enquanto mecanismo para a solução de conflitos penais que propõe por meio do diálogo entre ofensor, vítima e comunidade.

O mecanismo propõe-se a conferir maior importância à vítima e a sua vontade, além de evitar a revitimização, muito comum no processo tradicional, ao permitir que ela, juntamente com o ofensor, proponha a solução para o conflito. Além disso, torna o processo penal mais democrático ao permitir a participação direta da comunidade que dialoga com vítima e ofensor e com eles busca a melhor forma de restabelecer o equilíbrio social, recuperar a vítima e responsabilizar o ofensor.

Sua implementação permitiria que a aplicação da pena de prisão, enquanto a mais grave dentre as previstas na legislação nacional, restringisse-se aos crimes revestidos de maior gravidade, adotando-se outras medidas alternativas para os delitos menos graves, as quais seriam eficazes o bastante para que o conflito fosse considerado solucionado pela vítima, pela comunidade e pelo ofensor que estarão satisfeitos com a solução por eles adotada de forma conjunta e dialogada. Isso acarretaria o desafogamento do Poder Judiciário pois diminuiriam os números de processos de execução penal em trâmite, além de possibilitar a diminuição do número de detentos, minimizando o problema da superlotação carcerária.

Nesse estudo, após a análise histórica do surgimento dos Direitos Humanos e da pena de prisão e suas teorias, pretende-se demonstrar a crise de legitimação que atualmente atinge o sistema penal para, na sequência, analisar a justiça restaurativa, enquanto alternativa para resgatar a legitimidade do sistema penal.

Pretende-se demonstrar que no sistema penal tradicional, as instituições atuantes (polícias civil e militar, Ministério Público, Poder Judiciário) desempenham suas funções de forma compartimentada, num contexto em que qualquer participação da comunidade está fadada ao fracasso, cenário este que apenas agrava a atual crise do sistema.

Por outro lado, buscar-se-á apresentar a justiça restaurativa como alternativa para recuperar a legitimidade do sistema penal, suas características e princípios, evidenciando que não se propõe a extinção do Poder Judiciário ou do sistema tradicional, mas sim a sua complementariedade por meio de outra forma de aplicação da sanção, na qual o objetivo primordial é a restauração, (comunidade,

vítima, ofensor), alcançada por meio do diálogo em que é franqueada a participação de todos os envolvidos.

A investigação terá como ponto de partida o surgimento das sanções criminais e dos Direitos Humanos. Analisar-se-ão as sanções e seus fundamentos na Antiguidade, na Idade Média, e a situação na Idade Moderna, com destaque para a importância da Revolução Francesa e a ascensão da burguesia ao poder, cujos ideais foram decisivos para a seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito penal, de modo que até hoje se confere especial valor ao patrimônio em detrimento de outros bens jurídicos, o que reflete a visão e a necessidade burguesa.

Dar-se-á enfoque especial aos fundamentos e limites do direito de punir analisando os princípios do Estado Democrático de Direito inerentes ao Direito penal: legalidade, igualdade, acesso à Justiça, liberdade, conferindo destaque ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Na sequência, serão estudadas as teorias legitimadoras da pena, seguida da análise da crise do sistema penal e a impossibilidade de a pena atingir as finalidades a que se propõe, na forma como vem sendo aplicada atualmente. Nesse ponto será analisada a *cifra negra* da criminalidade, o papel da mídia na criminalização de novas condutas, a fraude do aspecto ressocializador da pena, a atuação das instituições envolvidas no sistema penal.

Na sequência, será apresentada a justiça restaurativa, seu conceito, características e princípios, analisando o papel de seus principais atores: vítima, ofendido e comunidade.

Na última parte do trabalho, pretende-se demonstrar a viabilidade da implementação da justiça restaurativa no Estado do Tocantins para solucionar as infrações de menor potencial ofensivo, bem como aquelas passíveis de suspensão condicional do processo, como forma de iniciar o desenvolvimento de uma nova mentalidade, substituindo a litigiosidade pela resolutividade dos conflitos.

Pretende-se demonstrar que para sua implementação, inicialmente será suficiente o treinamento de conciliadores e divulgação do projeto perante a sociedade civil para, posteriormente, passar a aplicá-lo de forma efetiva, firmando-se parcerias entre o Poder Judiciário e instituições beneficentes e filantrópicas, igrejas, associações, etc., para o funcionamento do projeto.

A alternativa apresentada, além de auxiliar no resgate da legitimidade do sistema penal, implicará o desafogamento do Poder Judiciário, pois serão conferidos

aos conciliadores poderes para conduzir o diálogo entre os envolvidos até a solução final do conflito, cabendo ao Juiz somente homologar o acordo obtido.

Ainda, a partir do momento em que o projeto estiver em pleno funcionamento será possível despertar na sociedade o anseio pela mudança do paradigma retributivo para o restaurativo, voltado ao diálogo, à valorização da vítima e à participação comunitária na solução dos conflitos penais.

Objetiva-se responder a indagação: é possível a implementação da justiça restaurativa no Estado do Tocantins, a ser aplicada às infrações de menor potencial ofensivo e aos crimes passíveis de suspensão condicional do processo, como alternativa para resgatar a legitimidade do sistema penal e como forma de assegurar a participação dos envolvidos na solução do conflito, atendendo ao que preconiza o princípio da dignidade da pessoa humana e os Direitos Humanos e, conseqüentemente, auxiliando o Poder Judiciário no desempenho de sua função?

Assim, por meio da pesquisa científica proposta, almeja-se demonstrar a possibilidade de melhorar o acesso à Justiça, sobretudo à Justiça Penal, fazendo com que aqueles que são diretamente envolvidos no conflito possam atuar ativamente na sua resolução, ao invés de apenas participarem de forma passiva do processo tradicional em que a eles é conferido caráter secundário, de meros coadjuvantes.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO PENAL

De acordo com as narrativas bíblicas, no livro do Gênesis, registra a imposição da primeira pena de que se tem conhecimento, a qual foi aplicada pelo próprio Deus a Adão e Eva em razão de ambos terem descumprido a determinação divina e provado do fruto da árvore proibida, por influência da serpente. Por isso, Deus amaldiçoou a serpente, colocou inimizade entre ela e a mulher, multiplicou as dores do parto desta última, determinou que o homem sofreria para retirar, da terra, seu sustento e os expulsou do paraíso.

Também no livro do Gênesis consta o registro do primeiro homicídio: Caim matou seu irmão Abel e recebeu sua sentença do próprio Deus que o condenou a viver vagando pela Terra.

Conforme hipóteses científicas a origem da pena está no momento em que os primatas foram compelidos a descer das árvores em busca de alimentos e, a partir de então, passaram a viver em grupos. A primeira reação do grupo a um ataque externo consistiria na primeira punição, consistente em um ato de defesa do grupo por um mal sofrido, similar, portanto, à ideia de vingança.

a história das penas é, sem dúvida, mais horrenda e infamante para a humanidade do que a própria história dos delitos: porque, enquanto o delito costuma ser uma violência ocasional e às vezes impulsiva e necessária, a violência imposta por meio da pena é sempre programada, consciente, organizada por muitos contra um. (FERRAJOLI *apud* GRECO, 2010, p. 462)

Segundo Aristóteles *apud* Greco (2010), o homem, devido a sua natureza gregária, passou a viver em sociedade e, nos grupos, tornou-se comum que um membro praticasse atos que contrariassem os interesses de outro membro do mesmo grupo, de modo que, a fim de viabilizar a convivência em sociedade, passou-se a prever a imposição de sanção como forma de punir aquele que praticasse atos que violassem interesses de outrem. A pena constituía, acima de tudo, uma forma de assegurar a manutenção da ordem das sociedades primitivas e era considerada consectário lógico do crime.

Como proclama o título da novela de Dostoievski Crime e Castigo são tão inseparáveis como amantes na noite. Sem seu antecessor, o delito, o uso da força estatal contra uma pessoa não seria mais que um ato brutal, sem sentido. E se não houvesse pena, não se poderia distinguir o delito de outras infrações menores. A pena nos permite entender o delito, e este permite entender a pena. (FLETHCER *apud* GRECO, 2010, p. 126)

A existência do homem primitivo foi cercada de mistérios e perigos reais ou imaginários para os quais não encontrava explicação racional, e por essa razão, buscava respostas sobrenaturais. Seu pensamento sustentava-se no simbolismo e não guardava qualquer relação com a causalidade.

Os grupos eram divididos em clãs, unidos por vínculos de sangue, ou seja, provenientes de uma descendência comum. Longe do grupo, o homem sentia-se desprotegido e frágil, sujeito às intempéries da natureza e aos perigos inimagináveis. O grupo conferia a ele proteção e, embora não houvesse um órgão que exercesse a autoridade sobre o grupo, as normas tinham vigência em razão do hábito e se tornavam obrigatórias devido ao temor à religião ou à magia.

Se um membro do clã fosse assassinado por outro de outra família, os sobreviventes do primeiro grupo tinham o dever de vingar a sua morte, assassinando um membro da outra e, assim, sucessivamente. Todavia, se o assassino fosse estrangeiro, ou seja, de fora do grupo, todos os clãs se uniam para vingar a morte do membro do grupo, satisfazendo o desejo de vingança coletiva. Se o assassino fosse da mesma família da vítima, era expulso do grupo, destituído de seus direitos e condenado ao desterro.

Diante da inexistência de um poder central capaz de controlá-la, a vingança perdurava indefinidamente, transformando-se em verdadeira guerra entre famílias o que enfraquecia o grupo e, conseqüentemente, prejudicava sua existência, pois se tornava fragilizado para enfrentar ataques externos.

Ainda assim, a vingança desregrada perdurou até a Antiguidade, quando o poder de punir foi centralizado. O controle da vingança tinha por objetivo assegurar a subsistência do grupo, colocada em cheque pela vingança descontrolada e interminável.

Nos dias de hoje,

embora o sistema judiciário almeje racionalizar toda a sede de vingança expressada pelo contexto social, a experiência verificada diante de casos concretos – em especial de crimes graves – demonstra que muitas vezes os indivíduos não se satisfazem com a expectativa de punição decorrente de um processo judicial (MARQUES, 2008, p. 13-14)

Além da vingança de sangue, as civilizações primitivas também eram punidas por violarem os totens e tabus. Nas tribos totêmicas, os membros de determinado

clã criam que seriam descendentes de um ancestral comum, um totem, animal considerado sagrado para seus membros (FREUD, 2013, p. 107)

O aspecto social do totemismo expressa-se, antes de tudo, num mandamento rigoroso e numa restrição enorme. Os membros de um clã são irmãos e irmãs, comprometidos a ajudar-se e proteger-se mutuamente. No caso de um membro do clã ser assassinado por alguém de fora, todo o clã do assassino é responsável pelo ato, e o clã da vítima é solidário na exigência de expiação pelo sangue derramado. Os laços do totem são mais fortes que os laços de família no nosso sentido; não coincidem com estes, pois a transmissão do totem se dá, via de regra, pela linhagem da mãe, e originalmente a linhagem do pai talvez nem fosse reconhecida (FREUD, 2013, p. 107)

Os tabus seriam proibições antiquíssimas, impostas uma vez a uma geração de homens primitivos, ou seja, neles inculcadas violentamente pela geração anterior. Tais proibições recaíram sobre atividades para as quais havia um forte pendor. Elas então foram mantidas de geração em geração, talvez simplesmente devido à tradição, levada pela autoridade dos pais e da sociedade. Mas talvez já tenham se “organizado”, dentro das organizações posteriores, como parte do patrimônio psíquico herdado. (FREUD, 2013, p. 26)

Conforme esclarecido pelo autor, a violação ao totem contaminava todo o clã e, por isso, o ofensor tinha que ser punido como forma de purificar o grupo. A violação ao tabu por um dos membros do grupo poderia ser considerada estímulo aos demais, razão pela qual o transgressor deveria ser punido para desestimular condutas semelhantes, pois *todo exemplo convida à imitação, e por isso tem de ser evitado* (FREUD, 2013, p. 27). Em ambos os casos, a punição, que poderia ser sobrenatural, era a forma de purificação do grupo, livrando-o da impureza. Não constituía meio para coibir novas transgressões.

Examinados esses aspectos de vingança no contexto primitivo, pode-se concluir que a demanda de vingança, porquanto inerente à natureza humana, permanece ao longo da história e não é afastada pelos fundamentos científicos das diversas finalidades atribuídas às penalidades, ou pelas soluções penais modernas. Não obstante tal conclusão, em uma concepção contemporânea da pena, procura-se afastar qualquer justificativa baseada na desforra ou represália, como se fossem incompatíveis com o atual estágio de desenvolvimento da humanidade. (MARQUES, 2008, p. 21)

Na Antiguidade, a imposição da pena foi gradativamente sendo transferida do particular para o poder central. Paulatinamente, a transgressão que consistia em ofensa à divindade, também passou a ser considerada ofensa à própria comunidade.

Em razão de serem eminentemente teocráticas, as civilizações antigas consideravam que o crime praticado ofendia a divindade e a pena era a forma de

amenizar a fúria dos deuses. A esse período pertence a figura do bode expiatório, adotada pelos judeus e poderia ser um animal ou uma mulher de vida devassa, que levava sobre si os pecados de toda a coletividade, como forma de expiá-los e depois era abandonado à própria sorte, recaindo sobre a mulher a proibição de retornar à cidade.

O sacerdote era considerado a autoridade que representava a vontade dos deuses e dele emanava do direito de punir.

O povo hebreu também confundia Direito e religião, conforme se verifica em várias passagens bíblicas, dentre elas aquela em que Deus dita para Moisés os dez mandamentos.

Tanto entre os judeus, como entre os egípcios, hebreus, romanos e gregos, Direito e religião eram indissociáveis e a pena continuava sendo a forma encontrada de refazer os laços com a divindade que teriam sido rompidos pela transgressão.

Permanecia a ideia de que a pena podia ser aplicada não só pelo lesado, mas também por seus familiares e demais membros do grupo em que aquele estava inserido, sem que houvesse qualquer preocupação em assegurar a proporcionalidade entre o mal sofrido e o mal causado.

As penas eram cruéis e infamantes. O corpo do delinquente pagava pelo mal por ele praticado sem que lhe fossem assegurados quaisquer tipos de direitos. Sua aplicação baseava-se em um processo sigiloso, de natureza inquisitiva, que utilizava a tortura como meio válido para obter a confissão do acusado. A prisão tinha natureza cautelar e, como tal, continuava sendo aplicada para assegurar que o delinquente aguardasse a imposição da pena principal.

Não havia a preocupação de assegurar a dignidade do homem. A sociedade da época se divertia acompanhando as execuções das penas e o sofrimento dos condenados. Excepcionalmente, a prisão assumia o caráter de pena principal, quando se destinava a punir inimigos do poder real ou a sacerdotes e religiosos e, nesses casos, podia ser temporária ou perpétua.

Nesse cenário, o Código de Hammurabi, instituído pelos babilônios no século XVIII a.C., na região da Mesopotâmia – que contemplava, dentre outros pontos, a Lei de Talião – adquire relevo especial pois, ainda que de forma prematura, previa a proporcionalidade da pena a ser aplicada, já que a ofensa não poderia ultrapassar o dano causado, deixando para trás a arbitrariedade absoluta na aplicação da sanção.

Embora estivesse nítida a influência da religiosidade no Direito penal, o Código de Hammurabi trouxe a segurança jurídica até então inexistente: nele as normas estavam claras, e não poderiam ser alteradas ao bel prazer do governante.

Também merece destaque a concepção aristotélica de que a pena deveria consistir na restauração da igualdade, quebrada pela prática do crime, trazendo, implícita a ideia da proporcionalidade.

A justiça penal se consubstancia no meio-termo entre o ganho auferido pelo agente e a perda suportada pela vítima. Como consequência do critério de proporcionalidade preconizado pelo filósofo, a perda suportada pelo ofendido deve ser correspondente à reparação por parte do culpado, como forma de reconduzir as coisas ao seu estado primitivo. (PINTO, Nathália Regina. O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre as medidas alternativas. (PINTO, Natália Regina, 2013)

A vingança privada somente foi substituída efetivamente pela pública cerca de duas ou três décadas antes de Cristo.

A partir do ano 476 a. C., com a queda do Império Romano do Ocidente, o Direito penal, por influência dos germanos, passou a aplicar os ordálios ou juízos de Deus que se caracterizavam por seu caráter supersticioso e cruel e por não admitirem o direito de defesa. Acreditava-se que o culpado que não obtivesse o auxílio divino para libertar-se das provas a que era submetido convenciam-se da própria culpa, por ter, ao praticar o crime, abandonado a Deus.

Também por influência germânica, praticava-se a composição pecuniária, substituindo-se a vingança privada pelo acordo. Nesse caso, os envolvidos elegiam um árbitro que fixava o valor do resgate a ser pago por uma das partes como forma de garantir a própria vida, afastando a incidência da vingança privada. Essa pode ser considerada a origem da reparação do dano.

Nessa mesma época, o Direito penal sofreu profunda influência do Direito canônico. Havia confusão entre Igreja e Estado e pregava-se a ideia de que o soberano representava o poder de Deus na Terra. As penas eram consideradas castigos, como forma de expiação pelos pecados praticados, a fim de que o delinquente alcançasse a salvação de sua alma. O conceito de crime confundia-se com a ideia de pecado e a aplicação das sanções era descentralizada e podia variar de um soberano para outro.

O Direito penal foi influenciado pelo direito germânico, romano e canônico. A ideologia cristã que considerava o homem imagem e semelhança de Deus afetou as práticas penais: a pena representava uma forma de expiação pelo pecado praticado a fim de garantir a salvação da alma para a vida eterna, podendo assumir o caráter espiritual (excomunhão, penitência) ou temporal. A prática dos ordálios se enfraqueceu e, ao mesmo tempo, as penas tornaram-se mais humanas; as igrejas constituíam asilos, chamados “Tréguas de Deus”, onde os transgressores permaneciam para se livrarem da tortura e da morte.

A igreja avocou para si o poder para julgar aqueles que praticassem infrações religiosas, colaborou para o enfraquecimento da vingança privada e o fortalecimento do poder central e adotou a privação de liberdade como forma de possibilitar ao condenado refletir sobre seus atos e se arrepender.

Nesse período havia a prisão-custódia, com caráter cautelar, destinada a privar o réu de liberdade como forma de assegurar que aguardaria pela aplicação da pena principal e havia a prisão eclesiástica, aplicada aos clérigos rebeldes para que pudessem refletir e meditar sempre que faltassem com os deveres de caridade e fraternidade da Igreja.

O politeísmo da antiguidade foi substituído pelo monoteísmo. O crime/pecado praticado ofendia a um único Deus, perante quem o transgressor deveria prestar contas.

A partir do século XIII, o Estado passou a utilizar a Inquisição para fins políticos.

Através da Inquisição, unem-se mais fortemente os dois Poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na ideia das “duas espadas”: a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da primeira. Tanto a Justiça comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas (BERNARDINO *apud* MARQUES, 2008, p. 51)

A influência exercida pela igreja no âmbito do Direito penal seguiu os preceitos filosóficos de Santo Agostinho e São Tomás de Aquino. Para o primeiro, a pena, em relação a sua intensidade, deveria ser proporcional ao mal causado pelo transgressor, além de ter caráter medicinal para o pecador, ou seja, curativo para sua alma; por meio dela o infrator era trazido para o bom caminho. Na esfera social,

a pena fortalecia a fé dos demais e os desencorajava à prática de novas infrações, restando evidenciada a finalidade de prevenção especial e geral da sanção.

Santo Tomás de Aquino preconizava que a pena deveria ter caráter retributivo e intimidatório. Por meio dela os demais membros da sociedade eram coagidos a praticar o bem, demonstrando a finalidade de prevenção geral negativa da sanção.

Ambos partilhavam a ideia de que a autoridade civil era instituída pelo poder divino, e as sanções impostas tinham a finalidade de expiação dos pecados, como maneira de conduzir os transgressores à vida eterna.

A visão canônica de que a pena constituiria, simultaneamente, a forma de o pecador se reconciliar com Deus e o castigo como expiação dos pecados exerceu influência sobre o Direito penal e sobre as teorias clássicas da pena.

De toda a Idade Média, caracterizada por um sistema punitivo desumano e ineficaz, só poderia destacar-se a influência penitencial canônica, que deixou como seqüela positiva o isolamento celular, o arrependimento e a correção do delinquente, assim como outras ideias voltadas à procura da reabilitação do recluso. Ainda que essas noções não tenham sido incorporadas ao direito secular, constituem um antecedente indiscutível da prisão moderna. (BITENCOURT, 2012, pag. 35)

Na Idade Moderna, destacam-se as ideias de renascentistas, consideradas avançadas para a época que precedeu o absolutismo, dentre elas, as de Maquiavel, em *O Príncipe*, de Thomas Hobbes, em *Leviatã*, de Thomas More, em *Utopia* e de Tommaso Campanella em *A cidade do Sol*.

Em *O Príncipe*, Maquiavel (apud MARQUES, 2008) defendeu que os castigos tinham caráter intimidatório e destinavam-se a manter o poder do soberano bem como a garantir a segurança da sociedade.

Thomas Hobbes (apud MARQUES, 2012) sustentava que o direito de impor sanções penais decorre do contrato social, pelo qual a vontade de todos submete-se à vontade de um escolhido para exercer o poder de forma absoluta. A pena era a maneira de assegurar a vida em sociedade e tinha como finalidade a correção, além de servir de exemplo aos demais, ou seja, tinha também natureza intimidatória. Em *Leviatã* negava a vingança como uma das finalidades da pena e prevê o princípio da presunção da inocência. As leis decorriam da vontade do soberano e sua violação era considerada afronta a este. Previa o princípio da legalidade, destacando que somente a violação à lei anteriormente estabelecida justificava a imposição de

sanção predeterminada. Sem lei anterior, a imposição de pena era considerada arbitrária. A pena deveria ser proporcional ao mal causado.

Thomas More (*apud* BITENCOURT, 2012) iniciou a concepção de pena com a finalidade de reeducar o transgressor e sugeriu que a prática de determinados crimes poderia ser evitada se fossem levantadas as suas causas, adotando-se soluções preventivas. A pena, por si só, era insuficiente para afastar o autor da sua prática. Trazia a ideia de aplicar ao apenado a pena de prestação de serviços à comunidade, nos casos de crimes praticados sem violência. Não tratou do princípio da legalidade; sustentou que após a prática do crime, a sanção a ser imposta seria determinada por um conselho. Para ele, a pena normalmente imposta era a de escravidão, pois supunha que o sofrimento poderia servir para a recuperação do criminoso.

Tommaso Campanella (*apud* MARQUES, 2012) em *A cidade do Sol* considerava que a melhor distribuição de renda seria suficiente para evitar os crimes contra o patrimônio. Sustentava que as leis deveriam estar afixadas em local onde pudessem se tornar públicas.

Durante a Renascença, o castigo defendido pelos mesmos autores como forma de intimidação ou como função medicinal, não chegou a alterar a concepção penal que serviu de alicerce para a Inquisição e para o próprio Direito medieval. Ao contrário, do ponto de vista prático, suas obras reforçaram a continuidade do sistema punitivo medieval, agravado ainda mais pelo absolutismo que iria instalar-se na Europa Ocidental (MARQUES, 2008, p. 71)

No período absolutista qualquer ofensa ao governo era considerada sacrilégio pois também atingiria a autoridade divina. Os monarcas eram considerados ministros de Deus e seu poder era absoluto. Não se submetiam a nenhuma outra autoridade, nem mesmo à lei.

Nessa época, os suplícios eram as penas aplicadas e não guardavam nenhuma relação de proporcionalidade com o crime praticado. Tinham por finalidade assegurar o poder do soberano, por meio do medo provocado na população que assistia ao sofrimento do culpado, ou seja, conferia-se especial relevo à finalidade de prevenção geral da pena que, além de representar o poder absoluto do monarca, também infundia medo na população.

Nos séculos XVI e XVII, o sistema feudal entrou em crise e a produção econômica que se baseava na agricultura passou a ser manufatureira e,

posteriormente, industrial. Os camponeses migraram para as cidades e, por serem em grande número e não terem aptidão para trabalhar nas fábricas, sua mão-de-obra não foi absorvida.

Passou a existir nas cidades grande número de pobres e mendigos, aumentando os índices de criminalidade. Como era grande o número de vagabundos e miseráveis, a pena de morte a ser utilizada para sua eliminação não era recomendável; não era possível dizimar grande número de pessoas, embora fosse necessário defender a sociedade desses perigos sociais.

A fim de satisfazer os interesses das minorias de se resguardar do fenômeno sociocriminal surgiram, no século XVI, instituições de correção consistentes em prisões organizadas para a correção dos apenados. Em Londres, por exemplo, o rei autorizou que o clero recolhesse os vagabundos e os autores de delitos menores no Castelo de Brindwell.

Essas instituições tinham como lema reabilitar o delinquente através do trabalho e da disciplina. Atingiam a finalidade de prevenção geral por desencorajar os demais a permanecerem na ociosidade, ao mesmo tempo em que pretendiam fazer com que o preso garantisse o próprio sustento com seu trabalho.

Similares aos *bridwells* eram as *workhouses* também implantadas na Inglaterra e as casas de correção que surgiram em Amsterdam. Essas instituições, que podem ser concebidas como o nascedouro da pena de prisão, somente eram usadas para o tratamento do pequeno delinquente. Para os autores de crimes mais graves permaneciam as penas corporais e a pena capital.

É demasiadamente simplista a visão de que as prisões surgiram com a finalidade de recuperar o delinquente, destacando seu caráter humanitário.

Dario Melossi e Massimo Pavarini (*apud* Bitencourt, 2012) descrevem as causas que levaram à transformação da prisão cautelar em prisão pena. Segundo a visão marxista dos autores, a pena tinha por objetivo controlar a força de trabalho a fim de que não houvesse desperdício de mão de obra que seria empregada de acordo com a conveniência. As casas de trabalho foram instituídas com o fim precípua de adestrar o trabalhador, torná-lo dócil e submisso e, devido a sua falta de conhecimento, impotente para insubordinar-se contra o sistema. Essa análise condiciona a natureza da prisão enquanto parte da superestrutura, às condições econômicas vigentes à época.

A prisão constituía instrumento de opressão e servia aos interesses da burguesia capitalista, afastando o risco de que os trabalhadores se revoltassem contra a homogeneidade burguesa. Sob a ótica dos autores, a origem das casas de correção não teve como finalidade atender aos ideais humanitários, tampouco recuperar o delinquente, mas sim subjugar o preso ao capitalismo, regime dominante à época. Estaria voltada para tornar possível a exploração dos transgressores, ou seja, mantinha-se a serviço da fábrica, como as demais instituições da época (escola, igreja, família, etc). Cumpriria a finalidade de prevenção geral ao convencer os não delinquentes a acatarem a supremacia da classe detentora dos bens de produção: a burguesia capitalista. A fim de evitar sua transferência para as casas e trabalho, os trabalhadores tornavam-se servís, submissos e obedientes, incapazes de refletir e questionar o sistema, aceitando passivamente as condições de trabalho que a eles eram impostas.

Na realidade, segundo Bitencourt (2012), há diversas causas que culminaram com o surgimento da prisão. Além de ser a maneira encontrada para dominar aqueles que, nos séculos XV, XVI e XVII, por serem extremamente pobres se dedicavam à mendicância ou à delinquência, também atendia à finalidade de absorver a mão de obra ociosa nos períodos de desemprego e torná-la acessível e barata nos períodos de altos salários.

É interessante apontar que a vinculação da prisão à necessidade de ordem econômica, que inclui a dominação da burguesia sobre o proletariado, dito em termos muito esquemáticos, faz surgir a tese de que é um mito pretender ressocializar o delinquente por meio da pena privativa de liberdade. (BITENCOURT, 2012, p. 51)

A legislação criminal vigente no século XVIII na Europa, por prever procedimentos cruéis, castigos corporais e penas capitais, criou condições propícias para o surgimento de ideias mais humanitárias, apoiadas no Iluminismo, que criticavam os excessos do sistema penal vigente e tiveram seu auge na Revolução Francesa.

Com o Iluminismo e a ascensão da burguesia ao poder, os ideais antropocentristas não comungavam das justificativas apresentadas anteriormente para a imposição da sanção. A partir da Revolução Francesa e da proclamação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, os direitos individuais passaram a ser considerados hierarquicamente superiores em relação aos demais. Em razão

disso, a pena adquiriu viés humanitário, restringiram-se as hipóteses de aplicação da pena de morte e dos castigos corporais que passaram a ser substituídos pela pena privativa de liberdade.

Conforme Rousseau (*apud* Bitencourt, 2012), a existência da sociedade passou a ser considerada mera ficção, decorrente de um contrato social, celebrado pelo fato de sua existência ser conveniente ao homem a sua existência. As teorias contratualistas consideravam o poder estatal limitado, pois havia sido conferido ao Estado pelos homens, por meio do contrato social. Havia, portanto, direitos inerentes ao homem, antes da celebração do pacto social, conforme defende o jusnaturalismo, os quais eram oponíveis ao próprio Estado, limitando seu poder.

Nesse período teve destaque a obra escrita no século XVIII por Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria – *Dos delitos e das penas* – publicada em 1764, a qual defendia os menos favorecidos, combatia a tortura e a pena de morte e pregava a necessidade de clareza dos textos legais como forma de evitar interpretações arbitrárias bem como a necessidade de a pena guardar proporção com o crime praticado.

Suas ideias refletiam o sentimento de um povo cansado de ser oprimido pelos governantes inescrupulosos, cruéis e corruptos, desprovidos de legitimidade para administrar a *res publicae* (GRECO, 2011, p. 154)

A partir da edição da obra do Marquês de Beccaria passou-se a defender com maior afinco a ideia de que o Estado não podia violar os direitos inatos ao homem, ou seja, aqueles que a ele são inerentes somente pelo fato de sê-lo, devendo esses direitos ser respeitados inclusive quando da imposição da pena. Não se abandonou a ideia de que o castigo (pena) era necessário para manter o pacto social; porém, sua aplicação não mais seria admissível se houvesse a aniquilação dos direitos inatos ao ser humano.

A obra defendia que a prevenção do crime era mais eficaz do que a imposição da pena como castigo, após a sua prática e que, quando necessária, a pena deveria ser prontamente aplicada.

Por ser adepto da teoria contratualista de Rousseau, o autor pregou que a pena deveria ser imposta àquele que, sendo livre, violava o pacto social, a fim de assegurar a subsistência da sociedade. Destacou o caráter utilitarista da pena que não deveria ter o intuito de vingança, mas somente servir de exemplo para impedir

que o réu cometesse novos delitos e para afastar dos demais o desejo de praticar infrações da mesma espécie, ou seja, vislumbra na pena a finalidade de prevenção geral e especial, cujo objetivo era atingido não pelo terror da pena imposta, mas sim por sua certeza e eficácia.

Conferiu especial importância ao princípio da legalidade do delito e da pena, segundo o qual somente a lei poderia fixar as penas aplicáveis e as hipóteses de aplicação constituindo, ao mesmo tempo, garantia da liberdade do cidadão e direito de punir do Estado.

Nessa época, iniciou-se uma transformação das convicções da época: os espetáculos que representavam a aplicação das penas corpóreas passaram a ser substituídos gradativamente pela prisão, condenando-se o preso ao esquecimento.

Se no período anterior a privação da liberdade era, em regra, adotada como medida cautelar, tendo como finalidade evitar a fuga do delinquente enquanto aguardava seu julgamento e a imposição da pena corporal que lhe seria aplicada, após a Revolução Francesa, com a passagem do Absolutismo para o Estado Constitucional, a privação da liberdade passou a ocupar o lugar de pena principal em substituição à pena de morte e aos castigos corporais. Conferiu-se especial valor à mão de obra do preso, explorando-a sob o argumento de que pelo trabalho ele seria recuperado. Não havia a preocupação com o lucro, mas somente com provocar cansaço e sofrimento.

A privação da liberdade, enquanto pena, é explicada pela teoria contratualista. Conforme Zaffaroni (2008), se na busca pela riqueza, o homem violasse o pacto social, através de ações ilícitas, deveria ser punido mediante a imposição de uma reparação, consistente em indenização pecuniária. Nos casos em que não dispusesse dos meios para arcar com o pagamento, o que ocorria com a maioria dos homens cujas condutas foram criminalizadas pelo contrato social, deveria perder algo de valor para o mercado: sua capacidade laborativa, o que se consubstanciava na perda de sua liberdade que, assim como as mercadorias e a moda, era passível de quantificação.

Todavia, na realidade, o apenado não tinha sua capacidade laborativa restringida pelo simples fato de que não a possuía, pois fazia parte do grupo que havia migrado do campo para a cidade e não tinha aptidão para trabalhar nas fábricas e manufaturas, em razão de ser acostumado ao trabalho agrícola.

Assim, a prisão foi o meio encontrado para controlar as massas que representavam perigo aos interesses daqueles que acumulavam riquezas, bem como constituía uma forma de institucionalização forçada, a fim de fazê-los se adaptarem a nova realidade.

Tornou-se necessário rever a estrutura das prisões, e iniciou-se a preocupação com a finalidade da pena: se continuaria sendo mera compensação pelo mal causado pelo criminoso ou se assumiria a finalidade de recuperá-lo para trazê-lo de volta ao convívio social.

Mesmo nos casos em que foi mantida a pena de morte, passou-se a ter a preocupação de que não causasse sua aplicação sofrimento excessivo ao criminoso.

Para a aplicação da pena, passou-se a exigir a existência de provas em desfavor do acusado, suficientes para ensejar a sua condenação. A predominância do pensamento jusnaturalista fez com que fossem reconhecidos ao homem direitos que a ele seriam inatos e que antecederiam o próprio surgimento do Estado. Esses direitos, segundo a corrente jusnaturalista, não foram conferidos ao homem pelo Estado e podem ser opostos a ele em casos de violação. Portanto, o Estado não podia mais tratar o homem como mero objeto sobre quem lançava sua cólera.

No período compreendido entre os séculos XVIII e XIX, além de transmudar-se de corporal em privativa de liberdade, a pena também deixou de ser mero castigo para assumir também a função corretiva.

Também merecem destaque as ideias de John Howard (*apud* Zaffaroni, 2008) a respeito da humanização das prisões. Ele foi o precursor na defesa da reforma do sistema penitenciário. Preocupava-se em fazer das prisões estabelecimentos adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade de modo que proporcionassem ao preso as condições mínimas de higiene, saúde e alimentação. Defendia o isolamento noturno, a separação dos presos por classes (provisórios/condenados/devedores, mulheres/homens; jovens/idosos) e que os estabelecimentos deveriam ser fiscalizados por magistrados.

Lutou – e obteve sucesso – pelo fim do direito de carceragem que consistia em uma espécie de aluguel que os presos pagavam aos donos das penitenciárias onde estavam e para que o pagamento dos carcereiros fosse feito pelo Estado.

Em que pese muitas de suas ideias não tenham sido efetivamente implementadas até os dias de hoje, é inegável sua contribuição para conferir caráter humanitário às prisões.

Na visão marxista, como o desenvolvimento econômico já havia atingido a Inglaterra, não haveria mais motivos para que a prisão cumprisse a finalidade econômica de produzir mão de obra submissa e adestrada, podendo assumir apenas o caráter de instrumento de intimidação e exercer somente a sua função punitiva

O inglês Jeremy Bentham (*apud* Zaffaroni, 2008) rechaçou a ideia de que existiria direito subjetivo natural inato ao homem e anterior ao Estado. Isso porque a existência de aludidos direitos era irrelevante para controlar a nobreza ao mesmo tempo em que inviabilizava o controle das massas. A partir desse pressuposto, agregou fundamentos importantes para justificar o controle social das massas, ao sustentar que a ação só deveria ser considerada delituosa e apenada quando isso fosse útil. A utilidade era aferível pelo grau de dor que a ação causaria aos demais, ou seja, em que proporção feriria a felicidade de outrem, sendo lícito ao Estado intervir somente quando produzisse maior felicidade. A imposição da pena, obviamente, enquanto mal, não produzia felicidade, sob o ponto de vista individual, mas a produziria sob o ponto de vista coletivo, poupando os demais membros da sociedade de sentirem dor, por meio da prevenção geral e especial. Ocorre que o conceito de felicidade é subjetivo e, à época, representava a felicidade dos setores capitalistas, o que permite afirmar que foram criminalizadas condutas que atentassem contra os interesses capitalistas predominantes naquele momento, inclusive aquelas que pudessem contribuir para o treinamento da massa para a linha de produção capitalista.

Conferia-se especial importância à finalidade de prevenção geral da pena no sentido de evitar que outrem viesse a praticar os mesmos fatos pelos quais o delinquente estava sendo punido e, para isso, era desnecessária a face vingativa da pena, embora aceitasse também a prevenção especial. Para atingir esse intento, a pena deveria ser cruel somente na aparência, pois não vislumbrava qualquer finalidade na dor e no sofrimento causados pela pena. Bentham rechaçava as penas infamantes sob o argumento de que retirariam da pena seu caráter ressocializador; atentava para a necessidade de assistência ao preso quando de sua liberação, defendendo que o sistema deveria proporcionar a ele condições e auxílio quando liberado, além de sustentar que as prisões enquanto ambientes insalubres com condições inadequadas de higiene e favorecedoras do ócio propiciavam o surgimento de uma subcultura carcerária. O ambiente se transformava em

verdadeira escola do crime, em que se ensinava a crueldade por meio do tédio, da vingança e da necessidade, com suas próprias leis induzindo aqueles que saíam dali, desonrados, perversos e sem hábito de trabalhar, à prática de novos crimes, pois se tornavam insensíveis às sanções e repudiavam a sociedade.

Criou o panóptico como modelo de estabelecimento prisional, descrito da seguinte forma

Segundo o plano que lhes proponho, deveria ser um edifício circular, ou melhor dizendo, dois edifícios encaixados um no outro. Os quartos dos presos formariam o edifício da circunferência com seis andares, e podemos imaginar esses quartos com umas pequenas celas abertas pela parte interna, porque uma grade de ferro bastante larga os deixa inteiramente à vista. Uma galeria em cada andar serve para comunicação e cada pequena cela tem uma porta que se abre para a galeria. Uma torre ocupa o centro, que é o lugar dos inspetores: mas a torre não está dividida em mais do que três andares, porque está disposta de forma que cada um domine plenamente dois andares de celas. A torre de inspeção esta bem rodeada de uma galeria coberta com uma gelosia transparente que permite ao inspetor registrar todas as celas sem ser visto. Com uma simples olhada vê um terço dos presos e movimentando-se em um pequeno espaço pode ver a todos em um minuto. Embora ausente a sensação da sua presença é tão eficaz como se estivesse presente... Todo o edifício é como uma colméia, cujas pequenas cavidades podem ser vistas todas de um ponto central. O inspetor invisível reina como um espírito. (BITENCOURT, 2014, p.88)

Defendeu que a prisão deveria proporcionar ao infrator condições inferiores àquelas que ele gozava quando em liberdade, sob pena de se tornar atrativa para os mais limitados e desafortunados, hipótese em que estaria destituída de sua finalidade de prevenção geral de desencorajar os demais à prática do crime.

O panóptico refletiria a ideologia do trabalho industrial como era praticado na época, com a vigilância ininterrupta dos trabalhadores, constituindo-se em instrumento de dominação, utilizado a favor da burguesia.

No século XIX, as escolas penais fundadas no pensamento filosófico-jurídico buscaram diferentes conceitos e explicações para a legitimidade do direito de punir, a natureza do crime e a finalidade da sanção. Não houve linearidade na evolução do pensamento preponderante para a formação da dogmática jurídico-penal. Isso porque seu desenvolvimento ocorreu atrelado às alterações sociais, culturais, políticas e econômicas sucedidas desde a Revolução Francesa e o Iluminismo até hoje.

Nesse século, o pensamento jurídico sofreu influência da corrente filosófica positivista que pretendia desenvolver o conhecimento por meio das ciências

experimentais e, baseado no método indutivo, analisava o homem sob o ponto de vista biológico, sob a influência de Darwin.

Em contrapartida, opondo-se ao positivismo, a Escola Clássica concebia o homem sob o ponto de vista filosófico. Defendia de forma ferrenha a dignidade humana e os direitos do homem, oponíveis ao Estado.

Cabe destacar que para Zaffaroni (2008) nunca existiu verdadeiramente uma escola clássica, tendo sido essa nomenclatura empregada por Ferri a todos aqueles que contrariassem suas ideias. O que ocorreu, na realidade, foi a contraposição entre a concepção biológica e a filosófica do homem.

Os clássicos dividiam-se entre os jusnaturalistas, cujo maior representante foi Hugo Grócio, os quais sustentavam a existência de um Direito natural, inerente ao homem, de caráter permanente e infinito, e os contratualistas que tiveram como maior representante Rousseau e sustentavam que a existência do Estado decorria de um acordo de vontades celebrado entre os homens que transferiam parcela de seus direitos ao Estado, em prol da ordem e da segurança, a quem competia assegurá-las. Os contratualistas partem do pressuposto de que todos os homens são livres para firmarem o contrato social e que o delinquente, ao quebrar o acordo que também por ele fora firmado, torna-se inimigo da sociedade e por isso deve suportar a sanção a ele imposta pela sociedade por meio do Estado, por ser essa a maneira de assegurar sua sobrevivência e, ao mesmo tempo, restabelecer o acordo quebrado. Por partir do pressuposto de que o transgressor era um ser anormal, que sofria de alguma patologia, defendiam que a pena deveria ter a finalidade de curá-lo, recuperá-lo para o convívio social. Para os jusnaturalistas, o Direito era fruto da razão e para os contratualistas decorria do acordo de vontades.

Na verdade, apesar da evolução liberal da Escola Clássica, a teoria do contrato social representou um marco ideológico adequado para a proteção da burguesia nascente, insistindo, acima de tudo, em recompensar a atividade proveitosa e castigar a prejudicial. Em outras palavras, não fez mais do que legitimar as formas modernas de tirania (BITENCOURT, 2014, p. 99)

Conforme Zaffaroni (2008), com a ascensão econômica dos capitalistas, a nobreza passou a transigir com eles constantemente e a teoria do contrato social não era mais interessante pois limitava o poder dos capitalistas que pretendiam manter o poder sobre a massa carente que deveria ser doutrinação para os trabalhos

nas fábricas, conformada com as péssimas condições de trabalho e com os baixos salários. Por isso, os capitalistas passaram a defender que a sociedade era algo natural e que o poder era exercido por aqueles que, submetidos ao processo de seleção natural, revelavam-se mais preparados.

Dentre os clássicos, destacou-se Francesco Carrara (*apud* Bitencourt, 2014) que sustentava ser o delito composto da força física e da força moral que, atualmente, equivalem aos elementos objetivo e subjetivo do tipo penal. Defensor do direito natural, afirmava ser dever do Estado assegurar o equilíbrio entre direitos e deveres e a pena teria por finalidade restabelecer a ordem social quebrada pelo crime. O delito era considerado ente jurídico, por atentar contra um direito.

Além dele, também representava a Escola Clássica Feuerbach (*apud* Bitencourt, 2014) que defendia a finalidade preventiva da pena. Autor da teoria da coação psicológica, afirmava que a ameaça da imposição da sanção tinha por finalidade garantir a segurança jurídica e sua imposição apenas confirmava a ameaça, conferindo-lhe caráter de seriedade. Sua teoria foi duramente criticada por Hegel.

Para Hegel o espírito humano desenvolvia-se em três estágios:

o subjetivo (tese), em que o homem alcança liberdade ao tomar consciência de si mesmo (autoconsciência); o objetivo (antítese) em que o homem, já livre, relaciona-se com outros homens livres; e o estágio do espírito absoluto (síntese) em que o espírito da humanidade eleva-se por sobre o mundo (HEGEL *apud* ZAFFARONI, 2008, p. 247)

Essa teoria veio ao encontro da ideologia capitalista da época pois permitia classificar os homens com base no grau de desenvolvimento do espírito humano e, assim, tratar de forma diferenciada aqueles que eram úteis à cadeia de produção e, mesmo quando passíveis de sofrer a imposição de uma pena, podiam se defender e a pena deveria ser proporcional, enquanto àqueles que eram inúteis ou indiferentes ao sistema de produção capitalista, poderiam ser impostas penas sem qualquer limitação. Sua teoria representa o organicismo do sistema penal.

Para combater a teoria hegeliana, surgiu a teoria do direito penal popular, defendida pelo que restava da nobreza, segundo a qual o direito surgia e deveria surgir, espontaneamente, de povo, cabendo ao Estado apenas fomentar esse surgimento.

Os clássicos foram responsáveis pelo estudo analítico do crime, analisando os elementos que o compõem.

À Escola Clássica opôs-se a Positiva ou Científica que surgiu na segunda metade do século XIX, época em que já estava ultrapassada a preocupação com o individualismo clássico e as atenções voltavam-se para a criminalidade em ascensão. Propôs a análise do crime não sob o aspecto jurídico, mas sob o aspecto sociológico ou antropológico do criminoso. O crime era considerado fenômeno natural e social e não jurídico. Priorizava a defesa da sociedade em relação à ação do delincente, por conferir maior importância ao social em relação ao individual. Consequentemente, colocava em primeiro plano a finalidade da pena de defender a sociedade da ação do transgressor, conferindo caráter secundário ao aspecto ressocializador da sanção, cuja imposição tomava por fundamento as condições pessoais do autor e não os aspectos do fato por ele praticado; defendia que o principal objeto de análise da ciência penal era o criminoso. Teve como principais expoentes Cesare Lombroso, Rafael Garofalo e Enrico Ferri.

Com fundamento na antropologia, Lombroso (*apud* Zaffaroni, 2008) defendeu a ideia do criminoso nato, com características peculiares, enfatizando o caráter antropológico do delito. Durante a evolução de sua teoria, passou a aceitar que o criminoso nato poderia não vir a delinquir se estivesse inserido num contexto social que o favorecesse.

Garofalo (*apud* Zaffaroni, 2008) contribuiu de forma decisiva para o reconhecimento da Criminologia como ciência. Em razão de sua descrença na recuperação do delincente, defendia a pena de morte como forma de eliminá-lo. Percebeu que as condutas criminalizadas são cambiantes, defendendo o relativismo valorativo. Sua obra *Criminologia* representa um manual de violação aos Direitos Humanos, sendo que suas ideias se aplicam com perfeição ao nazismo alemão, ao defender a criação de uma raça superior, por meio da eliminação dos que não se encaixassem nela.

Ferri enfatizou o caráter sociológico do delito e, embora priorizasse a finalidade da pena de recompor o meio social, tornou indiferente a verificação da imputabilidade ou não do delincente. Acreditava na recuperação dos delincentes, exceto dos habituais e, para a imposição da pena desconsiderava o livre-arbítrio e entendia ser ela aplicável pelo simples fato de ser o delincente membro do corpo

social. Para ele a pena deveria ser indeterminada, ajustável ao delinquente, viabilizando reajustá-lo ao convívio social e resgatá-lo.

Após o surgimento das Escolas Clássica e Positiva surgiram outras com o intuito de compartilhar as posições filosóficas adotadas pelas duas primeiras.

A *terza scuola* italiana considerava que a pena tinha por finalidade a defesa social embora não perdesse seu caráter retributivo e, sua imposição prescindia da análise do livre-arbítrio, fundamentando sua aplicação no determinismo psicológico que considerava imputável aquele que se deixasse levar pelos motivos.

A Escola Moderna alemã, representada por Von Liszt (*apud* Zaffaroni, 2008) pregava que o Direito Penal deveria ter uma utilidade, priorizando a finalidade de prevenção especial da pena. Considerava o delito um fato jurídico e, concomitantemente, um fenômeno humano e social. Para Liszt a função do Direito Penal era tutelar os direitos individuais, ao passo que os direitos sociais eram defendidos pela política criminal que, para combater o delito, deveria analisar suas causas.

A Escola Técnico-jurídica de Arturo Rocco enfatizou que o objeto de análise da ciência penal era o crime, enquanto fenômeno jurídico e, como reação ao método positivista, apresentou o método técnico-jurídico, distanciando-se da investigação filosófica.

Para a Escola Correcionalista o fim exclusivo da pena era a recuperação do delinquente, considerado um ser anormal que necessitava ser curado por meio da pena para que pudesse conviver em sociedade. Para Pedro García Dourado Montero, citado por Zaffaroni (2008) seu principal representante, o crime era criação política, ou seja, a sociedade elegia as condutas que seriam criminalizadas, ao passo que o homem estaria determinado a realizar ou não essas condutas e, caso o fizesse, deveria ser corrigido. O delinquente seria um ser necessitado e a imposição da sanção, seu direito subjetivo.

Da tensão entre os positivistas, que defendiam a concepção biológica do homem e os organicistas, que defendiam a formação humana sob a concepção filosófica surgiu a corrente do positivismo jurídico cuja pretensão era analisar de forma isolada os conhecimentos jurídico e social. Seu foco de estudo era a lei. Como representante do positivismo jurídico destaca-se Karl Binding (*apud* Zaffaroni, 2008) que sustentava que o fato deveria ser o pressuposto para a aplicação da pena que deveria ser proporcional a ele. Para ele, da lei penal extrai-se o conteúdo da norma

que é violada quando ocorre a prática de um crime, hipótese em que seu autor age conforme a lei, mas contraria a norma, cujo mandamento é extraído da lei.

No final do século XIX, em resposta ao positivismo, surgiu o neokantismo que, enquanto superação do positivismo, valorizava o dever ser, enquanto aquele valorizava o ser. Difere da visão kantiana das coisas no seguinte aspecto: enquanto para esta as coisas em si existiam, embora fossem inacessíveis, para aquele elas sequer existiriam, o que revelava o caráter eminentemente idealista dessa corrente.

Segundo a visão neokantiana da escola de Baden, baseada na crítica da razão prática, os valores que interfeririam na realidade para ordená-la, pois seria um verdadeiro caos; o Direito penal interfere e recria a realidade. Sob esse prisma, o conhecimento penal é visto como uma ciência de cultura que por suas próprias regras dá origem aos seus objetos, e essa perspectiva é conveniente para a defesa do caráter retributivo do Direito penal.

Através do método do neokantismo o processo de conhecimento das categorias sistemáticas deixou de estar vinculado a uma compreensão *a priori* da realidade, e passou a estar diretamente condicionado pelas circunstâncias históricas, sociais e culturais de cada sociedade. (BITENCOURT, 2014, p. 117)

Isso tornou viável a inserção do elemento subjetivo no tipo penal e a valoração da relação de causalidade, mas, por outro lado, impediu que se atingissem resultados estáveis, por não oferecer conteúdo normativo preciso que conferisse segurança jurídica na aplicação do Direito penal.

Esse cenário favoreceu o surgimento do finalismo de Welzel (1930-1960) (*apud* Zaffaroni, 2008) que difere do positivismo por não aceitar que o direito positivo seja objeto fundamental da dogmática penal, e do neokantismo por afastar-se do seu relativismo valorativo e da subjetividade metodológica por ele proposta. Parte da premissa de que o objeto essencial da dogmática jurídica penal são as estruturas lógico-objetivas e não subjetivas, significando que não é o homem quem estabelece a ordem real das coisas, pois nela ele está inserido. A conduta humana precede a valoração jurídica da mesma e o caráter valorativo do fato não está nele contido, mas sim naquilo que a ele é atribuído pelos homens. A ação humana é considerada uma estrutura lógico-objetiva dirigida pela finalidade humana.

Para Gustav Radbruch (*apud* Zaffaroni, 2008), numa uma visão positivista, a conduta era criada pelo Direito; o juiz deveria aplicar a lei com fidelidade, mesmo

que de forma contrária a sua convicção e ao seu sentimento de Justiça para garantir segurança aos indivíduos. Segundo Zaffaroni (2008), em seus últimos dias de vida, o autor refluíu do positivismo jurídico por entender que deixava os juristas e a sociedade frágeis ante as leis abusivas.

A crise econômica que atingiu Estados Unidos e Europa no final do século XIX dizimou todas as camadas sociais e fez com que o modelo de sociedade no qual os melhores, naturalmente selecionados, dominavam aqueles que eram considerados inferiores, se revelasse ultrapassado.

No início do século XX, em Viena, surgiu uma nova corrente filosófica denominada Círculo de Viena. Seus representantes, encabeçados por Moritz Schlik, defendiam ser ciência apenas aquilo que tivesse método similar à física, de modo que tudo o que não fosse passível de comprovação não era um problema, mas um falso problema, a ser solucionado pela metafísica. Para essa corrente, a ciência criminal e jurídica como um todo reduz-se à sociologia.

A partir da falência do modelo organicista da sociedade que defendia que as células sãs expulsam as enfermas, Durkheim (*apud* Zaffaroni, 2008) desenvolveu a visão macrossociológica do delito, afirmando que o crime é algo intrínseco à sociedade.

O delito já não é um corpo estranho, nocivo à sociedade, mas que cumpre uma função positiva em nível macrossociológico, ou seja, estaria integrado 'fisiologicamente' à sociedade, seria um elemento 'funcional' da mesma. (ZAFFARONI, 2008, p. 269).

Sob esse enfoque, como o transgressor não era o causador do estrago social, mas um dos responsáveis por fortalecer a noção de coletividade e a união da sociedade, Durkheim destacava a finalidade de prevenção geral da pena, como forma de manter a unidade social.

Conforme Zaffaroni (2008), no início do século XX, devido à influência de fatores socioeconômicos diversos, verificados na Europa, nos Estados Unidos e nos países de regimes totalitários, a análise do crime também foi se diversificando. Surgiram teorias contraditórias para tentar solucionar o fenômeno da criminalidade de acordo com as necessidades do desenvolvimento econômico verificado em cada localidade.

Nos Estados Unidos surgiram as teorias sociológicas da unidade cultural, que partem do pressuposto de que a sociedade seria composta de uma unidade cultural,

responsável por determinar os padrões de conduta individuais. Há duas versões mais conhecidas dessa teoria. A teoria da explicação funcionalista da criminalidade, cuja divulgação é atribuída a Robert Merton, sustentava que a criminalidade decorreria da grande distância existente entre os objetivos que os indivíduos são incentivados a desejar e atingir e os meios colocados a sua disposição para tanto. Nas hipóteses em que os meios colocados à disposição dos membros da sociedade para atingir os fins a que são encorajados a almejar mostravam-se insuficientes, os membros para alcançar o que desejavam, poderiam vir a utilizar-se de meios ilícitos; a prática do crime consistia no meio de que dispõe a massa para alcançar os fins a que é fomentada a desejar.

A outra vertente dessa teoria é a das subculturas criminais ou videntas, cujos maiores representantes são A. Cohen e Cloward-Ohlin. Defendia que o crime seria produto de uma subcultura que se separa da cultura geral predominante e dela se dissocia.

A teoria da unidade cultural, em qualquer de suas vertentes, é criticada por sustentar que essa unidade determinaria os valores dominantes e com base neles subjugaria os grupos que não os aceitassem. Ainda, a aceitação dessa teoria conduziria à ideia de considerar como doentio qualquer comportamento que se desviasse do padrão cultural dominante, sendo que, na realidade, a unidade cultural era mera aparência.

atualmente está suficientemente demonstrado que a aparente unidade cultural não é mais que uma sensação provocada pelos meios de comunicação de massa, que pretendem controlar a conduta em relação ao consumo (...). Todo afastamento dos valores impostos pelas pautas de produção e consumo seria um “desvio”, uma “conduta desviada”, seja porque apela a canais não institucionalizados como legítimos para alcançar seus objetivos (Merton), ou porque aparta-se parcialmente dos objetivos (subcultura). (ZAFFARONI, 2008, p. 274-275)

A teoria da Desorganização social da Escola de Chicago (1920-1940), defendia que a ordem social, a estabilidade e a integração contribuía com o controle social e com a observância às leis, ao passo que a desordem e a má integração proporcionariam o surgimento do crime e da delinquência. Para essa corrente, quanto menor fosse o grau de integração e o sentimento de solidariedade entre os integrantes da sociedade, maior seria o índice de criminalidade.

Em oposição à teoria a unidade cultural e suas vertentes, surgiram as teorias pluralistas da sociedade que a consideravam a existência de um conjunto de grupos com culturas diversas e normas conflitantes. Segundo a teoria da associação diferencial, defendida por Sutherland, a conduta do indivíduo era determinada pela do grupo a que ele pertencia, de modo que o grupo assume papel de destaque ao predeterminar a conduta de seus integrantes. Outra corrente é a da criminologia tributária do interacionismo sociológico, segundo a qual o criminoso era aquele definido como tal por aqueles que detinham o poder para fazê-lo (teoria do etiquetamento ou *labeling approach*). Ou seja, a definição do criminoso decorre da interação entre ele e os que podem defini-lo como tal. E, conforme ensina Baratta (2011), a pergunta, que antes era formulada como “quem é o criminoso”, passa a ser “quem é definido como criminoso”.

A partir da análise isolada das causas do delito, os países de economia centralizada que as imputam ao sistema capitalista, propõem como solução para o problema da criminalidade a implementação do socialismo, ao passo que os países da Europa Ocidental verificaram que, mesmo com a adoção do Estado do bem-estar, que assegura a todos o mínimo de previdência social e permite sua incorporação ao sistema de produção industrial por meio da adaptação a certas regras de conduta, o delito persiste, passando a sugerir que sua subsistência deve-se a causas individuais e, a partir disso, passou-se a adotar a ideia da pena como tratamento (prevenção individual) para aqueles que, por circunstâncias individuais, tornaram-se delinquentes, necessitando de terapia. A teoria da pena como terapia fracassou em razão de seu alto custo e por ser considerada perigosa para os Direitos Humanos, o que não seria aceito nessas sociedades por afrontar o pluralismo necessário para a sociedade de consumo.

O neodefensionismo social ou nova defesa social iniciou-se em 1945 com Filippo Gramatura que, revoltado pela aplicação do direito penal fascista que o rodeava, propôs a eliminação do direito penal e do sistema penitenciário vigente com a preocupação de humanizar as instituições penais e garantir a recuperação social do delincente. Os objetivos do neodefensionismo social poderiam ser assim resumidos: vislumbrar na pena, além do seu caráter retributivo, a maneira de proteger a sociedade, ela deveria ter também a finalidade de reeducar o delincente, a quem a justiça penal deveria conferir tratamento humanitário.

Evandro Lins e Silva define com precisão o movimento nos seguintes termos:

O movimento Defesa Social (...) tem uma concepção crítica do fenômeno criminal e o acompanha e estuda nas suas transformações, nas suas causas, nos seus efeitos, entendendo-o como resultado de uma diátese social, que deve ser curada racionalmente, através do homem. Ele tem uma posição reformista quanto à atividade punitiva do Estado, que há de ser exercida de modo não dogmático, mas dentro de uma visão abrangente dos conhecimentos humanos. O movimento repudia o álgido tecnicismo jurídico e, por isso, entende que a lei não é a única fonte do direito, mormente na sua aplicação. (SILVA *apud* GOMES NETO, 2000, p. 41)

Zaffaroni (2008) ensina que devido ao fato de a acumulação de capital produtivo não ter ocorrido de forma concomitante e no mesmo ritmo em todos os países, para assegurar e viabilizar que os países em atraso atingissem o patamar de acúmulo dos mais adiantados, algumas nações criaram estruturas totalitárias de poder a fim de impor a disciplina e aniquilar as dissidências que pudessem vir a prejudicar ou atrasar o acúmulo de riquezas. O Direito penal teve papel fundamental para manter a ordem e a disciplina, sendo aplicado de forma autoritária como contra-ataque ao Direito penal garantidor, chamado atualmente de Direitos Humanos.

O citado autor apresenta dois significados distintos para a expressão direito penal liberal. Um deles refere-se ao Direito Penal do Estado Democrático de Direito que tem como características mais importantes limitar o poder a que todos estão submetidos, racionalizar a seleção dos bens jurídicos penalmente tutelados e prever as soluções aplicáveis.

Direito penal liberal também pode ser sinônimo de Direito penal do Estado que busca reduzir ao mínimo a ingerência estatal em todos os setores da sociedade, com o argumento de que, se forem entregues à própria sorte, recompor-se-ão naturalmente. Essa forma de Estado surge em decorrência da necessidade burguesa de assegurar o domínio sobre a economia. Nesse contexto, o homem só tem valor mercantil e suas garantias são asseguradas apenas de forma aparente e intangível, de modo que somente podem ser usufruídas pelos detentores do poder. Estes, se necessário para vencer eventuais confrontos, proíbem e restringem ainda mais os direitos dos dominados e, para tanto, o Direito penal assume caráter autoritário pois visa apenas assegurar a manutenção do poder e a ordem conveniente a um determinado grupo econômico. Essa forma de Estado desagua no Estado Autoritário, negando o Estado de Direito e restringindo os direitos dos menos favorecidos a fim de impedi-los de ameaçar o poder burguês.

Nesse contexto foi editado o Código Penal Italiano de 1930, de Alfredo Rocco. Com a missão de salvaguardar os interesses do Estado totalitarista, criminalizava quaisquer condutas que atentassem contra ele, tratando de forma rígida os crimes políticos que eram definidos de forma subjetiva e julgados por uma jurisdição especial, o Tribunal Especial para a Defesa do Estado. O Direito penal fascista fundava-se no idealismo neo-hegeliano e no positivismo, pretendia fazer do sistema legislativo semelhante ao romano e buscava apoiar o totalitarismo estatal. Este, por sua vez, visava ultrapassar as barreiras do subdesenvolvimento em razão do qual grande parcela da população havia emigrado, dificultando o fortalecimento da unidade política e sua relação com as regiões mais pobres. Por ser a Itália um país com etnias diversas, o Código Penal Italiano não tinha caráter racista como tinha o pensamento penal nacional-socialista.

Este último tinha como meta principal defender a pureza da raça ariana, considerada superior, daquelas consideradas inferiores, sobretudo judeus, ciganos e negros. Por esse motivo, a pena não tinha qualquer finalidade retributiva ou preventiva, pois visava apenas exterminar aqueles que praticassem quaisquer atos atentatórios à pureza da raça ariana. Assim como na Itália fascista, na Alemanha nazista os crimes políticos eram julgados por um Tribunal Especial, o Tribunal do Povo.

O pensamento nacional-socialista chegou ao extremo de acabar com o princípio da legalidade e autorizar a aplicação da analogia para tipificar condutas criminosas.

A antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), com base nas ideias de Marx, pretendia eliminar todos os valores que não os da classe operária e, embora usasse a terminologia de Marx, na realidade fundou-se uma verdadeira ditadura com sistema penal tão arbitrário quanto o nazista. Pretendia-se com o Código de 1922, defender o Estado de camponeses e trabalhadores até que fosse implantado o comunismo.

Os tipos penais podiam ser construídos de forma analógica e eram divididos entre os que atentavam contra o Estado e os que atacavam as pessoas, sendo os primeiros considerados mais graves. A fim de conferir maior velocidade à industrialização, conforme almejado por Stalin, o Direito Penal passou a destruir tudo o que pudesse obstruir esse objetivo.

Após o XX Congresso do Partido Comunista Soviético iniciou-se uma nova etapa na legislação russa, atenuando-se as penas. Passou-se a adotar o princípio leninista da combinação da coerção com a persuasão, segundo o qual a pena não pode ser aplicada se fosse obtida a persuasão do réu. Todavia, nos casos em que ele se mostrasse insubordinado e não cedesse à persuasão, seria eliminado em razão de não se admitir o prolongamento da pena privativa de liberdade quando destituída da finalidade reeducadora. O direito Penal Soviético manteve-se atrelado ao positivismo aplicando seus conceitos e com viés político.

Diante dos abusos e arbitrariedades desse período, a Igreja Católica assumiu papel relevante ao insurgir-se mundialmente contra eles. Paulo VI, no X Congresso Internacional de Direito Penal em 1969, declarou que compete ao penalista

a salvaguarda dos sagrados direitos da pessoa humana, dos direitos do homem segundo a expressão consagrada, que vós assegurais para a proteção da ordem pública. E vossa responsabilidade é dupla, como também delicada e grave com relação a um e outro de seus componentes: assegurar os direitos do culpável como os do inocente. O delinquente, e com mais razão, aquele que se presume delinquente conservam sempre uma dignidade e direitos que é necessário garantir de forma absoluta contra a arbitrariedade. Mais ainda, o juízo e a pena devem tender também à reeducação do delinquente e à reintegração do culpável à sociedade, com sua inteira dignidade humana. (*apud* ZAFFARONI, 2008, p. 297)

Na realidade atual, torna-se nítida a crise que enfrenta o Estado do bem-estar diante da impossibilidade de manter os níveis de produção e de consumo alcançáveis apenas por uma parcela da população enquanto o restante sequer consegue obter o mínimo para sobreviver.

Diante deste panorama, é natural que o controle social institucional punitivo, nos países centrais, incline-se para o idealismo. É uma forma de elaborar um discurso “fechado”, que pode ajudar a controlar o crescente temor de suas populações frente à diminuição das possibilidades de consumo, à ameaça de destruição física e às propostas de formas de vida alternativas para a sociedade de consumo. (ZAFFARONI, 2008, p. 299)

A ideologia penal passa a se fundamentar mais na teoria que na prática.

A Escola de Frankfurt, representada por Herbert Marcuse, defende a necessidade de se observar a sociedade de fora para buscar formas de atingir uma sociedade sem opressão, defendendo que para isso seria necessário atravessar um período de ditadura das ideias, e a mudança necessária para livrar a sociedade da opressão partiria daqueles destituídos de castas e não do proletariado. Para

Zaffaroni (2008), a teoria é bastante confusa, mas teve como mérito relacionar o científico e o político além de influenciar Roxin, que pretendia criar o sistema dogmático do delito a partir da política criminal.

Enquanto na década de 60 difundiu-se na Europa o anarquismo penal que preconizava a existência de uma lei superior à humana que vigeria com o fim do Estado, na década seguinte, fortaleceu-se a direita penal que justifica a pena na necessidade de manter a ordem social, observa apenas os índices de criminalidade, sem analisar suas causas, dentre elas as condições de vida do delinquente, e julga natural que o sistema penal seja seletivo e aplique penas mais severas àqueles que estão em condições de inferioridade, por considerá-los mais propensos a violar a lei. Na realidade a teoria constitui uma reformulação do retribucionismo penal.

Na Europa surgiu uma nova teoria chamada de política criminal verde que, no plano filosófico, valoriza as mensagens de todas as religiões e, no aspecto penal, foi elaborada por Louk Hulsman que defende o abolicionismo penal. Para Zaffaroni (2008), caso fosse adotada essa teoria e abolido o Direito penal, seria necessário o uso de outra forma de controle social, a fim de manter a estrutura de poder, podendo ser algo que violasse a dignidade da pessoa humana.

Enquanto surgem essas teorias na Europa, na América Latina ainda vigora o retribucionismo penal que peca, sobretudo, por se afastar da realidade, uma vez que não é possível considerar justa a retribuição na sociedade injusta em que quase metade da população está à margem do sistema de produção e a renda está mal distribuída, concentrada nas mãos da minoria. Tais fatores não são considerados pelo retribucionismo penal.

O que se verifica na América Latina é que o Direito penal, valendo-se do social-darwinismo do surgimento da criminologia, desenvolvido por Lombroso, Garofalo e Ferri, aplica seus conceitos para servir como instrumento de exclusão dos pobres de forma indiscriminada.

Isso ocorre porque, segundo Bauman (1999) o pobre deixou de ser considerado reserva de mão de obra e passou a ser visto como ser sem destino que, por isso, deve ser excluído, anulado e despojado de qualquer forma de poder.

Conforme Batista (2011), a questão criminal e a administração do perigosismo social passaram a ser alvo de intensa disputa a partir da criação e autodominação das corporações no século XVIII. É por isso que o discurso jurídico-penal se adapta ao discurso biológico, quando o social darwinismo passa a ser o discurso

hegemônico. O discurso criminológico está sempre no marco histórico do poder mundial, seja na revolução mercantil, seja na revolução industrial e depois na tecnológica exercida por meio da globalização.

Ainda, na América Latina, o Direito penal da segurança nacional em que esta é considerada o único bem jurídico a ser tutelado, dá lugar a ideologia da segurança urbana em que o medo enquanto reação à desestabilização do Estado do bem-estar e a diminuição do espaço político para discutir soluções para os conflitos sociais, proporcionam a transferência do poder para as polícias.

O que se pode verificar é que o Direito penal, ao longo da história, serviu a interesses diversos daqueles esperados da ciência que deveria ter por finalidade recuperar o infrator ou evitar que ele e os demais membros do corpo social praticassem novos delitos que viessem a atentar contra a ordem social.

Para atingir seu intento, o sistema penal contou com o apoio da religiosidade e, posteriormente da Igreja Católica: inculca o medo nos indivíduos por meio da imposição de penas corporais e infamantes, mantendo estreita relação entre crime e pecado. Dessa forma, garantia a manutenção do poder da Igreja, forte aliada dos detentores do poder civil e econômico.

Essa distorção do Direito penal não se alterou com a Revolução Francesa que por meio da racionalidade pretendia, supostamente, conferir caráter mais humanitário às penas. Verificou-se que, na prática, o Direito penal continuou servindo aos interesses da classe dominante, no caso, a burguesia que ascendeu ao poder.

Durante todo o período de construção do Direito penal não houve a preocupação em levantar as causas que levavam os indivíduos a praticar infrações penais e tentar solucioná-las para, dessa forma, diminuir os índices de criminalidade. Até porque é mais fácil, mais barato e menos trabalhoso tentar desencorajá-los desse tipo de conduta por meio da ameaça de sanções, da previsão de penas cada vez maiores e da criminalização de um número cada vez maior de condutas.

Conclui-se que o sistema penal esteve a serviço daqueles que detiveram o poder – sobretudo econômico – criminalizando condutas que pudessem subvertê-lo, caso fossem praticadas por indivíduos insatisfeitos com sua situação social de submissão. Na realidade a criminalização de condutas tinha como intuito controlar as massas, evitando que viessem a praticar atos que ameaçassem os interesses daqueles que concentravam as riquezas em suas mãos.

3 TEORIAS LEGITIMADORAS DA PENA

A partir do instante em que é praticada uma infração penal, surge para o Estado o direito de punir o autor de sua prática, partindo do pressuposto de que seja ele culpável.

A pena consiste na resposta que a sociedade organizada aplica àquele que transgride uma das normas que definem os bens juridicamente tutelados pelo Direito penal, praticando as condutas atentatórias a aludidos bens, consideradas criminosas.

Com a evolução da sociedade, a pena deixa de lado os aspectos extrajurídicos e passa a ser uma instituição de Direito de que dispõe o Estado para regular a vida em sociedade, mantendo a ordem e a segurança jurídica.

Pena é a espécie de sanção penal consistente na privação ou restrição de determinados bens jurídicos do condenado, aplicada pelo Estado em decorrência do cometimento de uma infração penal, com as finalidades de castigar seu responsável, readaptá-lo ao convívio em comunidade e, mediante a intimidação endereçada à sociedade, evitar a prática de novos crimes ou contravenções penais. (MASSON, 2010, p. 522)

As teorias da pena referem-se à finalidade atribuída à pena, diretamente relacionada com a legitimidade do Direito penal.

Para a teoria absoluta, a pena consiste na retribuição do Estado aplicável ao delinquente em razão do mal por ele causado: a prática da infração penal. Essa teoria não tem qualquer preocupação com a ressocialização do delinquente, considerando a pena uma espécie de vingança estatal, aplicável àquele que violou as normas penais vigentes com o intuito somente de castigá-lo, o que seria bastante para restabelecer a ordem jurídica e social lesada pela prática da infração. Segundo essa teoria, a finalidade da pena está desvinculada do seu efeito social.

Conforme Greco (2010), o senso comum que predomina no seio social, se satisfaz com essa forma de expiação feita pelo delinquente.

Segundo as teorias relativas, a pena não constitui um fim em si mesmo, e sua aplicação deve visar atingir fins ulteriores. A finalidade da pena não é a de castigar o delinquente, mas a de evitar a prática de novos delitos, dando ênfase à finalidade da pena de proteger a sociedade.

A corrente da prevenção geral negativa, ou prevenção por intimidação, representada por Feuerbach *apud* Greco (2010) que desenvolveu a teoria da coação psicológica, sustenta que a pena deve ser uma ameaça com capacidade de

constituir-se em verdadeira coação psicológica capaz de afastar do delito os possíveis delinquentes. Essa corrente preconiza desestimular a prática de novos delitos pelos membros da sociedade por meio da gravidade e certeza da imposição da sanção ao delinquente, uma vez que dessa forma os demais delinquentes em potencial sentir-se-iam desestimulados à prática do delito.

Conforme ensina Masson (2010), essa teoria atualmente é representada pelo direito penal do terror em que ao condenado é imposta a pena mais rigorosa possível para que ele sirva de exemplo aos demais membros da sociedade coagindo-os por meio da gravidade e da certeza de imposição da sanção.

A prevenção geral positiva ou integradora, por sua vez, tem por objetivo evidenciar a vigência da lei penal e, com isso, demonstrar a impossibilidade de existir uma lei especial que autorize a prática do delito, em contraposição à lei geral que o proíbe. Para tanto, busca inculcar na consciência coletiva o dever de respeitar determinados valores como forma de fazer valer o Direito e assim promover a integração social.

Assim, o aspecto positivo consiste em reafirmar a existência e a vigência do ordenamento jurídico, ratificando sua inviolabilidade e, com isso, reforçando a confiança da sociedade em sua existência.

Zaffaroni (2008) critica a teoria da prevenção geral ao sustentar que por meio dela torna-se muito tênue a distinção entre a prevenção geral e a vingança. Isso porque aquele que observa o ordenamento jurídico e presencia o seu desrespeito pelo delinquente tende a almejar a vingança em razão da privação por ele experimentada a que não se submeteu o infrator. Sob essa ótica, a prevenção geral atua com base nos mecanismos da multidão anônima que não podem ser aceitos no Estado Democrático de Direito, pois é inconcebível que o Direito Penal seja usado como instrumento de vingança e de dominação da multidão anônima, incitando a irracionalidade vingativa como forma de atingir o controle social.

Há também o risco de que o grupo dos mais privilegiados da sociedade queira transformar o Direito penal em mecanismo para controlar os menos favorecidos, hipótese em que a prevenção geral seria sempre uma ameaça utilizada para conter os mais humildes que também são os mais fragilizados diante da seletividade do sistema penal. Eventualmente, a pena poderá atingir de fato a finalidade da prevenção geral, mas não deve ser aceito o fato de o legislador amparar-se nesse efeito incerto e eventual como se ele fosse o único ou o principal objetivo da pena.

O erro de todos os autoritarismos é precisamente querer valer-se deste fenômeno, tomando a prevenção geral como efeito principal da pena, em um Estado que não seja de terror, não pode ser mais que um efeito tangencial da prevenção penal, que nunca pode ser buscado nem tomado em consideração por um legislador racional. (ZAFFARONI, 2008, p. 96)

Segundo Winfried Hassemer

A intimidação como forma de prevenção atenta contra a dignidade humana, na medida em que ela converte uma pessoa em instrumento de intimidação de outras e, além do mais, os efeitos dela esperados são altamente duvidosos, porque sua verificação real escora-se necessariamente em categorias empíricas bastante imprecisas, tais como:

- o inequívoco conhecimento por parte de todos os cidadãos das penas cominadas e das condenações (pois do contrário o Direito Penal não atingiria o alvo que ele se propõe) e
- a motivação dos cidadãos obedientes à lei a assim se comportarem precisamente em decorrência da cominação e aplicação da pena (pois do contrário o Direito Penal como instrumento de prevenção seria supérfluo) (HASSEMER *apud* GRECO, 2010, P. 34)

A par da prevenção geral, a pena também deve ser capaz de promover a prevenção especial negativa, consistente em evitar que o delinquente venha a praticar nova infração, neutralizando-o por meio da sua segregação na prisão, uma vez que sua retirada do seio da sociedade impedirá que torne a delinquir. A pena pode, ainda, promover a prevenção especial positiva que se volta para a recuperação social do infrator, ou seja, a pena deve viabilizar que após o seu cumprimento, o delinquente retorne ao convívio social pronto para dali em diante observar e respeitar o ordenamento jurídico vigente. A legitimidade da pena está vinculada a possibilidade de ressocializar o delinquente.

(...) antes de ser socializadora, a execução da pena de prisão deve ser não dessocializadora (...): por um lado, não deve amputar o recluso dos direitos que sua qualidade de cidadão lhe assegura; por outro lado deve-se reduzir ao mínimo a marginalização de fato que a reclusão implica e os efeitos criminógenos que lhe são associados. (MASSON, 2010, p. 524)

Segundo Bitencourt (2014), a prevenção especial visa somente o delinquente, preconizando que a pena deve ser capaz de evitar que ele volte a transgredir o ordenamento jurídico penal.

A teoria mista, unificadora ou eclética busca conciliar as duas anteriores e, para tanto, defende que a pena deve, ao mesmo tempo, constituir uma retribuição

pelo mal causado por meio da prática do delito e a forma de prevenir que novas infrações venham a ser praticadas, preparando o delinquente para o retorno ao convívio social.

O *caput* do art. 59 do Código Penal Brasileiro dispõe:

Fixação da pena

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: [\(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984\)](#)

Sua redação evidencia ter sido esta a teoria adotada pelo legislador brasileiro, o que, conforme Masson (2010), também pode ser verificado por meio da análise do instituto do perdão judicial, previsto nos artigos 121, § 5º e 129, § 8º, do Código Penal e de dispositivos da Lei de Execução Penal. Enquanto no primeiro caso evidencia-se o caráter retributivo da pena, ao prever que o agente poderá ser agraciado com o perdão judicial nos casos em que as conseqüências do delito tenham sido bastante para castigá-lo, na Lei de execução penal sobressai o caráter ressocializador da sanção, sendo que, em vários dispositivos, o legislador preocupou-se em conferir ao delinquente condições para que retorne ao convívio social, após o término da pena.

Para Zaffaroni (2008), a prevenção especial penal não pode ser alcançada por meio de penas que causem constrangimento físico, bem como não pode tratar o delinquente como ser inferior a fim de evitar a interferência excessiva sobre sua pessoa. Para atingir o objetivo ressocializador, a pena na prevenção especial, não deve ser rígida, mas flexível, a fim de que possa amoldar-se a situações diferentes de conflito. Nos casos em que a seletividade do sistema penal tenha tornado o homem demasiadamente vulnerável, a função da pena, enquanto mecanismo de ressocialização, deve ser a de torná-lo menos vulnerável frente ao sistema penal.

Hassemer faz as seguintes indagações acerca da finalidade da ressocialização:

o que realmente se quer atingir com o fim apontado: uma vida exterior conforme o Direito (ou só conforme o Direito Penal?); uma 'conversão' também interna, uma 'cura', um consentimento (?) com as normas sociais/jurídicas/penais (?) de nossa sociedade? A resposta ainda está

pendente. Sem uma determinação clara e vinculante, nenhum programa de recuperação, a rigor, se justifica (HASSEMER *apud* GRECO, 2010, p. 469)

Ocorre que a ressocialização é, na realidade, um problema político-social do Estado, pois enquanto as prisões continuarem sendo somente escolas do crime e não oferecerem soluções reais para os efeitos da estigmatização, solucionando também os problemas de carência de instalação e capacitação de pessoal, será impossível acreditar na ressocialização do delinquente, tornando-se inútil, por exemplo, ensinar a ele uma profissão, pois ao ser liberado não conseguirá se inserir no mercado de trabalho. Há problemas sociais que dependem da vontade política do Estado e que necessitam ser solucionados a fim de tornar viável qualquer tentativa de ressocializar o delinquente, de modo que o primeiro passo para que seja possível atingir essa finalidade da pena é buscar a solução para esses problemas.

Para Zaffaroni (2008), nas hipóteses nas quais o delinquente, em razão da seletividade do sistema, encontre-se em posição de inferioridade, corre-se o risco de que o sistema penal constitua mera ficção, quando, na realidade, deveria possibilitar ao infrator conscientizar-se de que está servindo de exemplo para o sistema penal, a fim de demonstrar aos demais membros do corpo social a forma como não devem agir, para que seja atingida a finalidade da prevenção especial da pena. Essa finalidade somente pode ser considerada efetivamente atingida, em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, nas hipóteses em que o delinquente tenha conhecimento de que está sendo usado como exemplo para os demais membros do corpo social e, em razão disso, altere sua conduta.

Podem contribuir com a tomada de consciência pelo delinquente de seu papel programas de assistência social, de instrução, a adoção de práticas de trabalho, a organização da vida familiar, a terapia, não enquanto tratamento médico, adotado de forma institucionalizada, mas como instrumento para viabilizar que o infrator passe a saber que serviu como exemplo adotado pelo sistema para desestimular os demais à prática delitiva.

Nos casos em que se obtém a mudança comportamental do delinquente, sem que ele tome consciência de seu papel de exemplo para o corpo social, a fim de desestimular eventuais delinquentes à prática de novos delitos, a pena imposta seria lesiva ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Caso se considerasse como finalidade da pena apenas a de impedir que o delinquente reincidisse, seu montante deveria ser determinado conforme seu grau

de periculosidade (do delincente), o que na realidade não deve ocorrer porque a função da prevenção especial da pena deve, sobretudo, almejar a segurança jurídica (atingida por meio do combate à reincidência), devendo esta servir como parâmetro para determinar a medida da pena.

Nesse caso, os demais membros do corpo social sentir-se-iam desencorajados a delinquir, ao passo que se for adotado como parâmetro para a medida da pena a periculosidade do agente, podendo-se atingir penas perpétuas, ou temporariamente indeterminadas, corre-se o risco de o restante da sociedade considerar a pena imposta excessiva e injusta e, colocando-se no lugar do infrator, sentir-se motivada a desprezar a comunidade jurídica, a fim de livrar-se de tais situações, consideradas aberrantes.

Portanto, a prevenção especial deve ser objetivada e buscada, mas para atingi-la deve-se adotar como parâmetro para a imposição da sanção o sentimento de segurança jurídica inculcado na sociedade por meio de sua aplicação.

Na visão de Zaffaroni (2008) está claro que a função de prevenção especial da pena está longe de ser atingida com o sistema penal existente. Porém a viabilidade de tornar o homem consciente de ter sido elevado à condição de exemplo para os demais membros do corpo social e o intuito de proporcionar segurança jurídica, deveriam ser os objetivos jurídicos almejados com a imposição da sanção.

Não basta a retribuição pura e simples, pois nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social. (MASSON, 2010, p. 529)

Conforme ensina Bitencourt (2014) para a criminologia crítica, não será possível atingir a reinclusão do delincente no seio da sociedade capitalista porque a origem da prisão está relacionada com as necessidades desse sistema (capitalista), consistindo em uma forma de perpetuar as desigualdades e guardando estreita relação com as fábricas. Em última análise, consiste no meio para garantir a permanência do sistema capitalista, sem qualquer preocupação em proporcionar a ressocialização do infrator.

No contexto do sistema capitalista, é ilusório atribuir à pena a finalidade de ressocializar o delinquente, uma vez que a marginalização e a estigmatização por ele experimentadas quando de seu cumprimento, colocam-no cada vez mais à margem do sistema, na condição de excluído. A prisão, na realidade, é mero instrumento capitalista usado para assegurar a permanência das desigualdades sociais e a exclusão das classes mais baixas, impedindo-as de serem integradas socialmente e servindo para manter a verticalidade social.

Dessa forma, é inviável cogitar-se da função ressocializadora da pena. Na verdade, tal função só serve para camuflar sua verdadeira finalidade de constituir-se em meio de preservação do sistema capitalista, através do controle das classes mais baixas, inviabilizando sua integração no seio social.

O abolicionismo penal surgiu com as ideias de Louk Hulsman, na Holanda. Trata-se de uma proposta de abolir efetivamente o sistema penal, atribuindo a solução dos conflitos surgidos com a prática da infração penal a outras esferas e instituições, destituídas da natureza penal, priorizando o atendimento à vítima. Defende a extinção do Direito Penal como forma de controle social e de solução de conflitos decorrentes da criminalidade.

(...) parte da seguinte reflexão: a forma atual de punição, escolhida pelo Direito Penal, é falha, pois a reincidência aumenta diariamente. Além disso, a sociedade não sucumbe à prática de infrações penais, mormente se for considerada a cifra negra da justiça penal, ou seja, nem todos os crimes praticados são conhecidos e apurados pelos operadores do Direito. E, dentre os apurados, somente alguns resultam em condenações, e, mesmo no grupo dos condenados, poucos indivíduos cumprem integralmente a pena imposta.

Portanto, a sociedade, ao contrário do que comumente se sustenta, tem capacidade para suportar a maioria das infrações penais, sem submeter-se a prejuízos irreparáveis (...) (MASSON, 2010, p. 533-534)

O abolicionismo propõe uma forma diferente de analisar o Direito Penal e, conforme Zaffaroni (1991), um de seus precursores foi Michel Foucault ao criticar a maneira como o Direito penal exercia seu poder, o que influenciou sobremaneira os abolicionistas.

Mazzilli Neto expõe as três vertentes do abolicionismo penal:

(...) na acepção de Mathiesen tem como base o pensamento de Marx, associando o sistema penal ao modo de produção capitalista (...)

A variação abolicionista de Nils Christie, por sua vez, está centrada na busca de alternativas à pena, ao castigo, criticando o maniqueísmo

característico do sistema penal e pugnando por um modelo de justiça participativa, a fim de fortalecer os laços comunitários e permitir que as partes envolvidas na lide penal 'tengan oportunidad de encontrarse y buscar por sí mismas formas de reparar el daño.'

Louk Hulsman traça sua crítica ao sistema penal desde uma visão ontológica, considerando a necessidade de se abandonarem todos os controles formais e não apenas o cárcere (2007, p. 76)

Para Hulsman (1993), autor da vertente mais difundida do abolicionismo, está equivocada a visão do Direito Penal tradicional ao separar os homens em bons e maus, considerando as instituições penais a única forma de proteger aqueles da ação destes por meio do encarceramento, assegurando, dessa forma, a harmonia social.

Defende que, embora teoricamente o sistema penal e as instituições nele atuantes seja considerado sério e racional, na prática o que se verifica é que cada uma das instituições envolvidas (polícias, Ministério Público e Poder Judiciário) na apuração do delito e aplicação da sanção, atua de forma compartimentada, fracionada, sem que haja diálogo entre elas, tendo como único ponto em comum a referência à lei penal, podendo sua atuação ser considerada mecânica, o que tornaria o sistema penal semelhante ao da linha de produção industrial. Na realidade, o que se verifica é que cada uma dessas instituições manifesta sua visão sobre o delinquente, sem se preocupar com o que ele realmente vive e quais seus verdadeiros problemas, transformando-o no produto final da linha de produção, com a aplicação da sanção.

A prisão, na realidade, constitui uma forma de alienação do ser humano e dela não seria possível extrair qualquer benefício, seja para o infrator, para sua família ou para a sociedade. Isso porque a forma como oprime o delinquente, submetendo-o a tratamento degradante e incitando o desprezo da sociedade por sua pessoa, não contribui para sua ressocialização, chegando a transformá-lo em ser despersonalizado. O delinquente, ao deixar a prisão, sofrerá os efeitos da estigmatização e do encarceramento, vivendo na condição de ser socialmente rejeitado que, portanto, não será reinserido na sociedade.

O sistema penal produz efeitos totalmente contrários ao que pretende um determinado discurso oficial, que fala em 'favorecer a emenda do condenado.' O sistema penal endurece o condenado, jogando-o contra a 'ordem social' na qual pretende reintroduzi-lo, fazendo dele uma outra vítima. (HULSMAN, 1993, p. 72)

Destaca o autor que em regra, vão para a prisão os menos favorecidos que não dispõem de auxílio que os possibilite solucionar os conflitos advindos da prática da infração penal de forma amigável sem a interferência do sistema penal.

A vítima, por sua vez, é desapropriada de seu problema, que foi assumido pelo sistema penal, e é colocada em segundo plano, pouco importando seus sentimentos e sua opinião acerca do ocorrido, fazendo parte da cadeia de produção do futuro prisioneiro.

Com base nessas críticas, Hulsman (1993) sustenta a necessidade de abolir o sistema penal, afirmando que, dessa forma, seria possível libertar as relações atualmente controladas pelo sistema penal, conferindo às instituições a possibilidade de auxiliar os processos inerentes à sociedade, ao invés de monitorá-los e dominá-los.

Defende que deve ser possível aos envolvidos no conflito terem o domínio sobre ele, e a análise que fazem dele seria o início para a sua solução. À lei não caberia definir reações idênticas, aplicáveis automaticamente, para casos diversos, possibilitando variá-las conforme as características de cada conflito analisado concretamente, sob a ótica dos envolvidos que, com sua ação, poderiam solucioná-lo.

Sustenta que o sistema cível é suficiente para solucionar os conflitos nos casos em que os envolvidos não consigam resolvê-los de forma natural e seja necessária a intervenção do Poder Judiciário, sendo que o simples fato de o julgador decidir em favor de um dos envolvidos seria suficiente para suprir as expectativas das vítimas, sedentas de uma retribuição pelo mal sofrido.

Com a diminuição da burocracia que amarra as instituições envolvidas no sistema penal seria possível conferir caráter de humanização a seus agentes que deixariam de atuar mecanicamente na tarefa de solucionar os conflitos.

Acrescenta Hulsman que

(...) um clima de descriminalização favorece o desenvolvimento de atitudes de tolerância a respeito de comportamentos não tradicionais, preservando e ampliando a capacidade de cada um fazer face a acontecimentos indesejáveis (...) rejeitar a noção de crime implica também em repensar a noção conexa de 'prevenção.' 'Prevenir a delinquência' não faz mais sentido, quando se tenta repensar a realidade numa lógica diferente da do 'ato punível' (1993, p. 138-139)

Para a implementação do abolicionismo penal é necessária uma mudança cultural que viabilize a alteração dos paradigmas, percepções, atitudes e comportamentos da sociedade diante do delinquente.

O abolicionismo é criticado por Luigi Ferrajoli *apud* Mazzilli Neto (2007), dentre outros, por entender que a abolição do sistema penal com suas normas e garantias pode ensejar mais abusos e violações aos direitos humanos, ao invés de atender ao que preconiza o garantismo penal.

O que se verifica é que todas as teorias referentes à finalidade da pena são insuficientes para solucionar a crise de legitimidade em que se encontra atualmente o sistema penal.

4 OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO NORMAS LIMITADORAS DO DIREITO DE PUNIR

A convivência do homem em sociedade deu início aos conflitos decorrentes da resistência de um membro do corpo social contraposta à de outro nos casos em que ambos tivessem interesses comuns e a satisfação por um deles de aludido interesse implicava na privação do outro.

Da fase da vingança privada em que era dado a cada um tomar as medidas necessárias, inclusive com o uso da força, para a satisfação de seus interesses, passou-se para o período em que o Estado assumiu a função de solucionar os conflitos de interesses, inclusive na esfera penal.

Inicialmente o Estado exercia essa função sem observar regras que a limitassem ou regulassem, o que ensejava a prática de abusos sem que houvesse qualquer forma de contê-los.

A edição da Magna Carta, em 21 de junho de 1215, na Inglaterra, pelo rei João Sem-terra constitui um dos momentos marcantes na história da conquista dos Direitos Humanos. O documento foi decorrente de um acordo firmado entre os reis e a nobreza, apoiada pela burguesia que crescia economicamente e pretendia ver seus direitos, sobretudo de liberdade e igualdade, preservados para que pudesse lutar pelo direito de propriedade. Portanto, a luta pelo reconhecimento dos Direitos Humanos não foi decorrente da preocupação em assegurar a todos, de forma igualitária, o direito de liberdade, mas sim da preocupação dos burgueses em conseguir formas de aumentar e regulamentar suas riquezas e propriedades, deixando de fazer parte do terceiro estado.

Segundo Comparato (2013), o surgimento dos Direitos Humanos foi registrado no art. I da declaração levada a público pelo povo da Virgínia que declarou expressamente que todos os homens são iguais e os direitos a eles inerentes objetivam viabilizar a busca pela felicidade.

Todos os seres humanos são, pela sua natureza, igualmente livres e independentes, e possuem certos direitos inatos, dos quais, ao entrarem no estado de sociedade, não podem, por nenhum tipo de pacto, privar ou despojar sua posteridade; nomeadamente, a fruição da vida e da liberdade, com os meios de adquirir e possuir a propriedade de bens, bem como de procurar e obter a felicidade e a segurança. (Comparato, 2013, p. 62)

O surgimento dos Direitos Humanos ao longo da história está vinculado às grandes mudanças verificadas nas áreas da ciência e da tecnologia.

Sob a influência dos ideais iluministas, surgiu o Estado de Direito, cuja atuação estava limitada pela lei, baseado na razão. A função da lei não é fundamentar o poder do governante, mas sim limitá-lo, pois também ele em sua atuação deverá observá-las. Entretanto, a existência da lei, por si só, não representava nenhuma garantia para os cidadãos. Isso porque bastava que a atuação estatal estivesse regida por ela ainda que seu conteúdo fosse contrário às aspirações dos cidadãos; considerava-se suficiente a existência meramente formal do Estado de Direito.

Após a Revolução Francesa, o homem voltou-se contra os governos arbitrários e tirânicos e passou a buscar uma forma de governo que assegurasse sobretudo o ideal de liberdade difundido durante a revolução. A liberdade passou a ser a regra e sua privação a exceção.

No século XIX (Greco, 2011, p. 22) surge o Estado liberal de Direito. A partir de então, a lei passa a representar verdadeira garantia aos cidadãos contra os abusos do Poder Estatal. Não poderiam ser editadas leis que contrariassem ou suprimissem os direitos inerentes ao homem, ou seja, as leis ao invés de autorizarem o Estado a agir conforme a sua vontade, muitas vezes de forma arbitrária e abusiva, passaram a limitar a sua atuação, pois a ela passaram a ser oponíveis os direitos do homem. Em razão do ideal de liberdade visado por essa nova forma de Estado, passou-se a adotar a denominação de *Estado Liberal*.

Conforme Greco (2011), para que não seja tirânico, portanto, um governo deve ser regido por normas claras, oriundas do Poder Competente (Poder Legislativo), que serão devidamente executadas pelo Administrador da Nação (Poder Executivo), bem como ter sua legalidade e seu necessário cumprimento fiscalizada pelo Poder Judiciário que se encarregará de solucionar, de acordo com os parâmetros legais, todas as lides que chegarem ao seu conhecimento.

Ao longo da história podem ser verificadas lutas e movimentos visando o reconhecimento e a afirmação dos Direitos Humanos, cuja conquista foi gradativa, uma vez que foram surgindo junto com a evolução da sociedade. Em relação à natureza dos Direitos Humanos, os jusnaturalistas defendem tratar-se de direitos naturais, próprios do ser humano, cuja existência prescinde do seu reconhecimento pelo Estado e antecede o direito positivo. Para os historicistas, o surgimento dos Direitos Humanos está relacionado às relações sociais.

O reconhecimento da existência de direitos de primeira, segunda e terceira geração evidencia que os Direitos Humanos evoluíram conforme as necessidades sociais contemporâneas ao seu surgimento, tratando-se de algo gradativo, o que enfraqueceu a corrente jusnaturalista.

O desafio da humanidade nos dias atuais não consiste em enumerar os direitos humanos fazendo-os constar das leis fundamentais do Estado, mas sim em fazer com que aqueles direitos teoricamente já consagrados sejam efetivamente respeitados na prática.

Cabe à Constituição organizar o Estado, disciplinar as tarefas de cada Poder e especificar os direitos dos cidadãos que são aqueles inerentes ao homem, ou seja, os direitos humanos fundamentais.

O Direito penal, ao traçar as normas que disciplinarão o exercício do *ius puniendi* estatal, deve observar os direitos fundamentais, enquanto Direitos Humanos consagrados na Constituição.

A Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do homem e do cidadão influenciaram e contribuíram com a afirmação e o reconhecimento dos direitos inatos ao homem, próprios da sua condição humana e, por isso, tidos como direitos naturais. A Declaração dos Direitos do homem e do cidadão não criou direitos, apenas reconheceu a existência daqueles que a precediam e existiam independentemente de sua normatização.

O respeito aos Direitos Humanos passou a ser exigido mundialmente. Em razão do crescente avanço da globalização e da impossibilidade de o Estado soberano sobreviver de forma isolada, sem se relacionar com os demais, o conceito de soberania externa flexibilizou-se. Isso porque os Direitos Humanos devem ser assegurados independentemente da nacionalidade de seu titular e do país em que se encontra, não podendo o Estado invocar sua soberania para desconsiderar sua existência, sob pena de sofrer ingerências externas e sanções internacionais. “Dessa forma, os tratados e convenções internacionais ditarão, muitas vezes, regras não existentes internamente nas nações que lhe são signatárias, mas, nem por isso, poderão deixar de ser aplicadas” (GRECO, 2011, p. 31)

Para Greco (2011), a história atesta que, até o fim do século IV, os ensinamentos de Cristo, com grande carga humanitária, eram observados por seus seguidores. Após a fusão entre Igreja e Estado, os ensinamentos cristãos foram

esquecidos ou passaram a ser usados de acordo com a conveniência daqueles que concentravam o poder da Igreja e do Estado.

Os ideais iluministas que buscavam a afirmação dos Direitos Humanos sob a perspectiva do direito natural, considerando-os, portanto, inerentes ao homem, surgiram como reação ao absolutismo monárquico.

Como consequência da Revolução Francesa, surgiram os direitos de primeira, segunda e terceira geração, fundados no seu lema de liberdade, igualdade e fraternidade.

Os direitos de primeira geração representam a passagem do Estado autoritário para o Estado de Direito e referem-se às liberdades individuais do homem. Nessa qualidade são oponíveis ao Estado e representam, dentre outras coisas, limitações ao direito de punir. A partir de então, as Constituições, enquanto normas superiores às demais que compõem o ordenamento jurídico de um Estado, além de conterem as normas referentes à organização do Estado, também passaram a consagrar os direitos do homem que constituem verdadeiros limites à atuação estatal. Cabe à constituição, ao mesmo tempo, constituir e limitar o poder.

A Revolução Industrial e as péssimas condições de trabalho levaram o homem a reivindicar a regulamentação de normas trabalhistas e de assistência social, ocasionando o surgimento dos direitos de segunda dimensão, compreendidos pelos direitos sociais que representam a busca pela igualdade, não apenas formal, mas material que garantisse condições mínimas de sobrevivência.

Enquanto os direitos de primeira geração traduzem a luta da burguesia para chegar ao poder, contrapondo-se ao poder absolutista do rei e pretendendo ver assegurados seus direitos de igualdade e prosperidade, os direitos humanos de segunda geração decorrem da luta do proletariado que, no regime capitalista, oprimido, pelos burgueses, buscaram melhores condições de trabalho, culminando com a afirmação dos direitos de segunda geração.

Ao mesmo tempo em que o homem transferiu para o Estado poderes que tornaram viáveis a manutenção da paz social, permitindo que agisse em nome de todos, conservou seu direito de liberdade e igualdade, consideradas inerentes a ele e sempre oponíveis ao Estado em casos de abuso.

Por sua vez, o surgimento dos direitos humanos de terceira dimensão é marcado por alterações na sociedade internacional, pelo desenvolvimento tecnológico e científico. Nesse cenário, representa a busca pelos ideais fraternos,

consistindo nos direitos que transcendem o indivíduo, cuja violação atinge toda a humanidade.

Ante a constatação de que em toda sociedade existe o fenômeno dual “hegemonia-marginalização”, e que o sistema penal tende, geralmente, a torná-lo mais agudo, impõe-se buscar uma aplicação das soluções punitivas da maneira mais limitada possível. Igualmente, a constatação de que a solução punitiva sempre importa num grau considerável de violência, ou seja, de irracionalidade, além da limitação do seu uso, impõe-se, na hipótese em que se deva lançar mão dela, a redução ao mínimo, dos níveis de sua irracionalidade” (ZAFFARONI, 2008, p. 74)

Passa-se a analisar os princípios constitucionais do Estado Democrático de Direito, limitadores do direito de punir.

Segundo o *princípio da legalidade*, a lei editada pelo Poder Legislativo para disciplinar as condutas sociais deve ser aplicável a todos, indistintamente e não arbitrariamente, devendo ser dotada de generalidade e abstração. Na esfera criminal, cabe à lei determinar os bens jurídicos considerados de maior relevo para a sociedade e, como forma de tutelá-los, descrever como proibidas as condutas tendentes a violá-los, prevendo as sanções em casos de violação. Em contrapartida, a lei representa verdadeira garantia de liberdade do indivíduo, autorizando-o a praticar as condutas não vedadas pelo ordenamento jurídico e assegurando que, ao praticá-las estará protegido de qualquer sanção ou repressão estatal.

O *princípio da legalidade* representa verdadeira proteção o homem contra o arbítrio do poder estatal, sobretudo em matéria penal já que compete à lei descrever, com clareza e precisão, as condutas cuja prática ofende os bens jurídicos protegidos pelo Direito penal, bem como estabelecer a sanção aplicável para os casos de descumprimento da norma penal.

Em que pese consista em efetiva limitação ao exercício do poder de punir do Estado, por determinar que ao julgador somente será dado impor a pena nos casos e segundo os limites estabelecidos pela lei, não é ferramenta suficiente para impedir que o legislador crie tipos penais injustos e preveja penas desumanas e infamantes.

Está consagrado no art. 5.º, XXXIX da Constituição Federal e exige para que determinada conduta seja considerada criminosa e seu ator passível de sanção, a existência de lei anterior que a preceda e a descreva como tal. Consequentemente, veda a aplicação retroativa de leis que incriminem novas condutas, impedindo-as de atingirem fatos ocorridos antes de sua vigência, bem como a incriminação e punição

de condutas não descritas expressamente na lei, pelo emprego da analogia ou dos costumes.

Também decorre do *princípio da legalidade* a proibição de leis penais vagas que criem tipos imprecisos, autorizando interpretações variáveis conforme os interesses e conveniências de quem as faça.

A taxatividade, enquanto descrição clara e precisa dos elementos que compõem o tipo penal, assegura ao cidadão a garantia de que não será punido caso não pratique conduta proibida pela lei.

Para que seja válida e aplicável, a lei deverá estar conforme os preceitos constitucionais, de modo que não deve ser aplicável a lei que tenha observado o princípio da legalidade apenas no seu aspecto formal, ou seja, no que se refere ao procedimento para sua edição. A lei que não for dotada de legalidade sob o aspecto material, deverá ter negada sua aplicação.

O que se verifica é que o legislador, ao legislar, não tem o cuidado de verificar se o conteúdo da lei é ou não justo e se de fato representa a vontade geral, partindo do pressuposto de que a lei, somente pelo fato de sê-la, é sempre justa. Por essa razão, as leis, muitas vezes, não representam a vontade daqueles que elegeram a maioria parlamentar. Isso porque seus criadores as editam visando interesses políticos próprios, mesmo que não coincida com a vontade do povo, deixando de existir paralelo entre a lei e os interesses gerais.

O fato de o legislador não se preocupar em editar leis que traduzam o interesse geral, faz com que elas caiam no descrédito, pois são vistas apenas como instrumento para que os parlamentares atinjam seus interesses políticos.

Na esfera criminal, o *princípio da legalidade* deve ser observado inclusive após a fixação da sanção, durante a sua execução. Ocorre que na prática há uma grande preocupação dos envolvidos no sistema de Justiça em observar e assegurar o princípio da legalidade, todas as suas vertentes e nuances durante todo o curso do processo penal e, após a imposição da pena, verifica-se o descuido e a negligência em relação a sua observância durante sua execução.

Conforme preceitua o princípio da igualdade, todos devem ser considerados iguais na lei e perante a lei, estando vedados tratamentos distintos em razão das condições pessoais de cada um. Sob o aspecto material, não se refere à qualidade absoluta, mas significa conferir a todos o mesmo tratamento e tratar de forma desigual sempre que as desigualdades constatadas no caso concreto o exigirem.

O tratamento desigual somente é autorizado para suprir a desigualdade existente, ou seja, como forma de restabelecer a igualdade. Deve haver proporção entre o tratamento desigual e a finalidade almejada.

Conforme Alexandre de Moraes “Os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado” (MORAES, 2013, p. 35)

Segundo Rui Barbosa, na Oração aos Moços “tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante e não igualdade real.” (GRECO, 2011, p. 69)

Conforme Greco (2011) esse é um dos princípios menos aplicados na esfera penal, uma vez que “a aplicação da lei penal, em especial nos países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, ainda é dirigida a um público-alvo, vale dizer, aos pobres e miseráveis”. (GRECO, 2011, p. 69)

O *princípio do acesso à Justiça* não se restringe apenas ao aspecto de assegurar a todo aquele que venha a sofrer lesão ou ameaça de lesão de acionar o Poder Judiciário para tutelar seu direito. Representa o mecanismo de que dispõe o cidadão para defender seus direitos inclusive contra abusos praticados pelo próprio Estado, constituindo portanto verdadeira ferramenta de defesa do Estado Democrático de Direito.

O primeiro aspecto do *princípio da judicialidade* é averiguar a validade material da lei, ou seja, sua compatibilidade com a Constituição Federal enquanto norma hierarquicamente superior, a fim de evitar que leis formalmente válidas possam violar Direitos Humanos assegurados constitucionalmente. Nas hipóteses em que essa violação for constatada, deve-se negar aplicação à lei.

Também decorre do *princípio da judicialidade* a garantia de que as causas serão analisadas por juízes independentes e imparciais, cuja competência antecede o fato, evitando tribunais de exceção, observando-se o devido processo legal e o contraditório.

No aspecto criminal abrange ainda a presunção da inocência, a garantia da ampla defesa com todos os recursos a ela inerentes, a incidência do princípio do *in dubio pro reo*, a vedação de provas obtidas ilicitamente e o início da ação por órgão imparcial do Estado: Ministério Público, em regra.

Os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal variam conforme os valores e a cultura de cada sociedade. Da mesma forma, é cambiante a importância dada por

cada povo à sua violação e, conseqüentemente, podem ser diversas as penas ou a sua duração previstas para um mesmo crime, em sociedades distintas.

O desafio do sistema penal para atingir a justiça da pena imposta, sobretudo a pena privativa de liberdade, consiste em compatibilizar os anseios de vingança da vítima ou de sua família, com o direito de liberdade do acusado e a expectativa de sua família. Para os primeiros, a pena será sempre considerada insuficiente ao passo que os segundos a considerarão excessiva.

O *princípio da proporcionalidade* é apontado por Greco (2011) como solução para esse impasse. Deverá ser observado pelo legislador ao selecionar os bens jurídicos a serem tutelados pelo Direito Penal e criminalizar as condutas que atentem contra eles, bem como ao estabelecer abstratamente a quantidade e o tipo de pena aplicável. Também deverá nortear a atividade do julgador ao aplicar a pena para aquele que praticou o delito.

Um dos ideais da Revolução Francesa, a Liberdade está consagrada no art. 6º da Declaração dos Direitos do homem e do cidadão. Todo homem nasce livre, consistindo a liberdade em poder comportar-se da forma que melhor lhe aprouver, sem sofrer qualquer tipo de sanção por esse comportamento.

Distingue-se a liberdade pública da liberdade privada, sendo a primeira a liberdade do cidadão de interferir na política estatal e participar do governo e a segunda, a liberdade individual.

A liberdade política sem as liberdades individuais não passa de engodo demagógico de Estados autoritários ou totalitários. E as liberdades individuais, sem efetiva participação política do povo no governo, mal escondem a dominação oligarquica dos mais ricos” (COMPARATO, 2013 p. 77)

O direito de liberdade sofre limitações em razão da necessidade humana de viver em sociedade, como forma de assegurar a ordem e a paz social. Por essa razão, a lei restringe a liberdade humana, proibindo a prática de determinados comportamentos e impondo sanções caso sejam praticadas. No Estado Democrático de Direito, somente à lei, enquanto expressão da vontade popular, é dado restringir o direito de liberdade, proibindo a prática de comportamentos que coloquem em risco ou inviabilizem o convívio social, podendo prever inclusive casos de privação de liberdade de locomoção para a prática de determinadas condutas, a fim de viabilizar a convivência em sociedade.

A doutrina difere liberdade formal de liberdade material. A primeira consiste na ausência de proibição à realização de certas condutas, ao passo que a segunda abrange também a ausência de impedimentos de natureza econômica, social, cultural à prática de determinada conduta. Isso porque existem muitos casos, sobretudo nas nações subdesenvolvidas, nas quais a prática de determinada conduta não é legalmente vedada; todos, em tese, podem levá-la a efeito. Todavia, muitos indivíduos, por serem desprovidos de condições econômicas, culturais, intelectuais, estarão impedidos de adotar essa prática, por faltar-lhes liberdade material. Aqueles que não gozam das condições mínimas de sobrevivência não podem ser considerados verdadeiramente livres, pois embora a lei não os proíba de adotar certos comportamentos, suas condições de sobrevivência o impedem de adotá-lo. Sob esse prisma, a liberdade material está relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana: aquele que é desprovido de dignidade não pode ser considerado verdadeiramente livre.

O conceito de dignidade humana é fluido; pode variar de acordo com a cultura e os valores de cada sociedade, de modo que alguns comportamentos que parecem atentar contra a dignidade humana em determinado grupo, em outro são considerados conforme esse princípio. Não se trata de um conceito jurídico, mas sim filosófico, construído para valorizar o homem.

A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao direito à felicidade. (MORAES, 2013, p. 18)

Comparato (2013), ao explicar o posicionamento de Kant que diferencia o homem da coisa, por ser ele dotado de razão, destaca que o homem, enquanto ser racional, age de acordo com suas próprias vontades, ou seja, de acordo com as suas preferências e conforme a lei que ele próprio cria.

Ora, a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isto é, como ser

capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. (COMPARATO, 2013, p. 34)

Cada ser humano é único e deve ser respeitado com suas diferenças e peculiaridades, o que permite afirmar que a dignidade é inerente a todo ser humano.

A construção filosófica desse conceito desenvolveu-se na cultura ocidental em que o aspecto individual do homem prevalece sobre o social.

O conteúdo do vetor é amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar, criar, etc) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação, etc). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. (BULOS, 2010, p. 279)

A dignidade é inerente ao homem e deve ser respeitada por todos. Com base no *princípio da dignidade da pessoa humana* é que é vedada a imposição de penas cruéis, desumanas e degradantes.

A Segunda Guerra Mundial ficou conhecida como grande acontecimento de violação à dignidade humana e, por isso, serviu de mola propulsora para que muitos Estados Democráticos de Direito passassem a conferir caráter constitucional ao princípio da dignidade humana, prevendo-o expressamente em suas constituições. Mesmo que não declarado expressamente no ordenamento jurídico de determinado Estado, a dignidade humana deverá ser respeitada em qualquer circunstância com base na consciência ética coletiva.

no art. 1º, III da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado por seus próprios atos. (BITENCOURT, 2014, p. 49)

O *princípio da dignidade humana* constitui verdadeira garantia de que todo homem deverá ser respeitado pelos demais, e o Estado somente será autorizado a intervir na sua vida privada se houver autorização expressa nesse sentido.

Assim, como norma constitucional, o *princípio da dignidade humana* deve nortear o trabalho do legislador, impedindo-o de criar leis, hierarquicamente inferiores à Constituição, que violem o aludido princípio. O aplicador da lei também

deve observar o princípio e declarar inválida a lei que o desrespeite, deixando de aplicá-la.

Em que pese o *princípio da dignidade humana* possua no Brasil status constitucional, o próprio Estado, a quem caberia assegurá-lo, comumente atenta contra ele. Exemplos desses atentados podem ser abundantemente verificados na execução da pena privativa de liberdade em que o homem deveria ser privado somente do seu direito de locomover-se, constituindo dever do Estado assegurar as condições para que os demais direitos não atingidos pela pena fossem preservados.

Na prática, verifica-se que o preso tem sua saúde negligenciada, pois não recebe atendimento médico adequado, além de estar constantemente exposto às condições insalubres do cárcere; é obrigado a cumprir a pena em celas superlotadas e, muitas vezes, é vítima de violência física praticada pelos demais detentos e pelos próprios agentes penitenciários a quem incumbiria a missão de zelar pela integridade física do preso.

Sempre que o Estado deixar de tomar providências para que os direitos fundamentais sejam minimamente observados, restará configurada a violação à dignidade humana.

Assim como os demais princípios constitucionais, esse também não é absoluto e pode ser relativizado quando em confronto com outro de mesma hierarquia que poderá prevalecer, no caso concreto. Somente por meio dessa relativização é possível impor penas privativas de liberdade aos infratores, restringindo sua liberdade, o que em outras condições representaria violação à dignidade humana.

Além dos princípios de caráter geral, previstos expressamente na Constituição Federal, existem outros, não necessariamente expressos na Constituição, aplicáveis ao Direito penal que também servem como limitadores do direito de punir, devendo ser observados tanto pelo legislador, ao criar os tipos penais e prever as sanções, como ao julgador, ao aplicar a lei no caso concreto.

Segundo o *princípio da intervenção mínima*, o Direito penal deve funcionar como *ultima ratio*. Ou seja: os tipos penais somente devem ser criados nos casos em que se verificar que os outros ramos do Direito não dispõem de mecanismos eficazes para proteger o bem jurídico a ser tutelado.

O Estado somente deverá considerar criminosa determinada conduta nos casos em que o bem jurídico não possa ser tutelado pelos outros ramos do Direito.

Conclui-se que o campo de incidência do Direito penal deve restringir-se apenas a proteger os bens considerados de maior importância para a sociedade e aos casos em que eles forem ofendidos mais gravemente. A *contrario sensu*, o Direito Penal não deve criminalizar condutas tidas como de pouca gravidade em razão da ofensa mínima que causam ao bem protegido.

O *princípio da intervenção mínima* volta-se para o legislador, ao estabelecer que somente as condutas que causem lesão considerável aos bens jurídicos mais caros à sociedade deverão ser tipificadas como criminosas, reservando-se a atuação do Direito Penal para os casos em que as soluções propostas pelos outros ramos do Direito sejam insuficientes para proteger o bem jurídico de forma adequada.

Os legisladores contemporâneos, nas mais diversas partes do mundo, tem abusado da criminalização e da penalização, em franca contradição com o princípio em exame, levando ao descrédito não apenas o Direito Penal, mas a sanção criminal que acaba perdendo sua força intimidatória diante da “inflação legislativa” reinante nos ordenamentos positivos (BITENCOURT, 2014, p. 55)

O caráter fragmentário do Direito Penal decorre do *princípio da intervenção mínima*. Significa que não são todos os bens jurídicos que devem ser penalmente protegidos, mas apenas os de maior importância para a sociedade. Ou seja, o Direito Penal está voltado para a proteção de uma parcela dos bens jurídicos protegidos pelo ordenamento jurídico.

O *princípio da adequação social* pressupõe que a conduta tida como criminosa deve ser socialmente reprovável. A partir do momento em que determinada conduta passe a ser aceita socialmente, não se justifica sua tipificação como criminosa, pois não se pode perder de vista que, ao eleger determinadas condutas para que sejam consideradas delituosas, prevendo sanções caso venham a ser praticadas, a intenção do legislador é desencorajar os membros do corpo social a praticar essa conduta por considerar que ela pode comprometer a ordem e a paz social.

Importa dizer que condutas socialmente aceitas não podem ser consideradas delituosas. Segundo Bitencourt (2014), esses comportamentos, ainda que descritos na norma penal como crimes, não podem ser tidos como delituosos porque, embora neles esteja configurada a tipicidade formal que se conforma com a subsunção do

fato à norma, falta-lhe a tipicidade material, por se tratar de conduta aceita pela sociedade.

Com base no *princípio da proporcionalidade*, o legislador, ao descrever o preceito secundário da lei penal, e o julgador, ao aplicá-lo no caso concreto, devem evitar a proteção deficiente do bem jurídico tutelado, prevendo ou fixando penas irrisórias, insuficientes para desencorajar a prática da conduta a ele atentatória, sobretudo em se tratando de bens jurídicos fundamentais. Da mesma forma, deve ser evitado o excesso, ou seja, a previsão ou aplicação de penas muito severas para comportamentos que atentem contra bens jurídicos de pouca importância para o Direito Penal.

O legislador poderá utilizar como parâmetros para a previsão da pena a importância de determinado bem jurídico em relação a outro, cominando penas maiores para aquele considerado de maior relevância. Os parâmetros para o julgador estão previstos na própria lei, pois o Código Penal determina quais são os aspectos a serem considerados pelo juiz ao aplicar a sanção.

Segundo o *princípio da culpabilidade*,

somente poderá ser imputada alguma infração penal a alguém que tiver praticado uma conduta dolosa ou culposa, que seja típica, ilícita e culpável. Ninguém, portanto, poderá ser responsabilizado sem que tenha agido dolosa ou culposamente, não podendo o Estado responsabilizar objetivamente aquele que produziu determinado resultado danoso (GRECO, 2011, p. 120)

Cabe destacar que não estão exaustivamente enumerados os princípios, tendo sido eleitos aqueles que guardam pertinência com o tema do trabalho.

5 A CRISE DO SISTEMA PENAL

A fim de conferir maior concretude e aplicabilidade aos ideais revolucionários do século XVIII, as Constituições dos Estados passaram a prever, entre os direitos fundamentais do homem e, conseqüentemente, como limitação ao exercício do direito de punir do Estado, o princípio da *presunção da inocência*, previsto no art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

Segundo consagra esse princípio, todos deverão ser considerados inocentes até que sejam declarados culpados por sentença penal condenatória definitiva.

Na prática, todavia, não são raros os casos em que o acusado e muitas vezes o mero suspeito de ser o autor de determinada infração penal, passa a ser tratado pelo Estado e pela sociedade como se fosse culpado, conferindo caráter meramente ilusório ao princípio da *presunção da inocência*, herança do período revolucionário.

A inaplicabilidade, na prática, desse princípio deve-se a sua incompatibilidade ou ao fato de não ter sido encontrada forma eficaz de compatibilizá-lo com o também consagrado constitucionalmente, princípio da liberdade de imprensa. Isso porque, primordial, senão exclusivamente, a mídia é a grande responsável por tratar o suspeito ou acusado de ter praticado determinada infração penal como se culpado fosse, ou seja, condenado em caráter definitivo.

Sobretudo em crimes de grande repercussão, a partir do instante em que se toma conhecimento da sua suposta autoria, a mídia passa a devassar a vida do suspeito/acusado, expondo-o bem como seus familiares, aos dissabores do julgamento coletivo e antecipado, sem direito à defesa. Suas intimidades caem no domínio público, e todos os membros do corpo social arvoram-se no direito de julgá-lo e, incitados pelos meios de comunicação de massa, condená-lo, expondo-o antecipadamente a todas as privações e angústias inerentes àqueles declarados culpados em caráter definitivo.

A ausência de uma maneira eficaz de compatibilizar os princípios da liberdade de imprensa e de opinião e da *presunção da inocência* revela uma das fragilidades do processo penal que, na prática, mostra-se insuficiente para assegurar que seja conferido tratamento conforme o estado de inocência ao acusado, até o seu julgamento final.

As sentenças absolutórias também servem de indicativo da crise do sistema penal. Demonstram a existência de um erro: aquele que foi acusado injustamente não praticou o crime pelo qual foi processado. Mesmo absolvido, as marcas indeléveis do processo penal, deixadas sobre ele, dificilmente serão apagadas e ele

carregará, ao longo da vida, o estigma de acusado que, na prática, equivale a *culpado*.

O processo penal observa regras preestabelecidas que visam possibilitar ao julgador pôr fim à lide penal que a ele é apresentada. O objetivo dessas regras é permitir que o processo tenha seu curso até o julgamento final e não conhecer e buscar a origem dos problemas que levaram ao cometimento do delito, o que possibilitaria buscar soluções para a criminalidade.

Declarar a fragilidade e a crise do sistema penal não é viável nem mesmo para os que as reconhecem, uma vez que não se vislumbra outra alternativa.

Contribui significativamente com a crise do sistema penal a crescente preocupação com números e estatísticas, fomentada no Brasil pelo Conselho Nacional de Justiça – CNJ – e pelo Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP -, o que faz com que juízes e promotores se preocupem mais com a produtividade, transformando a prática dos atos processuais em algo mecânico, frio e distante da realidade, como verdadeiros coadjuvantes na linha de produção em que o produto final é o condenado, conforme ensina Hulsman (1993).

Nesse cenário, não é incomum haver sentenças das quais consta, quando da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, inexistirem nos autos elementos que permitam valorar a personalidade e a conduta social do acusado. Isso ocorre porque, em decorrência da preocupação com a produtividade que, diga-se, é um dos critérios avaliados para se aferir o merecimento para efeitos de remoção e promoção na carreira, na condução do processo penal, não é possível ao julgador conhecer a história para, através dela, conhecer o homem.

Os atos processuais são praticados mecanicamente, e o contato com a vítima, as testemunhas e o acusado é o mínimo necessário para conhecer a história do crime sob apreciação judicial. O conhecimento da história de vida do acusado, que permitiria identificar os motivos e circunstâncias que o levaram a praticar o delito, demanda tempo e paciência, elementos de que não dispõem os profissionais do sistema penal.

Para tanto é necessário que os atores do sistema penal se dispam de seus preconceitos para superar sua desconfiança sobre o acusado e sobre o que ele diz, conferindo a ele um voto de confiança o que também não é tarefa fácil, sobretudo se se considerar que os julgadores, em regra, são oriundos de uma parcela da sociedade diversa da que provêm os acusados. Estes, também em regra, integram a

parcela mais pobre da sociedade. Pobre não apenas sob o aspecto financeiro, mas também afetivo e de oportunidades. Aos operadores do sistema penal foram oferecidas condições financeiras e emocionais para estudar e se preparar para obter a aprovação no concurso e, conseqüentemente, assegurar seu sucesso inclusive no aspecto financeiro.

(...) podemos resumir nossas críticas ao sistema de justiça penal como se segue: nossa mais profunda reprovação à justiça penal é que ela tende a produzir uma construção irreal do que de fato aconteceu; e, sendo assim, tende também a dar uma resposta irreal e ineficaz” (HULSMAN, 1993, p. 161)

O sistema penal torna-se frio e desumano, pois a possibilidade de fala do acusado é limitada, ao passo que os operadores do sistema, mesmo que queiram, não têm condições de ouvi-lo.

A imposição da pena contribui com a preservação do sistema de exclusão e segregação social e, dessa forma, colabora com a preservação das estruturas de poder necessárias para manter a ordem e a paz social, objetivos do Direito Penal, mas além do necessário, assegurando que o poder seja mantido nas mãos das classes sociais mais abastadas e seja inatingível aos dominados, de onde, em regra, provêm os acusados.

(...) chama também a atenção o fato de que na grande maioria dos casos, os que são chamados de “delinquentes” pertencem aos setores sociais de menores recursos. Em geral, é bastante óbvio que quase todas as prisões do mundo estão povoadas por pobres. Isso indica que há um processo de seleção das pessoas as quais se qualifica como delinquentes e não, como se pretende, um mero processo de seleção das condutas ou ações qualificadas como tais” (ZAFFARONI, 2008, p. 56).

Na verdade, cada um dos atores do sistema penal, com sua atuação isolada, contribui para a estigmatização e o etiquetamento do criminoso, reunindo suas características para enquadrá-lo em estereótipos previamente estabelecidos, pois dessa forma será possível convertê-lo em estatística e números, a verdadeira preocupação do sistema. Por isso, não há verdadeira preocupação com sua história, com seus problemas e com as causas que o levaram a delinquir.

A análise dos aspectos que evidenciam a crise de legitimidade do sistema penal pode levar à conclusão de que, diversamente do que se propõe, não é um sistema dotado de racionalidade, mas sim alienado e alienante, ou seja, faz com que

aqueles que nele atuam e o senso comum da sociedade acreditem na sua necessidade para manter a ordem e a paz social e na sua preocupação em reduzir os índices de criminalidade quando, na realidade, apenas contribui para a preservação das desigualdades sociais, a estigmatização dos acusados e a impossibilidade de recuperá-los, conferindo aspectos de legalidade a violações de Direitos Humanos.

As leis penais são elaboradas por políticos cujos objetivos não são apenas reduzir a criminalidade ou contribuir para a ressocialização do criminoso, mas sim aplicar medidas populistas que agradem ao seu eleitorado, ao o senso comum, para garantir sua perpetuação no cargo e no poder.

Por isso, as leis seguem a perspectiva retribucionista do Direito Penal e tendem a representar o desejo coletivo de vingança contra o condenado; as prisões conservam as péssimas condições para cumprimento da pena, pois não se concebe que os encarcerados tenham condições de vida, higiene, saúde, alimentação melhores que as dos homens livres, por não serem considerados dignos para tanto. Aqueles políticos que, em nome dos Direitos Humanos se propõem a lutar por melhorias no presídios são achincalhados pela sociedade, o que representa, na prática, perda de votos.

Achutti destaca que

o processo penal não apresenta condições de responder adequadamente aos conflitos criminais contemporâneos, pois parte de premissa equivocada baseado em teorias contratualistas, considera que o Estado é o principal ofendido com a prática do delito e, portanto, deve ser o responsável pela iniciativa de punir o infrator (2014, p. 37)

O citado autor destaca que o processo penal tradicional foi estruturado para atender aos interesses dominantes, ou seja, aos interesses dos monarcas que pretendiam difundir a ideia de que o delito, acima de tudo, consistia em uma afronta a sua autoridade, muito mais que um dano causado à vítima.

No discurso oficial o aumento das atividades da justiça criminal e da população carcerária está geralmente apresentado como uma resposta para o crescimento do crime (qualitativa e quantitativamente). Este argumento não é convincente (...) O crescimento e a queda da criminalização são principalmente influenciadas pelo clima político-ideológico predominante em um dado país e o resultado dos esforços entre grupos de pressão. (HULSMAN, 1993, p. 144)

Tanto os legisladores como os juízes encarregados de aplicar a lei, estão separados daqueles que sofrerão seus efeitos práticos por fazerem parte de camadas sociais distintas, de modo que aquilo que para os primeiros é mero ato burocrático, terá efeitos deletérios na vida do condenado.

5.1 A atuação compartimentada dos autores do sistema penal

Embora na teoria se apregoe que o sistema penal é dotado de racionalidade, foi concebido e é usado para proteger a sociedade dos indivíduos que colocam em risco a ordem e a paz social, verifica-se, na prática, que o sistema que pretendia ser racional, é burocrático e cada um de seus atores desempenha seu papel de forma isolada e compartimentada, sem preocupar-se com a atuação dos demais.

Cada órgão ou serviço trabalha isoladamente e cada uma das pessoas que intervêm no funcionamento da máquina penal desempenha seu papel sem ter que se preocupar com o que se passou antes dela o com o que se passará depois. (HULSMAN, 1993, p. 59)

Em que pese as instituições envolvidas no sistema penal adotem como parâmetro para sua atuação a legislação penal vigente, sua atividade se desenvolve de forma isolada. Cada uma das instituições têm suas próprias regras, são autônomas e autossuficientes, de modo que ao atuarem levam a efeito a ideologia da sua instituição que, não necessariamente, coincide com a das demais instituições envolvidas ou com a ideologia do sistema penal.

O caráter burocrático do sistema contribui para que cada uma das instituições aja isoladamente, voltada para suas próprias preocupações e objetivos internos, sem visar a atuação harmônica e a verdadeira racionalidade do sistema.

Apesar de, internamente, não haver a preocupação em atuar de maneira coordenada, pelo público externo, as instituições participantes do sistema penal são vistas como um conjunto destinado a promover a Justiça e vencer a criminalidade.

Somos levados a pensar que os funcionários que intervêm na máquina penal, não são, por si mesmos, necessariamente repressores; que muitos, no fundo, lamentam ter que punir; que, provavelmente, não acreditam no sistema... Mas, desgraçadamente, o sistema existe; eles são pagos para levar as questões de uma fase a outra. É como se estivéssemos numa linha de montagem, onde o acusado vai avançando: cada um dos encarregados aperta seu parafuso e, ao final da linha de montagem, sai o produto final do sistema – de cada quatro pessoas, um prisioneiro. (HULSMAN, 1993, p. 61)

Na verdade, cada um dos atores do sistema penal, com sua atuação isolada, contribui para a estigmatização e o etiquetamento do criminoso, reunindo suas características para enquadrá-lo em estereótipos previamente estabelecidos, pois dessa forma será possível convertê-los em estatística e números, a verdadeira preocupação do sistema. Por isso não há verdadeira preocupação com a sua história, com seus problemas e com as causas que o levaram a delinquir.

Ao tomar conhecimento da ocorrência de um delito, a Polícia Militar faz seu registro em formulário próprio com espaços determinados para a qualificação do autor, da vítima e testemunhas e a versão resumida dos fatos. A Polícia Civil, por sua vez, ao receber a informação, passa a ouvir os envolvidos e transcreve suas falas por meio de chavões e termos clichês usados no meio policial. Submetido a interrogatório judicial, o acusado responde a perguntas previamente formuladas, previstas no art. 187 do Código de Processo Penal, cujo significado, muitas vezes, não é capaz de assimilar. O que se verifica é a preocupação de cada uma das instituições em enquadrar o criminoso em uma das hipóteses ou categorias constantes de seus formulários para que possa transformá-lo em estatística, despersonalizando-o e, portanto, ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

A preocupação dos envolvidos no sistema penal não é conhecer a história do acusado e levantar dados que possam ser usados no efetivo combate à criminalidade, por identificar as causas do problema, mas demonstrar ao próprio sistema penal, à sociedade e aos responsáveis pela elaboração das políticas públicas, a importância do seu trabalho, como forma de assegurar a sobrevivência da instituição que integra.

5.2 A cifra negra da criminalidade

A cifra negra da criminalidade pode ser definida como o mistério existente na diferença numérica entre os crimes ocorridos na prática e os relatados às autoridades, sendo que somente estes últimos são considerados para fins estatísticos por serem somente eles os conhecidos.

Portanto, os índices de criminalidade divulgados não correspondem aos números reais de infrações ocorridas. Muitas situações que caracterizam crimes não

chegam ao conhecimento do sistema penal e, conseqüentemente, não são computadas para os índices oficiais de criminalidade. Há uma quantidade considerável, segundo Hulsman, de fatos tipificados como crimes que não são apurados, são desconsiderados e desprezados pelo sistema.

Se um grande número de vítimas não denuncia os fatos puníveis à polícia, esta também não transmite todos os fatos que lhe são comunicados ao Parquet, o qual, por sua vez, longe de mover processos em relação a todos os fatos que lhe são submetidos, arquiva a maior parte. Isto quer dizer que o sistema penal, longe de funcionar na totalidade dos casos em que teria competência para agir, funciona em um ritmo extremamente reduzido. (HULSMAN, 2013, p. 65)

Para referido autor, isso significa que os eventos tipificados pela legislação vigente como crimes, são vistos com naturalidade pela sociedade e tratados como fatos corriqueiros, sem maior importância e que, portanto, não necessitam de punição, pela própria vítima e pelos atores do sistema penal.

A cifra negra da criminalidade também demonstra a crise do sistema penal na medida em que revela ser ele prescindível, inclusive para conter a criminalidade que, se não cresce e não avança, não é graças a sua atuação que, conforme dito anteriormente, reserva-se a minoria dos crimes ocorridos.

Da nossa parte, entendendo ser o Direito Penal o último recurso da comunidade e, no contexto desse princípio, garantidor da intervenção mínima, cremos que a alta cifra negra referente a determinados tipos de delitos considerados de pequena danosidade pode ser, em muitos casos, uma resultante da mudança na sensibilidade da sociedade, já que certos tipos e conduta, tipificados como delituosos, têm deixado de ser considerados como perigosos e lesivos (perderam seu valor significativo) a um bem jurídico, que pode ter sido importante num determinado momento. (CERVINI, 2002, p. 195)

A cifra negra da criminalidade demonstra que a atuação do sistema penal para apurar as ocorrências dos delitos não é a regra; sua intervenção é ínfima.

Assim, as estatísticas apresentadas, referentes aos índices de criminalidade não condizem com a realidade. O número de crimes verdadeiramente ocorridos é muito maior do que o divulgado pelos órgãos do sistema penal pois, desde a sua ocorrência até o julgamento de seus autores, passam por filtros feitos pelas vítimas e pelas instituições. Cada uma das filtragens deixa para trás um número de infrações que, por isso, não são computadas. Por essa razão, os números da polícia não podem ser comparados com os do Judiciário.

Acrescente-se que, há casos em que fatos são registrados na polícia civil sem que ocorra uma infração penal, como na hipótese de acidentes de trânsito sem vítimas fatais em que as companhias de seguro exigem o registro da ocorrência para reembolsar o segurado.

Essa constatação permite afirmar que os números de ocorrências divulgados pela Polícia não servem para refletir a realidade da criminalidade, em que pese sejam usados, muitas vezes de forma sensacionalista, para fomentar na sociedade a sensação de medo e agravamento da situação que, não necessariamente, corresponde à realidade.

Hulsman (1993) adverte ainda que, ao invés de distorcer a realidade, seria de maior proveito esclarecer as pessoas para que pudessem enfrentar os riscos a que estão verdadeiramente submetidas, acrescentando que os problemas referentes à segurança são pontuais, locais e ganham maior amplitude em razão de sua divulgação midiática, com o intuito de gerar medo e insegurança na sociedade.

5.3 O mito ressocializador e a falência do sistema punitivo

Não é preciso muito esforço ou grande período de pesquisa e estudo para concluir que as prisões, não só as tocantinenses, mas as brasileiras e, de modo geral, as do mundo todo, não oferecem as mínimas condições para que, ao final do cumprimento da pena, o delinquente possa ser reinserido no meio social e considerado ressocializado.

A incongruência do sistema penal brasileiro, conforme Oliveira, em que o julgador, ao fixar a pena, considera o seu caráter retributivo e, na fase executória, de acordo com a legislação vigente, deve ser considerado seu caráter pedagógico, também representa uma das falhas do sistema penal. Na prática, a retribuição, ou seja, a pena-castigo, continua sendo a grande finalidade da sanção, pois está evidenciado que a pena-recuperação, sobretudo a pena privativa de liberdade, encontra-se falida. Sua imposição, longe de ressocializar o delinquente, contribui para que se torne cada vez mais excluído do corpo social e incapaz de retornar ao convívio com seus pares.

No Brasil, a finalidade ressocializadora da pena está prevista na legislação vigente, com forme é possível verificar do art. 1º da Lei de execução penal (Lei n.º 7210/84). Ocorre que o próprio legislador, ao estabelecer o fim pedagógico da

sanção, previu condições que por ele foram consideradas necessárias a fim de que esse propósito fosse atingido.

A fim de atender o caráter ressocializador da sanção, a Lei de execução penal – LEP – prevê que os presos devem ser separados em provisórios e condenados, em função da gravidade do delito, da idade e que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida de forma progressiva, de modo que o condenado passe pelos regimes fechado, semiaberto e aberto, destacando que o primeiro deve ser cumprido em penitenciárias, o segundo em colônias penais agrícolas ou industriais e o terceiro em casa do albergado.

Todavia, na prática, o que se verifica no Tocantins é a impossibilidade de separar os presos nos moldes preconizados pela LEP e a ausência de vagas em estabelecimentos penais adequados para o cumprimento da pena privativa de liberdade de forma progressiva.

Por essa razão, presos provisórios e condenados permanecem juntos, tanto em cadeias públicas, estabelecimento destinado aos primeiros, como em presídios, indistintamente, não existindo qualquer outro critério que possibilite a separação entre eles. Em razão da ausência de casa do albergado, não há estabelecimento penal próprio para cumprimento da pena privativa de liberdade em regime aberto, de modo que na prática esse regime equivale ao domiciliar.

Mesmo que se parta da premissa de que o cumprimento da pena privativa de liberdade nos termos estabelecidos pela LEP tornaria possível a ressocialização do condenado, considerando como certo o fato de que a edição da norma foi precedida de estudos que permitiriam chegar a essa conclusão, sua concretização, na prática, restou totalmente frustrada, se não por outros motivos, em razão de o Estado não ter se preocupado em construir e estruturar estabelecimentos penais adequados, de acordo com o modelo exigido pela lei.

Conforme já sustentado, não é bem vista pelo eleitorado qualquer iniciativa do Poder Público, atribuída a pessoa do governante, que represente melhorias nas condições dos estabelecimentos penais, razão pela qual não são levadas a efeito.

Portanto, diante da ausência de condições mínimas previstas na legislação como necessárias para a ressocialização, sem maiores considerandos, é possível concluir que essa finalidade está muito longe de ser atingida.

Os desenvolvimentos sociológicos e criminológicos do século XX, e a simples constatação da realidade de seu funcionamento, fazem da prisão uma instituição em crise. Se a finalidade teórica da ideologia do tratamento penitenciário é a total reintegração do detento, as altas taxas de reincidência colocam a nu a dimensão de seu fracasso (CERVINI, 2002, p. 46)

As condições das prisões, a falta de higiene, a alimentação sem preocupação com o caráter nutricional, a deturpação das relações humanas fazem com que o encarcerado, na realidade, perca todos os parâmetros do que é socialmente aceito e deixe a prisão muito menos socializado ou socializável do que entrou.

(...) o condenado à prisão penetra num universo alienante onde todas as relações são deformadas. A prisão representa muito mais do que a privação da liberdade com todas as suas sequelas. Ela não é apenas a retirada do mundo normal da atividade e do afeto; a prisão é, também e principalmente, a entrada num universo onde tudo é negativo. Eis o que faz da prisão um mal social específico: ela é um sofrimento estéril (...).
O clima de opressão onipresente desvaloriza a autoestima, faz desaparecer a comunicação autêntica com o outro, impede a construção de atitudes e comportamentos socialmente aceitáveis para quando chegar o dia da libertação. Na prisão, os homens são despersonalizados e dessocializados. (HULSMAN, 1993, p. 62-63)

O sistema penal, ao invés de contribuir para a ressocialização do delinquente, faz com que ele se torne mais agressivo, e também por isso, não são raros os casos de reincidência em que o condenado, após ser liberado, desconta sua ira na sociedade, praticando novos delitos para perverter a ordem social que deveria ter sido incentivado ou educado, durante o cumprimento da pena, para preservar.

A finalidade ressocializadora da pena também afeta o direito de liberdade de pensamento, uma vez que para atingir essa finalidade, o Estado impõe ao indivíduo o padrão de comportamento considerado socialmente aceito, sem ouvir e respeitar sua vontade. Nesse aspecto, mostra-se completamente antidemocrática, pois impõe ao homem a conduta considerada adequada para que possa retornar ao convívio social.

Embora a Lei de execução penal e o Código Penal preconizem a finalidade ressocializadora da sanção, a pena, na realidade, conserva seu caráter de vingança e de retribuição, representando um castigo pelo mal praticado pelo condenado.

Está claro que a finalidade ressocializadora da sanção não é atingida. Aliás, a pena da forma como vem sendo executada, dificulta se não impossibilita o retorno do condenado ao convívio social, uma vez que, durante o período em que está cumprindo a pena a ele imposta, perde todas as suas referências de relacionamento

social. Não raras vezes, é abandonado por seus familiares, perde seu emprego e não tem qualquer tipo de contato com os grupos com que costumava conviver quando em liberdade: igreja, amigos, clubes recreativos, etc. Assim, quando libertado, ao invés de estar apto para reinserir-se no meio social, terá que refazer os laços, restabelecer as relações com seus pares, o que não é tarefa fácil, razão pela qual muitas vezes opta por manter os novos laços feitos no interior da prisão. Tais laços o impedirão de retomar os padrões aceitos socialmente, não lhe restando outra alternativa senão voltar a delinquir.

Na verdade, a finalidade ressocializadora da pena é usada como subterfúgio para justificar e legitimar, no inconsciente coletivo, a imposição de castigo a um seu semelhante.

5.4 O papel da mídia na criminalização de novas condutas

Como decorrência do crescimento do interesse coletivo pelo processo penal, a mídia passou a dar maior ênfase às notícias que envolvem crimes, suas circunstâncias e seus autores. Há na atualidade programas televisivos cujo tema são os delitos ocorridos durante o dia, apresentados ao público de forma sensacionalista, como se o objetivo fosse levar os telespectadores ao delírio e não apenas informá-los a respeito do ocorrido.

O público, por sua vez, alimentado pela curiosidade, está sempre ávido por novas informações, sobretudo nos casos criminais célebres, de maior repercussão, que permanecem na mídia como destaque por dias, semanas e até meses.

Aproveitando-se da grande influência que exerce sobre a massa, a mídia passa a ser a grande colaboradora para que seja mantido o poder do sistema penal, justificando sua existência e a maneira de agir de seus atores, fazendo com que a população acredite na necessidade do Direito Penal para manter a ordem social.

Sem os meios de comunicação de massa, a experiência direta da realidade social permitiria que a população se desse conta da falácia dos discursos justificadores; não seria, assim, possível induzir os medos no sentido desejado, nem reproduzir os fatos conflitivos interessantes de serem reproduzidos em cada conjuntura, ou seja, no momento em que são favoráveis ao poder das agências do sistema penal. (ZAFFARONI, 1989, p. 128)

Os meios de comunicação reproduzem o pensamento e os anseios do homem comum, dividindo a sociedade em bons e maus e erigem o sistema penal como a ferramenta capaz de neutralizar estes últimos.

Segundo Zaffaroni (1989) a violação dos Direitos Humanos reproduzida nos seriados televisivos seria intencional e teria como objetivo divulgar o poder e o controle social exercido de forma vertical e militarizada sobre a sociedade.

Em nível nacional, segundo o autor, a mídia auxilia na formação da imagem positiva do sistema penal e colabora na criação do estereótipo do delinquente, feito por meio da análise da população carcerária, possibilitando que o sistema penal atue em conformidade com a seleção feita pelos meios de comunicação e deixando de atuar nos casos em que o criminoso não se enquadre no estereótipo criado.

O autor também destaca que, sob o pretexto de prestar esclarecimentos, os meios de comunicação incitam as pessoas, sobretudo os jovens, ao uso de drogas e, se for conveniente, em determinado momento político, incentivam a violência para depois indignarem-se contra o seu aumento.

A mídia, ao divulgar os fatos e os índices de criminalidade faz com que nasça na população o medo e a insegurança que, conseqüentemente, repercute na pressão popular para que sejam criminalizadas novas condutas, na contramão do que preconiza o Direito Penal mínimo e aumente o rigor no tratamento penal das já existentes. Ou seja, há uma cobrança pelo recrudescimento do Direito Penal punitivo, fundada na crença de que seria a maneira de obter maior segurança.

Como consequência, a fim de atender ao clamor popular, vislumbrando aqueles que cobram como futuros eleitores, o legislador cria novos tipos e edita novas leis com conteúdo penal que, na realidade, estão carregadas de grande valor simbólico e, na prática, não importarão na redução da criminalidade ou no aumento da segurança. Até porque, a fim de atender aos anseios sociais, essas leis são editadas de afogadilho, sem qualquer levantamento de dados ou estudo prévio, fazendo do sistema penal o mecanismo para dissimular os problemas sociais existentes que, em regra, são a causa da criminalidade. Isso porque caso deixe transparecer que o Governo não é capaz de conter a violência, dificilmente seu representante se manterá no poder.

Na verdade, a mídia, sabedora da aceitação popular do Direito Penal repressivo, sobretudo em razão dos altos índices de criminalidade, divulga as notícias de modo a influenciar a opinião pública que passa a se preocupar com a

pessoa do delinquente e não raciocina a respeito das causas que podem levá-lo a praticar crimes.

Nesse cenário, não é necessário demonstrar a efetividade da lei criada, bastando a sua mera existência como se fosse suficiente para solucionar os problemas sociais, pois é menos dispendioso editar uma lei do que identificar, enfrentar e buscar soluções para os problemas sociais que são a raiz da criminalidade.

A mídia é usada para que os políticos satisfaçam seus interesses eleitoreiros, incutindo o medo e a insegurança na população que, por sua vez, cobra leis penais mais rígidas. Os políticos editam-nas, satisfazendo o interesse coletivo e transparece a imagem do legislador atento e preocupado com a segurança da população, independentemente de ser ou não ser eficaz a nova legislação. Por ser essa a forma mais rápida e barata de supostamente solucionar a questão referente ao aumento da criminalidade, ela passa a ser adotada sem preocupação com buscar solucionar as causas que levam os indivíduos a delinquir. O objetivo é deixar transparecer a ideia, ainda que falsa, de que se está garantindo segurança ao eleitorado.

Traduz-se, assim, o Direito Penal, auxiliado pela mídia oficial e pela estatística criminal, em um instrumento de controle, utilizando-se das agências estatais para manutenção do processo de acumulação de riquezas e concentração de poder nas mãos da classe dominante, reproduzindo a estrutura social desigual carregada de elementos estigmatizadores e excludentes das classes mais baixas. Portanto, a criminalidade tem natureza social e definitória, acentuando seu papel no controle social e na sua construção seletiva, direcionando a investigação das causas do crime para a reação social da conduta desviada destacada pelo papel exercido pelos meios de comunicação de massa mediante o uso da estatística criminal (GIMENEZ e COITINHO, 2012)

A mídia constatou que tem maior apelo junto à população a divulgação dos crimes de maior visibilidade: os que, na maior parte das vezes, envolvem violência, praticados, em regra, pelos mais pobres, os que causam menor dano à sociedade como um todo em relação à veiculação dos crimes praticados pelos mais abastados, denominados crimes do colarinho branco, em que pese estes causarem dano social muito maior que os primeiros.

Por isso, confere maior atenção e preocupa-se em divulgar os crimes comuns, praticados pelos menos favorecidos, como forma de controlá-los, dissipando a ideia de que seus autores representam verdadeiro perigo social. Assim colaboram com a preservação do poder nas mãos dos mais abastados, protegendo os interesses

destes das camadas menos favorecidas cujos interesses, por sua vez, permanecem desprotegidos, uma vez que os crimes praticados pelos mais ricos, que causam maior dano social, não são divulgados para que a população não tome deles ciência e não exija a punição de seus autores.

A imprensa também atua de modo a desviar a atenção de todos para determinado fato como se fosse o acontecimento mais importante daquele momento, deixando de dar a devida importância para outras ocorrências cuja divulgação não seria interessante para aqueles que pretendem se manter no poder, o que contribui para a alienação popular disfarçada de falso conhecimento.

6 A JUSTIÇA RESTAURATIVA E A POSSIBILIDADE DE SUA IMPLEMENTAÇÃO NO ESTADO DO TOCANTINS

6.1 Conceito, características e princípios

Diante da inegável crise por que passa o sistema penal tradicional, buscam-se alternativas a fim de restabelecer sua legitimidade. Para tanto, é necessário que os atores do sistema reconheçam a existência do problema e mostrem-se dispostos a buscar soluções para ele.

Também é preciso incentivar a transformação da cultura da sociedade brasileira voltada para o litígio para que se passe a buscar alternativas conciliatórias para os dissídios, inclusive para as lides penais.

A justiça restaurativa representa uma opção para a solução dos conflitos penais e vem ao encontro da democracia por se tratar de uma maneira participativa e inclusiva de solucionar os conflitos. A solução deixa de ser imposta de forma unilateral pelo Estado e passa a ser discutida e buscada por todos os envolvidos no conflito, o que permite torná-la mais satisfatória que a pena diante da complexidade do fenômeno criminal.

Segundo Jaccoud (2005), nas sociedades primitivas, período conhecido como das vinganças privadas, em que o interesse coletivo predominava sobre o individual, quando algum membro do grupo praticava uma infração, buscava-se, a par das formas de puni-lo, soluções negociadas que mantivessem a integralidade do grupo, tendo sido essa prática reduzida com a centralização do poder nas mãos dos monarcas. Mas, mesmo durante esse período, em que os colonizadores impuseram a adoção do direito unificado, foram mantidos resquícios da justiça restauradora.

Prossegue a autora ressaltando que a justiça restaurativa teve sua origem nas sociedades comunais em geral, não podendo se afirmar que sua fonte seria somente a sociedade dos povos nativos.

Outros fatores encorajaram o aparecimento do modelo da justiça restaurativa. Faget (1997) sustenta que três correntes de pensamento favoreceram o ressurgimento da justiça restaurativa e dos processos que a ela estão associados (em particular a mediação) nas sociedades contemporâneas ocidentais: trata-se dos movimentos 1) de contestação das instituições repressivas, 2) da descoberta da vítima e 3) de exaltação da comunidade. (JACCOUD, 2005, p. 164)

Conforme Achutti (2014), o primeiro movimento restaurativo surgiu nos Estados Unidos, na Universidade de Berkeley, na Califórnia e em Chicago e contestava as instituições repressivas, tendo repercutido na Europa onde os escritos de Louk Hulsman e Michel Foucault, dentre outros, levaram à análise sobre a necessidade de uma justiça penal humanista e não repressiva.

Conforme Faget *apud* Jaccoud (2005), após a 2ª Guerra, despertou a preocupação com a vítima dos delitos que, até então, não participava do processo penal. O terceiro fator, consistente na valorização das qualidades da comunidade,

retomando os valores das sociedades tradicionais, nas quais a solução para os conflitos era acordada.

Larrari (2004) aponta o movimento abolicionista e a vitimologia como as tendências que precederam a justiça restaurativa, além das críticas feitas ao sistema penal tradicional e da busca por penas alternativas à prisão.

Segundo Jaccoud (2005), além das causas apontadas por Faget, há outras concernentes a modificações ocorridas fora do campo penal e conclui que

A justiça restaurativa é, assim, o fruto de uma conjuntura complexa. Diretamente associada, e seu início, ao movimento de descriminalização, ela deu passagem ao desdobramento de numerosas experiências-piloto do sistema penal a partir da metade dos anos setenta (fase experimental), experiências que se institucionalizaram nos anos oitenta (fase de institucionalização) pela adoção de medidas legislativas específicas. A partir dos anos 90, a justiça restaurativa conhece uma fase de expansão e se vê inserida em todas as etapas do processo penal. (JACCOUD, 2005, p. 166)

Achutti (2014), invocando lições de Walgrave, destaca que a justiça restaurativa tem, em sua origem, três orientações: o movimento feminista e sua busca pelos direitos das vítimas, o comunitarismo, enquanto valorização da comunidade por ser o ambiente perfeito para a implementação da justiça restaurativa que, por sua vez, contribuiria para o fortalecimento da vida em comunidade e o abolicionismo penal, decorrente da criminologia crítica, desenvolvida nas décadas de setenta e oitenta que indicava a possibilidade de extinguir o sistema penal e substituí-lo por outras formas de resolução de conflitos.

A afirmação/conquista dos direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração guarda estreita relação com o momento histórico, a organização social e a realidade econômica da época.

A justiça restaurativa encontra seu fundamento nos direitos humanos de quarta geração, ou seja, na solidariedade que deve permear as relações humanas. Caberá aos envolvidos no conflito penal ouvir uns aos outros para, diante das diversidades apresentadas, tentarem, juntos, buscar uma solução para o conflito causado pelo delito, com enfoque não apenas na sua realidade, mas também na do outro, buscando restabelecer o *status quo ante*. O objetivo é assegurar a participação dos envolvidos e afetados diretamente pelo delito na busca por soluções, tratando-se, portanto, de modelo mais inclusivo que o tradicional no qual a vítima é colocada em segundo plano e a solução é imposta ao autor da infração sem qualquer preocupação em buscar a origem dos motivos que o levaram a delinquir.

O fim principal a ser alcançado deve ser solucionar o conflito causado pelo delito, ou seja, resolver o problema, buscar a pacificação entre os diretamente atingidos pela sua prática e não simplesmente punir o delinquente.

Constitui pressuposto para viabilizar a implementação do novo sistema, a mudança do paradigma punitivo para o restaurativo.

A justiça restaurativa não pretende abandonar o sistema penal tradicional, mas atuar conjuntamente com ele, em caráter complementar. Trata-se de uma alternativa ao sistema penal tradicional que não visa sua extinção, mas sim amenizar seus efeitos estigmatizantes e discriminatórios, conferindo maior respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Justiça restaurativa é um processo para envolver, tanto quanto possível, todos aqueles que têm interesse em determinada ofensa, num processo que coletivamente identifica e trata os danos, necessidades e obrigações decorrentes da ofensa, a fim de promover o restabelecimento das pessoas e endireitar as coisas, na medida do possível. (ZEHR, 2012, p. 49)

Para Saliba (2009), o conceito de justiça restaurativa está em construção e por isso não há consenso formado sobre ele, existindo apenas aspectos em comum entre os doutrinadores, sobretudo no que se refere à participação da vítima, do ofensor e da comunidade no procedimento destinado a solucionar o conflito.

Para Andre Gamma de Azevedo trata-se de uma

proposição metodológica por intermédio da qual se busca, por adequadas intervenções técnicas, a reparação moral e material do dano, por meio de comunicações efetivas entre vítimas, ofensores e representantes da comunidade voltadas a estimular: i) a adequada responsabilização por atos lesivos; ii) a assistência material e moral de vítimas; iii) a inclusão de ofensores na comunidade; iv) o empoderamento das partes; v) a solidariedade; vi) o respeito mútuo entre vítima e ofensor; vii) a humanização das relações processuais em lides penais; e viii) a manutenção ou restauração das relações sociais subjacentes eventualmente preexistentes ao conflito. (AZEVEDO *apud* SALIBA, 2009, p. 146)

A justiça restaurativa busca maior envolvimento das partes e da comunidade na solução dos conflitos penais e, portanto, constitui verdadeiro exercício de democracia e da cidadania, pois no Estado Democrático de Direito não é concebível que a sociedade seja cada vez mais alijada do exercício do poder, como vem ocorrendo no sistema penal tradicional, de caráter retributivo.

O objetivo principal da justiça restaurativa consiste em solucionar o problema, decorrente da infração penal, mediante a colaboração dos envolvidos, tanto daqueles que foram prejudicados por sua prática, que terão a chance de se manifestar e relatar em que foram atingidos, quais os danos que sofreram, buscando formas de repará-los e de evitar recidivas, como do transgressor, a quem é dada a oportunidade de se redimir, ressarcir o dano e deixar para trás o estigma de delinquente. Para que exista na prática, a justiça restaurativa necessita da colaboração voluntária dos envolvidos no conflito.

Trata-se, enfim, de suprir as necessidades emocionais e materiais das vítimas e, ao mesmo tempo, fazer com que o infrator assuma responsabilidade por seus atos mediante compromissos concretos (JESUS, 2008, p. 16)

Compete às partes envolvidas no conflito fazer com que as alternativas propostas através desse novo modelo de Justiça, atendam às suas necessidades, dentre elas a de reparar o dano causado pela infração.

Além da vítima e do delinquente, são afetados diretamente pelo delito aqueles que mantêm relações muito próximas com eles: seus familiares e amigos íntimos. A sociedade bem como os grupos de que fazem parte autor e vítima (igreja, escola, associação de bairro) são afetadas pelo conflito decorrente do delito, ainda que de forma secundária, mas podem auxiliar no processo restaurativo.

Durante os encontros realizados na forma de debates ou mesas redondas, todos os envolvidos devem ter a oportunidade de se manifestar a fim de que possam dar vazão aos seus sentimentos, estabelecendo-se uma verdadeira interação comunicacional entre eles.

As vítimas são prejudicadas pela falta de controle que sentem em consequência da transgressão. Elas precisam readquirir seu sentimento de poder pessoal. Esse fortalecimento é o que transforma as vítimas em sobreviventes. Os transgressores prejudicam seu relacionamento com suas comunidades de assistência ao trair a confiança das mesmas. Para recriar essa confiança eles devem ser fortalecidos para poder assumir responsabilidade por suas más ações. Suas comunidades de assistência preenchem suas necessidades garantindo que algo será feito sobre o incidente, que tomarão conhecimento do ato errado, que serão tomadas medidas para coibir novas transgressões e que vítimas e transgressores serão reintegrados as suas comunidades. As partes secundárias, que não estão ligadas emocionalmente às vítimas e transgressores, não devem tomar para si o conflito daqueles a quem pertence, interferindo na oportunidade de reconciliação e reparação. A resposta restaurativa máxima para as partes interessadas secundárias deve ser a de apoiar e facilitar os

processos em que as próprias partes interessadas principais determinam o que deve ser feito. Estes processos reintegrarão vítimas e transgressores, fortalecendo a comunidade, aumentando a coesão e fortalecendo e ampliando a capacidade dos cidadãos de solucionar seus próprios problemas. (MC COLD e WACHTEL *apud* JESUS, 2008, p. 16-17)

Na Justiça Restaurativa, cabe às partes interessadas, afetadas direta ou indiretamente pelo delito – autor, vítima e comunidade – buscarem juntas a melhor solução para o litígio, que torne possível em reparar o dano sofrido pela vítima, que necessita recompor-se, inclusive emocionalmente e fazer com que o transgressor assuma a responsabilidade por seus atos.

A justiça restaurativa representa um avanço em relação ao sistema penal tradicional no qual não é dada à vítima a oportunidade de expressar seus sentimentos, traumas e medos decorrentes da infração penal, A vítima não tem a oportunidade de ouvir o infrator e, caso queira, perdoá-lo, reduzindo sua importância à condição de testemunha. Ela não participa e muitas vezes sequer toma conhecimento do desfecho dado para a ação penal cujo objetivo não é reparar o dano e tentar amenizar os traumas vivenciados pela vítima, mas tão somente punir o infrator.

Conforme destaca Achutti,

atualmente, pode-se dizer que a vítima não é admitida pelo sistema oficial por, dentre outros motivos, representar um risco considerável de trazer elementos irracionais ao processo penal e, com isso, comprometer a racionalidade de seu funcionamento. O processo penal, nesse contexto, é uma ferramenta para satisfazer unicamente os interesses punitivos do Estado, sem qualquer finalidade reparatória para a vítima (2014, p. 38)

O sistema penal tradicional também não permite ao infrator expor seus sentimentos, revelar os motivos que o levaram a delinquir, demonstrar seu arrependimento ou desculpar-se com a vítima, com quem, muitas vezes, não tem qualquer tipo de contato.

Diante desse contexto, o sistema de justiça que busca promover o encontro entre os envolvidos, permitir e facilitar o diálogo entre eles, oportunizando a cada um conhecer a realidade do outro e, diante dela, sugerir alternativas para reduzir o mal causado pelo delito, será um sistema que, sem dúvida, fará com que as partes envolvidas deixem de ser meras espectadoras, alienadas e alijadas do processo penal em que se discute um acontecimento de suas vidas, para assumirem o papel principal, buscando soluções que atendam às suas necessidades, através do diálogo

e dos sentimentos expostos por todos. Com essa forma de atuação diversa da proposta pelo sistema penal tradicional, a justiça restaurativa contribuirá com a diminuição da criminalidade e dos índices de reincidência e colaborará com a civilidade da sociedade civil.

É evidente que a aceitação de modelos de justiça restaurativa também implica uma suficiente maturação da consciência social, acarretando um espírito crítico e compreensivo que se desprenda de conceitos que ainda hoje fazem sentir como sendo retributivos. (ROBALO, 2012, p. 30)

Para que haja sucesso na prática restaurativa, os envolvidos devem participar dela voluntariamente. Busca-se a informalidade e a atuação de um facilitador na tentativa de obter o resultado restaurativo que satisfaça as necessidades dos envolvidos.

E promoverá a democracia participativa na área de Justiça Criminal, uma vez que a vítima, o infrator e a comunidade se apropriam de significativa parte do processo decisório, na busca compartilhada de cura e transformação, mediante uma recontextualização construtiva do conflito, numa vivência restauradora. (GOMES PINTO, 2005, p. 21)

Segundo MacCold, Paul e Wachtel, *apud* Gomes Pinto (2005), o objetivo primordial da Justiça Restaurativa não é reduzir os índices de criminalidade, mas sobretudo diminuir a repercussão que a infração causa nos cidadão, sobretudo naqueles diretamente afetados por sua prática e restaurar os danos causados pelo delito.

Por se tratar de procedimento que tem como pressuposto a voluntariedade dos envolvidos, estes a qualquer tempo podem abandoná-lo e a sua anuência com o procedimento não poderá ser usada como prova ou indício em outro processo.

Gomes Pinto (2005) retrata as diferenças entre a Justiça Restaurativa e a Justiça Retributiva em relação aos valores, procedimentos, resultados, efeitos para o infrator e para a vítima, da seguinte forma:

VALORES

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Conceito jurídico-normativo de Crime – ato contra a sociedade representada pelo Estado – Unidisciplinarietà	Conceito realístico de Crime – Ato que traumatiza a vítima, causando-lhe danos. Multidisciplinarietà
Primado do Interesse Público (Sociedade, representada pelo Estado, o Centro) –	Primado do Interesse das Pessoas Envolvidas e Comunidade – Justiça Criminal participativa

Monopólio estatal da Justiça Criminal	
Culpabilidade Individual voltada para o passado – Estigmatização	Responsabilidade, pela restauração, numa dimensão social, compartilhada coletivamente e voltada para o futuro
Uso Dogmático do Direito Penal Positivo	Uso Crítico e Alternativo do Direito
Indiferença do Estado quanto às necessidades do infrator, vítima e comunidade afetados – desconexão	Comprometimento com a inclusão e Justiça Social gerando conexões
Mono-cultural e excludente	Culturalmente flexível (respeito à diferença, tolerância)
Dissuasão	Persuasão

PROCEDIMENTOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Ritual Solene e Público	Comunitário, com as pessoas envolvidas
Indisponibilidade da Ação Penal	Princípio da Oportunidade
Contencioso e contraditório	Voluntário e colaborativo
Linguagem, normas e procedimentos formais e complexos – garantias.	Procedimento informal com confidencialidade
Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito	Atores principais – autoridades (representando o Estado) e profissionais do Direito
Processo Decisório a cargo de autoridades (Policia, Delegado, Promotor, Juiz e profissionais do Direito) – unidimensionalidade	Processo Decisório compartilhado com as pessoas envolvidas (vítima, infrator e comunidade) – Multidimensionalidade

RESULTADOS

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Prevenção Geral e Especial – Foco no infrator para intimidar e punir	Abordagem do Crime e suas Consequências – Foco nas relações entre as partes para restaurar
Penalização, penas privativas de liberdade, restritivas de direitos, multa – Estigmatização e Discriminação	Pedido de desculpas, reparação, restituição, prestação de serviços comunitários – reparação do trauma moral e dos prejuízos emocionais – restauração e inclusão
Tutela penal de bens e interesses, com a punição do Infrator e proteção da sociedade	Resulta responsabilização espontânea por parte do infrator
Penas desarrazoadas e desproporcionais em regime carcerário desumano, cruel, degradante e criminoso – ou – penas alternativas ineficazes (cestas básicas)	Proporcionalidade e Razoabilidade das Obrigações Assumidas no Acordo Restaurativo
Vítima e Infrator isolados, desamparados e desintegrados. Ressocialização Secundária	Reintegração do Infrator e da Vítima prioritárias
Paz Social com Tensão	Paz Social com dignidade

EFEITOS PARA A VÍTIMA

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
---------------------	----------------------

Pouquíssima ou nenhuma consideração, ocupando o lugar periférico e alienado no processo. Não tem participação, nem proteção, mal sabe o que se passa	Ocupa o centro do processo, com um papel e com voz ativa. Participa e tem controle sobre o que se passa
Praticamente nenhuma assistência psicológica, social, econômica ou jurídica do Estado	Recebe assistência, afeto, restituição de perdas materiais e reparação
Frustração e Ressentimento com o sistema	Tem ganhos positivos. Supre-se as necessidades individuais e coletivas da vítima e comunidade

EFEITOS PARA O INFRATOR

JUSTIÇA RETRIBUTIVA	JUSTIÇA RESTAURATIVA
Infrator considerado em suas faltas e sua má formação	Infrator visto no seu potencial de responsabilizar-se pelos danos e consequências do delito
Raramente tem participação	Participa ativa e diretamente
Comunica-se com o sistema pelo advogado	Interage com a vítima e com a comunidade
É desestimulado e mesmo inibido a dialogar com a vítima	Tem oportunidade de desculpar-se ao sensibilizar-se com o trauma da vítima
É desinformado e alienado sobre os fatos processuais	É informado sobre os fatos do processo restaurativo e contribui para a decisão
Não é efetivamente responsabilizado, mas punido pelo fato	É inteirado das consequências do fato para a vítima e comunidade
Fica intocável	Fica acessível e se vê envolvido no processo
Não tem suas necessidades consideradas	Supre-se suas necessidades

Conforme Gomes Pinto (2005), esse modelo de justiça é criticado e enfrenta resistências sob os argumentos de que sua implementação: representaria um retrocesso à fase da vingança privada, não seria suficiente para restaurar a vítima e a ordem jurídica atingidas pelo delito, representaria a privatização do Direito penal, pois o delinquente e a vítima seriam fiscalizados por particulares e não por autoridades devidamente investidas para tanto, beneficiaria em demasia o delinquente e incentivaria a impunidade.

O próprio autor rebate as críticas, enfatizando que, mesmo na fase da vingança privada, eram desenvolvidas práticas restaurativas que foram abandonadas com o passar do tempo e com a afirmação da justiça penal tradicional, as quais seriam retomadas. Destaca que a ordem jurídica será reparada por meio da valorização da vítima que recuperará sua autoestima, segurança e dignidade e da recomposição do autor que terá oportunidade de se restabelecer de forma efetiva,

pois não só será responsabilizado como terá a chance de participar de programas que lhe permitam se ressocializar de forma digna.

Segundo ele, não se trata de usurpação do controle jurisdicional exercido pelas autoridades; trata-se de justiça comunitária, com a participação da população. Acrescenta que os acordos firmados serão submetidos à análise do Ministério Público e do advogado e, posteriormente, homologados pelo Poder Judiciário; qualquer das partes poderá questioná-lo judicialmente, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Conclui asseverando que a realidade demonstra a falência da pena de prisão e que os acordos que culminam em pagamento de cestas básicas descredibilizam a Justiça.

Embora não haja previsão legal para a implantação do procedimento restaurativo, sua adoção se torna viável por meio da interpretação extensiva, prevista no art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil, dos dispositivos legais existentes, desde que a solução restaurativa não seja imposta às partes, que devem saber que se trata de uma alternativa a mais para solucionar o conflito, de modo que sua participação seja voluntária, devendo o facilitador suspender o procedimento, caso vislumbre indícios de tensão, ameaça ou agressividade.

Para que a prática restaurativa obtenha sucesso, recomenda-se, inicialmente, consultar o autor da infração acerca do desejo de participar dos encontros. Após a sua anuência, a vítima será consultada sem que se crie qualquer tensão entre eles.

Os encontros devem ser realizados em locais informais, que não guardem relação com a formalidade forense e assegurem o respeito aos participantes e os faça sentirem-se à vontade para expor seus sentimentos. Os facilitadores devem estar preparados e ter sensibilidade bastante para intermediar os diálogos, assegurando o sigilo do procedimento e, se necessário, suspender os encontros, caso verifique que se acirraram os ânimos dos envolvidos e acentuou-se a animosidade entre eles. O procedimento deve ser flexível a fim de se amoldar às diferentes realidades dos envolvidos.

O ideal é que os centros de justiça restaurativa estejam aparelhados com equipe multidisciplinar e contem com o apoio dos outros órgãos governamentais, como CAPES, CRAS, para onde possa ser encaminhado o autor ou a vítima, caso seja necessário.

Após a celebração do acordo, o mesmo é encaminhado ao Ministério Público para manifestação e ao Poder Judiciário para homologação a fim de iniciar sua fase executiva.

(...) o modelo integrador se apresenta como o mais ambicioso plano de reação ao delito (...) O modelo se corporifica pela confrontação das partes envolvidas no conflito, com a utilização do instrumental da mediação, por fórmulas que devem observar os direitos fundamentais do infrator. Mesmo tratando-se de um modelo incipiente e ainda não concluído, podemos afirmar que traz vantagens para todos os envolvidos no fenômeno criminal. Ao infrator porque enseja seu amadurecimento pessoal, a partir do enfrentamento direto das consequências aproveitadas pela vítima, predispondo-o a comprometer-se na solução dos problemas que causou, (...)

No tocante à vítima, o modelo representa claros benefícios, na medida em que lhe devolve um papel relevante na definição da resposta estatal ao delito e preocupa-se em garantir a reparação dos danos sofridos e minimizar as consequências do fato, o que evita a vitimização secundária. (DE VITTO, 2005, p. 43)

O autor citado destaca ainda que a solução proposta pela Justiça Restaurativa também consiste em vantagens para a sociedade ao buscar a solução categórica para o conflito, pautada no compromisso das partes em cumprir o que foi acordado e, por ser a solução adequada à realidade dos envolvidos, será a mais acertada.

O procedimento na busca pelo resultado restaurativo deve ser flexível a fim de atingir as diferentes realidades dos envolvidos no conflito os quais devem se submeter a esse processo de forma voluntária, podendo dele desistir a qualquer tempo, sem que a falta de acordo implique no aumento da pena do infrator.

Em regra o procedimento, que será sempre sigiloso, será dividido em duas etapas: na primeira ouvem-se os envolvidos, suas expectativas, seus traumas, as causas e consequências da infração penal para cada um deles; na segunda, autor e vítima, com o auxílio do facilitador, cuja intervenção deve ser a mínima possível, sem envolvimento direto com o problema apresentado e sem aconselhamento das partes, apresentam o acordo restaurativo a ser redigido de forma clara e precisa e prever formas de fiscalização e de garantia do cumprimento.

O processo restaurativo tem como pressuposto o diálogo estabelecido entre as partes, sem que haja dominação de uma sobre a outra. Trata-se de um procedimento participativo e inclusivo em que se buscam a maior participação dos

envolvidos e da comunidade e a menor interferência do Estado e dos atores do sistema penal tradicional.

Como a prática restaurativa será estabelecida em cada caso concreto a partir do consenso dos envolvidos após discutirem e deliberarem sobre o caso, a sensação que terão é de que a Justiça foi efetivamente realizada, satisfazendo suas expectativas.

Os facilitadores devem ser incentivados a participar do processo restaurativo não em razão de salários ou vantagens que possam receber, mas pelo sentimento de estarem contribuindo com a pacificação social.

Jaccoud define Justiça Restaurativa como:

uma aproximação que privilegia toda a forma de ação, individual ou coletiva, visando corrigir as consequências vivenciadas por ocasião de uma infração, a resolução de um conflito ou a reconciliação das partes ligadas a um conflito. (2005, p. 169)

Partindo das finalidades que a justiça restaurativa busca atingir, é possível afirmar que encara o delito não como mera infração à ordem jurídica, mas um fato que causa danos, prejuízos e que tem consequências.

A finalidade da justiça restaurativa não é substituir o sistema penal tradicional, mas atuar junto com ele, de forma complementar. Sua implementação implica na descentralização da justiça e acarretará a diminuição dos processos criminais submetidos à justiça comum. Ainda, melhorará a imagem do sistema de justiça penal junto à sociedade, na medida em que permitirá que seus integrantes tenham mais acesso à informação e possam vivenciar sua atuação de forma mais próxima, podendo participar ativamente do processo restaurativo. Em última análise, contribuirá com a recuperação da confiança da sociedade no sistema penal tradicional.

Considerando que, na realidade tocantinense, como no restante do país, o acesso à justiça é dificultoso aos mais pobres, em razão dos gastos que têm para se deslocarem de suas casas, normalmente situadas nas periferias até os fóruns, localizados nos centros das cidades, ou em cidades vizinhas, aliado ao fato de que o formalismo do ambiente forense inibe e afasta os mais humildes, a justiça restaurativa, enquanto espécie descentralizada, que deverá ser realizada em espaços físicos diversos daqueles em que funciona a justiça tradicional, contribuirá com a efetivação do princípio do acesso à justiça.

A Justiça Restaurativa permite que as partes envolvidas apoderem-se do conflito para juntas chegarem a um acordo, sem a preocupação em atribuir culpa. Diferentemente do que ocorre no sistema penal tradicional, em que os casos são selecionados pelos atores do sistema e a solução para o conflito é imposta pela elite judiciária, na Justiça Restaurativa, é a própria comunidade e aqueles que estão diretamente envolvidos no conflito que buscam solucioná-lo, conforme a realidade que integram e conhecem. Por essa razão, o ideal é que os facilitadores sejam integrantes da comunidade, pois assim conhecerão a realidade dos envolvidos.

A justiça restaurativa também enfatiza os direitos humanos e a necessidade de reconhecer o impacto de injustiças sociais ou substantivas e de alguma forma resolver esses problemas – ao invés de simplesmente oferecer aos infratores uma justiça formal ou positivada e, às vítimas, justiça alguma. Dessa forma, seu objetivo é restituir à vítima a segurança, o auto-respeito, a dignidade e, mais importante, o senso de controle. Objetiva, além disso, restituir aos infratores a responsabilidade por seu crime e respectivas consequências; restaurar o sentimento de que eles podem corrigir aquilo que fizeram e restaurar a crença de que o processo e seus resultados foram leais e justos. E, finalmente, a justiça restaurativa encoraja um respeito e sensibilidade pelas diferentes culturas, e não a preponderância de uma cultura sobre outra. (MORRIS, 2005, p. 441)

Larrari (2004) destaca que algumas práticas restaurativas podem resultar na prisão do infrator, mas isso não altera sua finalidade, tornando-a punitiva, pois seu objetivo continua sendo a reparação e não a retribuição. Por isso, essa forma de justiça é menos punitiva que a tradicional, não apenas porque a ela são submetidas as infrações de menor gravidade, mas, sobretudo, porque se volta para a vítima e não para o infrator.

Saliba traz o seguinte conceito para a justiça restaurativa

processo de soberania e democracia participativa numa justiça penal social e inclusiva, perante o diálogo das partes envolvidas no conflito e comunidade, para melhor solução que o caso requer, analisando-o em suas peculiaridades e resolvendo-o em acordo com a vítima, o desviante e a comunidade, numa concepção de direitos humanos extensíveis a todos, em respeito ao multiculturalismo e à autodeterminação (2009, p. 148)

Ou seja, para que a prática restaurativa seja exitosa, a participação dos atores do sistema penal deve ser restrita à análise *a posteriori* dos acordos celebrados entre os envolvidos no conflito, apenas para assegurar a observância ao princípio da legalidade e às garantias constitucionais dos direitos do infrator, evitando acordos aviltantes que importem em violação dos direitos humanos.

A fim de evitar que a justiça restaurativa seja devorada pelo sistema penal tradicional e dominada pela burocratização, como ocorreu com os juizados especiais criminais, não se deve permitir que seja ela comandada pelos atores do sistema penal tradicional, cuja atuação é calcada na cultura inquisitória, o papel principal é exercido pelo juiz e os envolvidos participam apenas de forma subsidiária.

Achutti (2014) destaca que embora não seja possível adotar uma definição que seja amplamente aceita acerca do que seja justiça restaurativa, o que é fundamental para todos os programas que se considerem como tal é a participação direta e efetiva das partes que, por meio do diálogo, buscarão a solução para o conflito, deixando de existir o monopólio estatal na imposição da solução.

O referido autor prossegue, invocando os ensinamentos de Johnstone e Van Ness e destaca que

para que as práticas de administração de conflitos tenham credibilidade ao serem consideradas como restaurativas, deverão apresentar uma ou mais das seguintes características: i) o processo deverá ser relativamente informal e envolver todas as partes (vítimas, ofensores e outros) afetadas pelo delito para discutir o que aconteceu, qual a extensão do dano causado e o que deve ser feito para repará-lo; ii) deverá haver ênfase no protagonismo das pessoas afetadas pelo delito; iii) os mediadores ou facilitadores deverão se esforçar para que a resposta ao problema seja o menos estigmatizante e punitiva possível ao ofensor, de forma que este possa reconhecer o dano sem receios e se responsabilizar pela sua reparação; iv) mediadores ou facilitadores deverão buscar garantir que o processo e os seus resultados sejam guiados por princípios ou valores considerados como desejáveis em qualquer interação entre pessoas (respeito, inclusão, etc.), e evitar os indesejáveis (violência, coerção, etc.); v) mediadores e facilitadores deverão dedicar atenção redobrada aos danos causados às vítimas e às necessidades deles decorrentes; vi) deverá haver ênfase no fortalecimento ou na reparação das relações entre as pessoas envolvidas. (ACHUTTI, 2014, p. 61-62)

Diversamente do que ocorre com o processo penal tradicional cuja atuação é voltada para o crime ou para o delinquente, o objeto principal da justiça restaurativa são as consequências do crime (dano) e as relações sociais diretamente atingidas por ele.

A inversão do objeto, como refere Sica (2007, p. 27), terá como consequência direta a alteração dos objetivos e, essencialmente, a forma de proceder: antes de se buscar, por meios inquisitórios, a verdade real dos fatos, será realizado um encontro entre os envolvidos, para que cada um possa relatar a sua versão sobre o ocorrido e, após a escuta de todos, seja deliberada a melhor maneira de lidar com os danos causados. 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, 2014, p. 67)

São as particularidades de cada caso concreto que inviabilizam a adoção de procedimentos previamente estabelecidos, pois serão adotados aqueles que, em cada caso, melhor se ajustem na busca pela solução restaurativa do conflito.

Saliba, invocando as lições de Marshall, Boyack e Bowen, enumera como valores fundamentais do modelo restaurativo

Participação dos afetados pelo crime, que passam a adotar uma postura ativa e decisória. Respeito pelos valores do ser humano, independentemente de sua origem cultural, racial, social, religiosa etc. Honestidade no falar e agir, sem ocultar sentimentos pessoais de honra ou desonra, raiva ou alegria, provocados pelo fato criminoso. Humildade no reconhecimento da falibilidade e vulnerabilidade do ser humano. Interconexão dos laços sociais e reconhecimento de todos os envolvidos no conflito como membros de uma rede de relacionamento, num processo comunitário. Responsabilidade das partes por suas condutas e aceitar as consequências decorrentes, em especial daquele que executou o ato criminoso. Empoderamento das partes para livre manifestação de sua vontade e seus interesses. Esperança de “cura para as vítimas, a esperança de mudança para os infratores e a esperança de maior civilidade para a sociedade. (SALIBA, 2009, p. 153)

Segundo Robalo (2012), a justiça restaurativa constitui alternativa ao processo penal tradicional, independe dele, tem autonomia e, portanto, não há relação de subordinação entre o sistema penal tradicional e o restaurativo. Este é vantajoso em relação àquele por permitir que o conflito seja solucionado com maior celeridade e de forma mais econômica, pois dispensa a movimentação de toda a máquina judiciária. Para o Estado será menos dispendioso arcar com as custas para o desenvolvimento de projetos restaurativos do que custear o processo penal tradicional. No primeiro caso, o gasto será basicamente com a remuneração do facilitador e financiamento de pessoal e material necessário para o trabalho administrativo necessário o que, por certo, implica em gastos menores que os pagamentos de servidores da justiça tradicional, salários de juízes, promotores de justiça e outros envolvidos nesse processo. A referida autora acrescenta que, por meio da justiça restaurativa, é possível evitar a estigmatização do criminoso.

Saliba (2009) aponta como princípios inerentes à justiça restaurativa: (i) princípio do processo comunicacional em que, segundo ele, deve vigorar a ética da solidariedade, uma vez que um dos objetivos principais dessa espécie de justiça é viabilizar o encontro e o diálogo entre as partes; (ii) princípio do consenso, que tem

como pressuposto o respeito às diferenças culturais existentes entre as partes, cuja participação no processo restaurativo deve ser voluntária; (iii) princípio da resolução alternativa e efetiva do conflito, uma vez que, por se tratar de maneira alternativa para solucionar os conflitos a que as partes aderem voluntária e conjuntamente, por meio do diálogo, elas apontarão a solução, comprometendo-se a cumprir o acordo firmado, o que assegura maior efetividade na adoção das medidas apontadas; e (iv) princípio do respeito absoluto aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana.

Braithwaite *apud* Achutti (2014) divide os valores inerentes à justiça restaurativa em três grupos: (i) obrigatórios, cuja ausência afeta a natureza restaurativa das práticas (não-dominação, respeito aos limites, escuta respeitosa, igualdade de preocupação com os partícipes, possibilidade de recorrer, a qualquer momento, à justiça tradicional, respeito aos Direitos Humanos); (ii) inerentes às práticas restaurativas (reparação dos danos materiais, restauração da dignidade das partes, por exemplo); e (iii) referentes aos resultados das práticas bem sucedidas (pedido de desculpas, arrependimento, perdão).

Achutti (2014) destaca que da Resolução n.º 2002/12 da Organização das Nações Unidas, é possível extrair que a participação das partes no processo restaurativo deve estar sempre revestida de voluntariedade e que, caso desistam do processo, a culpa porventura assumida pelo ofensor durante ele, não poderá ser usada em seu desfavor quando o conflito for submetido ao processo penal tradicional.

Prossegue o aludido autor asseverando que o procedimento restaurativo deve ser flexível a fim de facilitar a realização de encontros e a celebração de acordos entre os envolvidos e deve ter assegurada a sua confidencialidade que só poderá ser quebrada mediante autorização das partes. Conforme art. 17 da Resolução, caso o acordo firmado não seja cumprido, o processo deverá ser novamente encaminhado ao programa restaurativo ou à justiça comum.

Para a operacionalização da justiça restaurativa é necessário que o facilitador atue de forma isenta, independente, desinteressada e tenha conhecimento acerca da realidade dos envolvidos e da cultura da comunidade do local.

As principais práticas restaurativas são:

Encontros entre vítima e ofensor, procedimento que

(...) terá início com um convite do mediador aos envolvidos no conflito (vítima e ofensor), com o objetivo de buscar uma reparação, compensação ou restituição para o dano causado pelo delito. Atuando como facilitador, o mediador não proporá qualquer acordo, e tampouco buscará forçar o entendimento entre as partes, mas exercerá a sua função buscando viabilizar o diálogo entre os envolvidos. (ACHUTTI, 2014, p. 78)

Os encontros podem ser realizados pessoalmente, colocando-se vítima e ofensor frente a frente ou de forma indireta. Nesta hipótese, o facilitador atuará também como mensageiro, fazendo a comunicação entre as partes que não terão contato pessoal.

Conferências de grupos familiares, nas quais se tem “a ampliação do círculo básico de participantes, que passa a incluir os familiares ou outras pessoas significativas para as partes diretamente envolvidas” (ZEHR, 2009, p. 58). Os demais, além da vítima e do ofensor, prestarão apoio a eles na busca pela solução para o conflito e no cumprimento do que for acordado.

Círculos, modalidade em que os participantes se dispõem em círculo e, em seguida, será dada a todos a oportunidade de manifestar-se. Por envolver maior número de participantes, as discussões e decisões são mais profundas. Achutti (2014) destaca os círculos de cura, cuja finalidade é restabelecer a paz afetada pelo delito e os círculos de sentença, cujo propósito é chegar ao julgamento do conflito, por meio de uma sentença.

Os círculos ampliam intencionalmente o rol de participantes. Vítimas, ofensores, familiares e às vezes profissionais do judiciário são incluídos, mas os membros da comunidade são partes essenciais. Eles podem ser convidados em função de sua ligação ou interesse em uma infração específica, ou por iniciativa da vítima ou do ofensor. Muitas vezes os membros são partes de um círculo permanente de voluntários da comunidade. (ZEHR, 2009, p. 62)

Considerando que uma das características da justiça restaurativa é a flexibilidade, o rol de práticas apresentado não é taxativo. Poderão surgir outras formas de implementação da justiça restaurativa desde que seja mantido seu caráter comunicacional, de modo que a solução para os conflitos seja fruto do diálogo entre as partes.

Sempre deverá ser assegurada a voluntariedade e o respeito pelas diversas culturas envolvidas, observando-se, sempre que possível, as tradições locais e as

singularidades de cada caso. O acordo firmado contemplará a reparação dos danos sofridos pela vítima e a responsabilização do ofensor.

6.2 Viabilidade e vantagens da implementação da Justiça Restaurativa no Estado do Tocantins para as infrações de menor potencial ofensivo e para os crimes que admitem a suspensão condicional do processo

Diante da realidade do Poder Judiciário e dos demais órgãos integrantes do sistema de justiça penal tocantinense, é viável a implementação do programa de justiça restaurativa a ser aplicado nas infrações de menor potencial ofensivo e naquelas que admitem a suspensão condicional do processo.

Nos termos do art. 61 da Lei n.º 9099/95, cuja redação foi alterada pela Lei n.º 11313/06, considera-se infração de menor potencial ofensivo aquela cuja pena máxima não ultrapasse dois anos. Nos termos do art. 76 da Lei retro mencionada, os autores de referidas infrações poderão ser beneficiados pela transação penal, desde que não tenham sido beneficiados anteriormente, pelo mesmo instituto, no prazo de cinco anos.

Conforme art. 89 do mesmo Diploma Legal, admite-se a suspensão condicional do processo nos casos em que a pena mínima prevista para o delito seja igual ou inferior a um ano e o seu autor não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado pela prática de outro crime.

Considerando que o procedimento previsto na Lei n.º 9099/95 contempla além da transação, a composição civil dos danos e a suspensão do processo que é condicionada à reparação do dano, salvo se não for possível, poder-se-ia questionar qual a diferença ou qual a vantagem de aplicação da justiça restaurativa nesses casos.

Inicialmente, cabe destacar que, diversamente dos outros dois institutos, a justiça restaurativa não considera os antecedentes criminais do infrator como fator impeditivo para a realização do acordo que também não é inviabilizado em razão da existência de acordos anteriores.

Assim, nada impede que um mesmo ofensor, no prazo de seis meses, por exemplo, por meio de práticas restaurativas, celebre dois ou mais acordos, com a mesma vítima ou com vítimas diversas, a fim de reparar os danos decorrentes de mais de uma infração que por ele tenha sido praticada.

A maior diferença entre os institutos consiste no fato de que a transação penal e a suspensão condicional do processo enquanto institutos despenalizadores, embora tenham sido criadas pela Lei n.º 9099/95, que define os princípios que regem os procedimentos dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, dentre eles o da simplicidade e da informalidade, na prática, foram atropelados pelo formalismo e pela burocracia do processo penal tradicional, de modo que sua aplicação se tornou fria e automatizada.

Na prática, ainda, isso significa que, na maioria das vezes, quando autor e vítima entram na sala de audiências, o termo de acordo já está formalizado, com a solução padronizada para todos os casos. Não lhes é dada a oportunidade de diálogo, tampouco de expressar seus sentimentos ou apresentar sua versão a respeito do ocorrido, limitando-se o condutor do ato a indagar se aceitam o acordo e, em caso positivo, ambos assinam o termo e saem da sala sem entender ao certo o que ocorreu.

Adotada a prática restaurativa, o facilitador deverá intermediar o diálogo entre os envolvidos que, juntos, apontarão a melhor solução para o conflito que pode consistir em mero pedido de perdão do ofensor à vítima. Nesse caso, não se deve buscar a realização do maior número de audiências e a celebração do maior número de acordos, ainda que padronizados, mas sim assegurar que o conflito foi solucionado de forma satisfatória para as partes, uma vez que os termos do acordo firmado foram determinados por elas, através do diálogo e respeito mútuo.

Embora a doutrina que trata do tema disponha que o programa restaurativo deverá ser colocado em prática em ambientes livres do formalismo forense e que os facilitadores preferencialmente devem ser membros da comunidade, conhecedores da cultura e dos costumes locais, na primeira fase de implantação do projeto, seria inevitável que as práticas ocorressem nos prédios dos fóruns e que os facilitadores fossem atores do sistema de justiça.

Isso porque, para que essa forma de justiça funcione, é necessário que haja uma mudança de paradigma, do retributivo para o restaurativo, o que exigirá que a sociedade tocantinense conheça e se familiarize com o programa, inicialmente desenvolvido em local comumente conhecido como destinado à realização da Justiça e que os diálogos e encontros sejam mediados por um servidor do sistema e não por um membro da comunidade, a fim de que o projeto adquira credibilidade.

Após tomar conhecimento do projeto, a comunidade passará a acreditar nele e despertará, em seus membros, o desejo de participar, por tomarem consciência de que estarão colaborando com a democracia, auxiliando nas atividades de um dos Poderes.

Há, portanto, a necessidade de estabelecer inicialmente um momento de sinalização comunicacional para que a sociedade vislumbre a abertura de novas formas de composição dos conflitos sociais.

Isto envolveria a possibilidade de participação de novos atores, a exemplo de representantes de grupos e movimentos sociais, associações de bairro, segmentos religiosos, órgãos de classe, instituições assistenciais e filantrópicas, contemplando sobretudo e essencialmente, aqueles direta ou indiretamente envolvidos e afetados pelo fenômeno criminoso.

A participação indispensável do Poder Judiciário Tocantinense, ao menos na primeira etapa deste projeto, repousa na sinalização, frente aos destinatários sociais da medida, de segurança e credibilidade nas decisões. Não obstante, operar-se-á a gradativa passagem desta estrutura para a incorporação, com exclusividade, dos direta e indiretamente afetados pelo fato criminoso, bem como de membros da sociedade civil. A consequência disso repercutirá na significativa e conveniente redução da atividade jurisdicional, com reflexos na redução de demandas judiciais e, sobretudo, no atingimento de critérios de justiça material.

Partindo daquilo que é conhecido para o novo, de forma gradativa, a implantação da justiça restaurativa torna-se mais realística, mais plausível do que se houvesse uma ruptura brusca com a estrutura existente para sua instalação.

Portanto, na primeira fase, o projeto poderia ser implantado apenas nas Comarcas onde existem varas especializadas dos juizados especiais cíveis, criminais ou mistos: Palmas, Araguaína, Colinas do Tocantins, Dianópolis, Guaraí, Gurupi, Miracema do Tocantins, Paraíso do Tocantins, Porto Nacional e Tocantinópolis.

Inicialmente, não haveria aumento de gastos com pessoal, pois o conciliador poderia acumular a função de facilitador.

Ficaria a cargo do Tribunal de Justiça ministrar curso de formação dos facilitadores, sobretudo com a finalidade de instruí-los a adotar as posturas inerentes ao projeto, as quais diferem do comportamento de conciliador.

Após o curso, em cada uma das Comarcas citadas, seriam selecionados os procedimentos destinados à apuração e julgamento de infrações de menor potencial ofensivo e de crimes cuja pena mínima não ultrapasse um ano, os quais seriam encaminhados ao facilitador.

O facilitador adotaria o cuidado inerente ao projeto de consultar as partes – primeiro o autor e depois a vítima – acerca do desejo de participar da prática restaurativa que, a princípio, seria desenvolvida apenas na forma de encontros entre ambos. Depois de consultá-los, caso consentissem, designar-se-ia data para o encontro e, frutífero o acordo, seria encaminhado ao Ministério Público para manifestação e ao Juiz para homologação.

Ao mesmo tempo em que divulgaria o projeto e, mediante anuência das partes, os acordos exitosos firmados, o Tribunal de Justiça fomentaria na comunidade, por meio de palestras e depoimentos daqueles que participaram do projeto, o interesse em participar das práticas restaurativas para que as associações de bairro, igrejas, instituições beneficentes e outros setores ou grupos se organizassem e indicassem um membro para participar da prática a ser desenvolvida na forma de círculos.

Conforme a sociedade fosse se familiarizando com o projeto e manifestando o desejo de participar de suas práticas, o Tribunal de Justiça poderia organizar processos seletivos para facilitadores a fim de que os conciliadores deixassem de ser facilitadores e passassem a função de facilitador a membros da comunidade local.

Também poderia ser solicitado o apoio das entidades locais para que cedessem seus espaços – igrejas, templos maçônicos, sedes de clubes como Rotary e Lions, além de outros – a fim de que neles passassem a ser realizadas as práticas, com o intuito de retirá-las do ambiente forense, por exemplo: igrejas, templos maçônicos, sedes de clubes como Rotary e Lions.

A falta de orçamento para remunerar os futuros facilitadores não poderia constituir óbice para o projeto, de modo que, se necessário for, o Tribunal de Justiça poderá firmar convênios com o Ministério da Justiça, a fim de obter verba necessária para custear o projeto, uma vez que há interesse do Governo Federal em apoiar essa prática, conforme fez com os projetos-piloto desenvolvidos em Brasília/DF, Porto Alegre/RS e São Caetano do Sul/SP, através do Projeto “Promovendo Práticas Restaurativas no Sistema de Justiça Brasileiro.”

Ainda, conforme se verifica da leitura do relatório de gestão referente aos anos de 2013/2015 do Tribunal de Justiça do Tocantins, dentre os projetos de valorização do 1º grau de jurisdição consta a criação de quatro centros judiciários de mediação e conciliação, nas comarcas de Colinas do Tocantins, Porto Nacional, Gurupi e Araguaína, com a finalidade de promover a auto composição de litígios e a pacificação social por meio da conciliação e da mediação.

A finalidade do projeto é compatível com a da justiça restaurativa, de modo que nessas Comarcas, ambos os projetos poderiam ser desenvolvidos conjuntamente, sendo certo que aquele, previsto no relatório de gestão, deverá contar com previsão orçamentária necessária para o seu desenvolvimento, havendo possibilidade de que a estrutura física e o pessoal seja usado também na implantação do projeto restaurativo.

Assim que se verificasse que o projeto foi implantado com sucesso e está em perfeito funcionamento nas Comarcas mencionadas acima, poderia haver a sua implementação gradativa nas demais Comarcas do Estado.

A efetiva aplicação das práticas e dos princípios restaurativos implicará a pacificação material dos conflitos. Diversamente do que ocorre no sistema penal tradicional ou nas audiências atualmente realizadas nos juizados especiais, a justiça restaurativa permitiria a efetiva manifestação dos envolvidos no conflito – vítima e ofensor – além de viabilizar a participação de outros afetados pela infração – familiares de ambos e comunidade.

Nas pequenas cidades do Estado, não é incomum que vítima e ofensor sejam da mesma família ou que tenham parentes em comum ou, na pior das hipóteses, que frequentem os mesmos ambientes, de modo que eventual pena que venha a ser imposta ao autor do delito, no sistema penal tradicional, atingirá, ainda que de forma indireta a vítima. Esta, no mínimo, sofrerá os olhares de reprovação de grande parte da comunidade que, ignorando o fato de o desfecho da ação penal independe de sua vontade, sinta pena do infrator e de pessoas próximas a ele e venha a culpar a vítima pela sanção que a ele fora imposta.

A justiça restaurativa permitirá que ambos, através da interação comunicacional, cheguem à melhor solução para o conflito, considerando, dentre outros fatores, o grau de proximidade entre ambos e os efeitos que o desfecho dado à situação conflituosa poderão causar sobre aqueles que indiretamente venham a ser atingidos por ele. O sentimento de Justiça que alcançará a todos os envolvidos

nas práticas restaurativas, sem dúvida, será maior do que aquele que as atinge quando participam do processo penal tradicional, como meros coadjuvantes, o que representará o atingimento da pacificação material, uma vez que estarão satisfeitos com a solução que deram para o caso.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução histórica dos direitos humanos e os aspectos da justiça penal destacados no curso da pesquisa buscaram demonstrar que a conquista dos direitos humanos, o direito penal e a finalidade da pena estiveram intimamente ligados aos

interesses das classes econômicas dominantes, procurando atendê-los e preservá-los.

Essa relação persiste e pode ser verificada por meio da análise da seleção dos bens juridicamente tutelados pelo direito penal e pela atuação do sistema penal tradicional. São previstas sanções rigorosas para delitos puramente patrimoniais, em sua maioria praticados pelos mais pobres, com o inegável intuito de atender aos ideais burgueses.

Por essa razão, afirma-se que o sistema penal tradicional, em que o poder é exercido de forma concentrada e verticalizada pelos operadores do direito, atua de forma desigual e seletiva, levando para a prisão e punindo de forma mais severa os pobres ao mesmo tempo em que é leniente com os crimes do colarinho branco. Conforme se constatou no curso do trabalho, isso ocorre porque os pobres são vistos como ameaça aos bens e direitos dos detentores do poder econômico e financeiro, motivo pelo qual devem ser controlados, embora, em regra, o dano que causam à sociedade seja infinitamente menor que aquele causado pelas infrações praticadas pelos mais abastados.

A crise do sistema penal tradicional deve-se a essa atuação autoritária e antidemocrática dos atores do sistema que colabora com o fato de seleção dos tipos criminosos e o cárcere servirem como instrumento de controle daqueles que poderiam subverter o sistema e atentar contra os interesses das classes sociais dominantes.

A justiça restaurativa surge como alternativa para tentar resgatar a legitimidade do direito penal.

Para que sua implantação se torne possível, é necessário que haja uma mudança de paradigmas, do retributivo para o restaurativo, a fim de que a finalidade do sistema penal deixe de ser somente a de castigar o delinquente, muitas vezes sob o pretexto de que a pena seria a forma de reeducá-lo para o convívio social, e passe a ser adotado como principal fim do sistema a resolutividade dos conflitos ocasionados pela prática da infração penal.

Essa forma de justiça, se adotada, não excluiria o sistema penal tradicional, mas atuaria de forma alternativa e complementar, amenizando sua atuação danosa.

Por ter como um de seus pressupostos a participação ativa das partes e da comunidade na resolutividade dos conflitos, a justiça restaurativa implica a

democratização do sistema penal, conferindo-lhe, conseqüentemente, maior legitimidade.

Com o intuito de solucionar a lacuna decorrente da inexistência de legislação específica a respeito do tema, até que venha a ser aprovada lei destinada a regulamentar o processo restaurativo, sua aplicação poderá ser feita através da interpretação extensiva, permitida pelo art. 5º da Lei de introdução ao Código Civil, da Lei n.º 9099/95 que trata dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

Todavia, deve-se ter o cuidado de não permitir que o processo restaurativo seja abatido pelo sistema penal tradicional, como ocorreu com os juizados especiais. Há que se evitar que seja atingido pela burocracia e pela formalidade deste e que seja controlado pelos operadores do direito.

Dentre as vantagens do sistema penal restaurativo em relação ao tradicional, pode-se apontar a maior efetividade no cumprimento das obrigações que venham a ser impostas ao ofensor, em decorrência da solução dada ao conflito, por ser decorrente de diálogo travado entre as partes, ou seja, derivar da manifestação de vontade da vítima e do próprio infrator, podendo haver interferência de seus familiares e da comunidade, mas evitando-se as sugestões dos operadores do direito, inclusive do facilitador, a quem compete apenas intermediar o diálogo, mas não apresentar soluções para o conflito.

A vítima deixa de ser mera expectadora do procedimento e, ao invés de ser ouvida como mera testemunha da infração, tem a oportunidade de expressar seus sentimentos e expor os danos, traumas e medos decorrentes do delito. Ao ofensor, por sua vez, é dada a possibilidade de apresentar os motivos que o levaram a praticar o crime, de arrepender-se e de desculpar-se com a vítima. Durante o encontro, ambos, podendo ou não contar com a participação de outros atingidos pela infração e pela comunidade, procurarão encontrar a solução para o conflito.

Considerando a alteração da finalidade retributiva para a restaurativa, no processo restaurativo as partes não deverão ser estereotipadas. Diversamente do que ocorre no sistema penal tradicional, deve-se evitar a estigmatização do delinquente e a revitimização da vítima.

A participação de terceiros, além da vítima e do ofensor, na busca pela solução dos conflitos decorrentes da prática do delito, decorre do fato de que, diversamente do que preconiza o art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, não há como negar que a pena que venha a ser imposta a este afetará seus familiares e

pessoas próximas a ele. Portanto, nada mais justo que permitir a manifestação dessas pessoas nos encontros destinados a resolver o problema.

Verifica-se ser viável a implantação do projeto restaurativo no Estado do Tocantins, iniciando-se pelas comarcas que contam com varas específicas de juizados especiais criminais ou mistos, por contarem com a figura do conciliador que, após receber treinamento adequado, poderia atuar como facilitador das práticas restaurativas.

Seria inevitável que, na primeira fase de instalação, o projeto se desenvolvesse no ambiente físico forense. Embora não seja o ideal, haveria necessidade de ser dessa forma até que a comunidade se familiarizasse com o projeto e passasse a acreditar nele, de modo que, no primeiro momento, não haveria gastos para o Tribunal de Justiça Tocantinense.

Além de divulgar o projeto, o Tribunal de Justiça deveria incentivar a participação popular, tornando viável que, no segundo momento, o facilitador seja alguém da comunidade, cuja remuneração poderá ser paga pelo município sede da comarca, por meio de convênio celebrado com aquela corte e que as práticas se desenvolvam em ambientes não forenses, através do auxílio de entidades filantrópicas ou beneficentes, igrejas, associações de bairros que poderiam ceder sua sede para o funcionamento do projeto.

Dessa forma, a implantação do projeto representará a democratização na solução de conflitos decorrentes da prática de ilícitos penais e viabilizará o resgate da legitimidade do sistema penal atualmente em crise, fazendo com que o processo tradicional, assim como seus atores recobrem a confiabilidade perante a sociedade, mediante a atuação conjunta com a justiça restaurativa.

8 REFERÊNCIAS

ACHUTTI, Daniel. **Modelos contemporâneos de justiça criminal: justiça terapêutica, instantânea, restaurativa.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

ACHUTTI, Daniel. **Justiça restaurativa e abolicionismo penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BATISTA, Nilo. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. Disponível em: <http://www.bocc.ubi.pt/pag/batista-nilo-midia-sistema-penal.pdf>, acesso em 03/04/2015.

BATISTA, Vera Malaguti. **O mesmo olhar positivista**. Disponível em: <http://emancipar.blogspot.com.br/2011/04/o-mesmo-olhar-positivista.html>, acesso em 26/09/2014.

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Zahar, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BIANCHINI, Edgar Hrycylo. **Justiça restaurativa: um desafio à práxis jurídica**. Campinas: Servanada Editora, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**. São Paulo: Saraiva, 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOZZA, Fábio da Silva. **Teorias da pena: do discurso jurídico à crítica criminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CARNELUTTI, Francesco. **As misérias do processo penal**. Tradução de José Antonio Cardinali. Rio de Janeiro: Servanda, 1995.

CERVINI, Raúl. **Os processos de descriminalização**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2013.

COSTA JUNIOR, Paulo José da. **Curso de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COSTA, Yasmin Maria Rodrigues da. **O significado do sistema punitivo brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

DE VITTO, Renato Campos Pinto. Justiça criminal, justiça restaurativa e Direitos humanos. *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012.

FOUCAULT, Michel, **Vigiar e punir**. Petrópolis: Editora Vozes, 2012.

FREUD, Sigmund, **Totem e tabu**: algumas concordâncias entre a vida psíquica dos homens primitivos e a dos neuróticos. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIMENEZ, Charlise Paula Colet, COITINHO, Viviane Teixeira Dotto. **O papel da mídia na (in) segurança do sistema penal**: a criminalização do sujeito a partir do etiquetamento social. Disponível em: <http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/8.pdf>. Acesso em 04/04/2015.

GOMES NETO, Pedro Rates. **A prisão e o sistema penitenciário uma visão histórica**. Editora da ULBRA, 2000.

GOMES PINTO, Renato Sócrates. Justiça restaurativa é possível no Brasil? *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral, vol. 1. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

GRECO, Rogério. **Direitos humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GUERRA, Sidney. **Direitos humanos**: curso elementar. São Paulo: Saraiva, 2013.

HULSMAN, Louk, CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas perdidas**: o sistema penal em questão. Rio de Janeiro: Luam Editora Ltda., 1993.

JACCOUD, Mylène. Princípios, tendências e procedimentos que cercam a justiça restaurativa. *In*: SLAKMON, C.; DE VITTO, R.; PINTO, R. Gomes (org). **Justiça Restaurativa**. Brasília – DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações para o Desenvolvimento – PNUD, 2005.

JESUS, Damásio de. Justiça restaurativa no Brasil. **Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2008.

LARRAURI, Elena. Tendencias actuales de la justicia restauradora. **Revista brasileira de ciências criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n.º 51, nov/dez. 2004.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. **Fundamentos da pena**. Rio de Janeiro: Editora Martins Fontes, 2008.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado: parte geral**. vol. 1. São Paulo: Método, 2010.

MAZZILLI NETO, Ranieri, **Os caminhos do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. São Paulo: Atlas, 2013.

NEPOMUCENO, Alessandro. **Além da lei: a face obscura da sentença penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

OLIVEIRA, Tarsis Barreto. **Pena e racionalidade**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2012.

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

PINTO, Nathália Regina. **O princípio da humanidade da pena, a falência da pena de prisão e breves considerações sobre as medidas alternativas**. Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do grau de bacharel em Direito. Disponível em: <http://www.gecap.direitorp.usp.br/index.php/2013-02-04-13-50-03/2013-02-04-13-54-44/monografias-publicadas/26-monografia-o-principio-da-humanidade-da-pena-a-falencia-da-pena-de-prisao-e-brevemente-consideracoes-sobre-as-medidas-alternativas-por-nathalia-regina-pinto>, acesso em 03 de abril de 2015.

SILVA, Haroldo Caetano da. **Ensaio sobre a pena de prisão**. Curitiba: Juruá, 2009.

RELATÓRIO DE GESTÃO 2013/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO TOCANTINS. Disponível em: <http://www.tjto.jus.br/index.php/institucional/publicacoes/relatorio-de-atividades/1034-relatorio2013-2015-1/file>, acesso em 03 de abril de 2015.

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. **Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito**. Curitiba: Juruá, 2012.

SALIBA, Marcelo Gonçalves. **Justiça restaurativa e paradigma punitivo**. Curitiba: Juruá, 2009.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Justiça restaurativa e mediação: políticas públicas no tratamento dos conflitos sociais**. Ijuí: Ed. Unijuí, 2011.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. vol. 1: parte geral. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

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

ZEHR, Howard. **Justiça restaurativa**. São Paulo: Palas Athena, 2012.